



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALVANILDO MARTINS TEIXEIRA JUNIOR

**OS MEIOS DE PROVA DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE NO CÓDIGO
DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

FORTALEZA

2015

ALVANILDO MARTINS TEIXEIRA JUNIOR

OS MEIOS DE PROVA DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE NO CÓDIGO DE
TRÂNSITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo
Rebouças

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

T266m Teixeira Júnior, Alvanildo Martins.
 Os meios de prova do crime de embriaguez ao volante no código de trânsito brasileiro /
 Alvanildo Martins Teixeira Júnior. – 2015.
 48 f. : 30 cm.

 Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2015.
 Orientação: Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.

 1. Brasil. Código de Trânsito Brasileiro. 2. Direito Penal. I. Título.

CDD 343

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer às pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse trabalho. Particularmente aos meus pais Alvanildo e Fátima por seus esforços incansáveis. Aos meus irmãos. À Viviane Cândida por seu apoio e incentivo constantes. Ao meu orientador professor Sérgio Rebouças. Aos demais membros da banca examinadora professores Raul Nepomuceno e William Marques. E principalmente ao contribuinte que, ainda de forma compulsória, custeia o sistema público de ensino.

RESUMO

Em decorrência do grande número de acidentes de trânsito e da pressão de setores da sociedade brasileira, foram feitas alterações no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) através das Leis nºs 11.275/2006, 11.705/2008, 12.760/2012 e 12.971/2014, enrijecendo a repressão à conduta de dirigir alcoolizado penal e administrativamente. Essa pesquisa analisa a constitucionalidade dos artigos 277 e 306 do CTB, e se a conduta de supracitada deveria ser tipificada como crime levando-se em conta os princípios limitadores do Direito Penal e os direitos fundamentais. Os métodos utilizados foram o bibliográfico, com consulta a livros, artigos científicos, monografias, além da jurisprudência dos tribunais.

Palavras-chave: Código de Trânsito Brasileiro. Lei nº 11.705/2008. Lei nº 12.760/2012. Direito Penal. Dirigir alcoolizado.

ABSTRACT

Due to the large number of traffic accidents and pressure sectors of Brazilian society, changes were made in Brazilian Traffic Code (CTB) through the Laws no. 11,275 / 2006, 11,705 / 2008, 12,760 / 2012 and 12,971 / 2014, in order to increase criminally and administratively the repression to the conduct of drunk driving. This research analyzes the constitutionality of Articles 277 and 306 of the CTB whether the repression should be considered a crime taking into account the limiting principles of criminal law and fundamental rights. The methods employed were the literature review, scientific articles, monographs, in addition to the jurisprudence of the courts.

Key words: Brazilian Traffic Code. Law no. 11.705/2008. Law no.12.760/2012.Criminal Law. Drunk driving.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	HISTÓRICO E CONCEITOS INICIAIS.....	9
2.1	Breve histórico.....	9
2.2	Conceito de trânsito.....	10
2.3	Efeitos do álcool.....	11
3	OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL FRENTE A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGEZ.....	16
3.1	Princípio da legalidade e reserva legal.....	16
3.2	Princípio da intervenção mínima.....	18
3.3	Princípio da lesividade.....	20
3.4	Princípio da adequação social.....	21
3.5	Princípio da fragmentariedade.....	22
3.6	Princípio da insignificância.....	22
3.7	Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.....	23
3.8	Princípio do estado de inocência (da não autoincriminação).....	24
3.9	Princípio da supremacia do interesse público.....	26
3.10	Relativização do direito à vida e à segurança.....	27
4	O CRIME DE CONDUZIR VEÍCULO SOB EFEITO DE ÁLCOOL.....	30
4.1	Conceito de crime de trânsito e infração de trânsito.....	30
4.2	Conceito de crime de perigo concreto e abstrato.....	32
4.3	Evolução das infrações penais e administrativas de embriaguez ao volante.....	33
5	OS MEIOS DE PROVA.....	40
5.1	O Conceito de prova e de meio de prova.....	40
5.2	Classificação das provas.....	41
5.3	Os meios de prova da embriaguez ao volante.....	42
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
	REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

No Brasil há muitos acidentes de trânsito, muitos fatores podem contribuir para um desastre, entre eles: vias mal projetadas e seu estado de conservação; jornada de trabalho excessiva dos motoristas profissionais; falta de fiscalização do trânsito por parte do Estado; motoristas despreparados para guiar veículos automotores, muitas vezes nem possuindo habilitação; condições meteorológicas; a imprudência dos condutores e a não observância à legislação de trânsito. Uma dessas transgressões à legislação é a condução de veículos automotores após a ingestão de álcool ou outra substância psicoativa que cause dependência.

O Estado deve atuar de forma a diminuir os riscos de acidentes de trânsito, combatendo fatores que podem aumentar a probabilidade de sua ocorrência. Nesse sentido, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) desde sua entrada em vigor passou a criminalizar a prática de dirigir alcoolizado. Seguindo essa tendência os artigos que tratam do tema sofreram alterações através das Leis nºs 11.275/2006, 11.705/2008, 12.760/2012 e 12.971/2014, enrijecendo a repressão à conduta de dirigir alcoolizado penal e administrativamente.

Crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Nem toda conduta ilícita deve ser caracterizada como crime. Em respeito aos princípios limitadores do Direito Penal, somente as condutas que ponham em risco os bens jurídicos mais importantes devem ser criminalizadas. Além disso, o juízo de reprovação da conduta não deve ferir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, isto é, a sanção sobre a conduta não deve ser irrazoável, nem desproporcional.

Mas conduzir veículo automotor em via pública após ingerir bebida alcoólica deveria ser crime, mesmo não causando perigo concreto a outrem? Isto é, se o motorista dirige normalmente, com a necessária observação as regras de segurança no trânsito sem causar nenhum risco a outrem, deveria sofrer os rigores do Direito Penal? O Estado pode obrigar o condutor a fazer testes que comprovem sua alcoolemia? E caso o condutor se recuse a fazer tais testes, pode-se presumir que o mesmo esteja embriagado? Essa presunção é contrária ao princípio constitucional do estado de inocência? Sendo então inconstitucional?

Essa pesquisa analisa se os artigos 277 e 306 do CTB ferem os princípios e direitos fundamentais resguardados na Constituição Federal (CF) e se a conduta de dirigir

após a ingestão de álcool deveria ser tipificada como crime, levando-se em conta os princípios limitadores do Direito Penal.

No primeiro capítulo será feita uma descrição dos efeitos do álcool no organismo.

O segundo capítulo abordará os princípios constitucionais limitadores do Direito Penal, os direitos fundamentais ligados ao trânsito e se há colisão entre eles, concluindo se há inconstitucionalidade nos artigos 277 e 306 do CTB.

O terceiro capítulo tratará da distinção entre infração de trânsito administrativa e penal (crime), da natureza do crime de dirigir alcoolizado, e se essa conduta por si só oferece risco suficiente ao bem jurídico protegido para ser criminalizada. Além disso, haverá uma análise da evolução dos artigos que tratam das infrações administrativas e penais decorrentes dessa conduta.

O quarto investigará os meios de provar a embriaguez ao volante, bem como a licitude e legitimidade dessas provas.

Os métodos utilizados foram o bibliográfico, com consulta a livros, artigos científicos, monografias, além da jurisprudência dos tribunais.

2 HISTÓRICO E CONCEITOS INICIAIS

Nos últimos cem anos os veículos automotores passaram a ser um dos principais produtos industrializados. Sua utilização tornou-se algo comum, diariamente milhões de pessoas usam automóveis, motocicletas, ônibus e caminhões, para se locomover. Consequentemente surgiu a necessidade do Direito regular as condutas ligadas ao tráfego de pessoas e dos veículos automotores.

Em 2010 comemorou-se 100 anos de legislação de trânsito no Brasil. Inclusive por ocasião da data, o Denatran publicou obra intitulada “100 anos de legislação de trânsito no Brasil” a publicação é composta de livro e de mídia digital. De 1910 até hoje várias legislações disciplinaram o trânsito no Brasil, como não poderia deixar de ser, dado o dinamismo que permeia o tema. A primeira legislação pátria a tratar do tema foi o Decreto nº 8.324, de 27 de outubro de 1910, outras normas sobre o assunto foram: Decreto-Lei nº 3.651, de 1941, Leis nºs 5.108/1966 e 9.503/1997, nosso atual código de trânsito.

2.1 Breve histórico

No último século, a população urbana brasileira cresceu muito, aumentando concomitantemente o abuso do uso de entorpecentes, dentre eles, o álcool. No Brasil, o consumo moderado de álcool é considerado uma conduta aceitável, mesmo por aqueles que por motivos diversos, não consomem bebidas alcoólicas. Porém seu consumo excessivo e as consequências desse excesso são condenados socialmente. Dentre essas consequências está a conduta de dirigir alcoolizado. Por ser entorpecente o álcool prejudica os reflexos, o discernimento, a capacidade de decidir, e, dependendo do nível alcançado por essas alterações, pode aumentar muito a probabilidade de ocorrência de acidente de trânsito. Além disso, motoristas que habitualmente desrespeitam as regras de trânsito e dirigem de forma perigosa, sob o efeito de álcool, provavelmente, serão ainda mais imprudentes.

Diante do grande número de mortes no trânsito, a sociedade passa a buscar uma causa, um culpado. Influenciados pela mídia sensacionalista, que dá muito destaque a

acidentes onde os envolvidos estavam embriagados, pelo Movimento Lei e Ordem e por seu desdobramento, a política de Tolerância Zero norte americana; setores da sociedade passam a pressionar o poder público por ações que atenuem o problema, incluindo uma maior rigidez da lei penal. Transformando assim o Direito Penal, de *ultima ratio* em Direito Penal Máximo, isto é, o Direito Penal deixa de atuar subsidiariamente para regular as condutas e passa a ser regra geral, quase como uma solução mágica de todos os males da sociedade. Como se o simples fato de criminalizar uma conduta fosse suficiente para coibir sua prática.

Dessa forma, institui-se a solução para o problema: a Lei nº 11.705/2008, a “Lei Seca” endurecendo a proibição de dirigir após ingerir bebidas alcoólicas. A “Lei Seca” teve sua redação alterada pela Lei nº 12.760/2012, conhecida como “Nova Lei Seca”, numa tentativa de corrigir distorções do texto da lei anterior. À época da edição da Lei nº 11.705/2008 houve muita controvérsia. Opiniões a favor e contrárias, reportagens trazendo informações erradas sobre a lei. Até mesmo os agentes de trânsito estavam confusos. As opiniões contrárias à lei afirmavam que ela estaria ferindo direitos e liberdades individuais, por outro lado os que lhe eram favoráveis, contra argumentavam a supremacia do interesse coletivo sobre o individual. E que a proteção do direito à vida e à segurança no trânsito se sobrepunha aos direitos e garantias individuais.

2.2 Conceito de Trânsito

Conforme o artigo 1º, § 1º, do CTB, trânsito é “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”. De acordo com o Anexo I (dos Conceitos e Definições) do próprio CTB, via é “superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, ilha e canteiro central”. Ainda no Anexo I, há uma definição mais sintética de trânsito: “movimentação e imobilização de veículos, pessoas e animais nas vias terrestres”. O artigo 1º delimita a esfera de incidência do CTB, não sendo este aplicável a vias particulares ou áreas internas de propriedades privadas, porém o parágrafo único do artigo 2º considera vias terrestres as praias abertas à circulação pública e

as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas, aumentando assim incidência do CTB.

2.3 Os efeitos do álcool e o conceito de embriaguez

Leyton, Ponce e Andreuccetti (2009, p. 163-177) explicam que “o álcool etílico é uma substância psicoativa depressora do sistema nervoso central que altera percepções e comportamentos, podendo aumentar a agressividade e diminuir a atenção”. Para Delton Croce embriaguez é “a intoxicação alcoólica, ou por substância de efeitos análogos, aguda, imediata e passageira” (2012, p.163). Ainda de acordo com o autor:

A embriaguez não se presume (*ebrietas non presumitur, onus probandi incumbit alleganti*); diagnostica-se. No vivo, o diagnóstico é feito por exames somatopsíquico e por exames laboratoriais e, no cadáver, pelo exame das vísceras e do sangue venoso.

O exame clínico somatopsíquico objetiva distinguir o alcoolista do doente ou do indivíduo em tratamento. Consiste na observação de miose ou midríase, de taquisfígmia ou de bradisfígmia, de hipotensão arterial, temperatura, hálito alcoólico, congestão da face e dos olhos, sialorreia, vômitos cheirando a vinagre, soluços, que por si só pode ser seriamente enganador, sonolência, coma; atitude de excitação, confusão, depressão, loquacidade, arrogância; orientação no tempo e no espaço; memória; articulação das palavras em cuja composição entra muitas labiais, como paralelepípedos, fósforos, “terceiro regimento de artilharia”, “politécnico da escola politécnica”, “anticonstitucionalmente”, “o pinto pia” e “a pia pinga”, pesquisa de sensibilidade térmica e dolorosa; realização de testes, objetivando coordenação motora, como apanhar um pequeno objeto, dar corda num relógio, ou visando à marcha e ao equilíbrio (sinal Romberg), além de buscar diligentemente sinais ou sintomas outros de doenças ou traumatismos capazes de aparentar embriaguez. No que concerne ao equilíbrio, à atitude ereta exige perfeita coordenação de forças musculares. A incoordenação destas forças impossibilita ao indivíduo manter-se em equilíbrio, constituindo a ataxia estática. A ataxia estática pesquisa-se com o examinando postado de pés juntos, como um soldado na posição de sentido: o corpo oscilará e o alcoolista não poderá manter o equilíbrio nessa postura. O sinal de Romberg deve ser pesquisado com o indivíduo livre de apoio, perfilando-se com os pés juntos e com olhos fechados, porque a ataxia estática aumenta quando falta o recurso da visão. Pode ser positivado nos que padecem de labirintites, ou afecções medulares, na fase aguda da embriaguez etc.

O autor ainda afirma que para alguns acórdãos, o exame clínico é prova relativa e não absoluta. E prossegue:

[...] a observação detalhada do comportamento do embriagado ao tempo do evento criminoso tem mais valor do que o registro simples de uma cifra qualquer indicada

por análise bioquímica. Pois há elitistas com alcoolemia superior a 2 ml por litro de sangue que se mostram em estado de normalidade. Por isso é que, com referência à embriaguez, se obriga o julgador a conjugar os elementos químico-periciais às circunstâncias constantes nos autos, pois que, como no exemplo, nem sempre a alcoolemia determinada é, só por si, suficiente para o diagnóstico, razão por que se admite que sobre ela se sobreponham o exame clínico e, especialmente, a prova testemunhal.

Os principais efeitos relacionados à alcoolemia estão expressos na Tabela 1.

Tabela 1 ALCOOLEMIA E EFEITOS CORRESPONDENTES

Alcoolemia (g/L)	Efeitos
0,1 a 0,3	Início dos efeitos de relaxamento Leve euforia e relaxamento Diminuição da timidez Funções visuais e acompanhamento de movimento já alterados
0,4 a 0,6	Movimentos já alterados Taquicardia e aumento do padrão respiratório Diminuição de funções cerebrais Dificuldades no processamento de informações e tarefas de atenção dividida Diminuição de inibições Relaxamento
0,6 a 1	Aumento de sintomas ansiosos e depressivos Diminuição de atenção, reações mais lentas e problemas de coordenação e força muscular Baixa capacidade de tomar decisões
1 a 1,5	Reações ainda mais lentas Dificuldades de equilíbrio, movimentos e funções visuais Fala arrastada
1,6 a 2,9	Diminuição de respostas a estímulos externos Problemas motores (quedas e falta de coordenação motora)
3 a 3,9	Desmaios

	Anestesia (comparável à usada para cirurgias) Estupor
4 acima	Dificuldades respiratórias Morte

Fonte: Álcool e suas consequências: uma abordagem multiconceitual.

Leyton, Ponce e Andreuccetti (2009, p. 163-177) destacam que muitos fatores influenciam a eliminação, e a absorção do álcool pelo organismo entre eles podemos citar: estado de alimentação; taxa de esvaziamento gástrico; composição da refeição; tipo e dose da bebida; quantidade de água corpórea; sexo; idade; circulações sistêmica e hepática; massa do fígado; fatores genéticos; padrões de consumo do álcool; temperatura corpórea; interação com medicamentos e outras drogas; estado geral de saúde. Afirmam ainda que atualmente os acidentes de trânsito são a décima causa geral de mortes no mundo. Numa tentativa de diminuir esses números muitas ações têm sido tomadas visando maior segurança viária: uso de cinto de segurança, dispositivos de retenção para crianças, capacetes, o estabelecimento de limites de velocidade, a melhoria nas pistas, veículos mais seguros. Uma dessas medidas é reduzir os níveis máximos de alcoolemia permitidos para condução de veículos, uma tendência verificada mundialmente. Estudos indicam que com 0,2 g/L o condutor já tem alterações detectáveis em testes de atenção dividida, funções visuais e acompanhamento de pontos em movimento. A partir de 0,5 g/L, o risco de se acidentar é bastante aumentado e há clara diminuição nos tempos de reposta simples e complexa, especialmente em tarefas de atenção dividida e processamento de informações. A partir desta alcoolemia, funções automáticas (por exemplo, dirigir) passam a ter alterações importantes.

Tabela 2 LIMITES MÁXIMOS DE ALCOOLEMIA PERMITIDOS

País	Limite g/L	Vítimas Fatais/100.000hab.
Suécia	0,2	4,9
Japão	0,3	5,7
Alemanha	0,5	6,2
França	0,5	7,7
Itália	0,5	9,7

Coréia do sul	0,5	13,1
Brasil	0,6	14
Grã-Bretanha	0,8	5,4
Canadá	0,8	9,1
EUA	0,8	14,7

Fonte: Álcool e suas consequências: uma abordagem multiconceitual.

Acima temos uma tabela modificada com dados de 2006, feita a partir de outra trazida pela obra “Álcool e suas consequências: uma abordagem multiconceitual”. Na tabela temos um comparativo entre os limites máximos de alcoolemia permitidos em diversos países e o número de mortes por 100.000 habitantes, pode-se observar que não há uma relação direta entre os limites permitidos e o número de mortes. Por exemplo, a Grã-Bretanha, Canadá e EUA têm o mesmo limite máximo permitido, mas os números de mortes são bem diferentes.

Em 2000 a taxa de mortalidade no trânsito era de 18,2 por 100.000 habitantes; em 2010, 22,3 óbitos por 100.000 habitantes. Um aumento de 22,5%. A taxa de mortalidade no Brasil é elevada, quando comparada à taxa média da região das Américas de 15,8 por 100.000 habitantes, e é superior à dos países de alta e média renda das Américas que estão em patamares de 13 e 17 por 100.000 habitantes, respectivamente. Porém a taxa do país é inferior à do México que é de 23 por 100.000 habitantes. Esta elevação na tendência das taxas no Brasil nos últimos anos é contrária ao que vem sendo observado na tendência da mortalidade nos países de alta renda como Austrália, França, Japão, Suécia, Canadá e Estados Unidos. (MORAIS NETO, 2012, online).

De acordo com Leyton, Ponce e Andreuccetti no Brasil há uma preocupação acentuada de incluir nas estatísticas a alcoolemia dos condutores, porém não se observa a mesma preocupação em relação aos pedestres, mas estima-se que de 30 a 46% dos pedestres mortos por atropelamento tenha alcoolemia positiva, muitas vezes acima de 1g/L. Ressaltam os pesquisadores que estudos indicam que o aumento de penalidades com encarceramento ou multa não surte efeitos na redução dos acidentes. Todavia, penalidades administrativas, como revogação ou suspensão da carteira de motorista, parecem ter efeitos mais pronunciados (2009, p. 163-177).

Estatísticas fornecidas pela Polícia Rodoviária Federal mostram um aumento no número de acidentes nas rodovias federais após a entrada em vigor da “lei seca”. Em 2008,

foram registrados 141.072 acidentes, em 2009, foram registrados 158.893 acidentes. Em 2010 foram registrados 182.900 acidentes, em 2011 foram 192.290 acidentes, e em 2012 184.404 acidentes. Ou seja, não se observa o impacto esperado pela nova lei, pelo menos em rodovias federais.

3 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL FRENTE A TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ

O Direito Penal é um meio estatal repressivo extremamente violento. Ter sua liberdade perdida pela prática de um delito é algo terrível. Além da pena restritiva de liberdade, agravada pelas condições subumanas das prisões brasileiras, os efeitos da condenação não terminam com o cumprimento da mesma, pois o estigma social acompanhará o apenado por toda a vida.

Muitos defendem que só há efetiva proteção a um bem jurídico, se a conduta for amparada pelo Direito Penal, criminalizando condutas que poderiam ser reprimidas por outros ramos do Direito. Os princípios limitadores do Direito Penal constituem um rol de garantias contra o poder punitivo estatal. Limitando tanto a criminalização, como a arbitrariedade no exercício do poder punitivo.

3.1 Princípios da legalidade e da reserva legal

O princípio da legalidade visa combater a arbitrariedade estatal, opondo-se à toda forma de poder autoritário. Exige a submissão de todos, inclusive do Estado, perante a lei. O princípio vincula de formas diferentes os particulares e o Estado. Aos particulares permite fazer tudo que não seja proibido em lei (autonomia da vontade), já a administração pública só pode atuar dentro dos limites permitidos pela lei, não podendo atuar contrariamente às leis, nem na ausência de leis. Pelo princípio da legalidade pode-se entender que não se cria direitos ou deveres senão em virtude de lei. Consagrado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal constitui princípio basilar do Estado Democrático de Direito. *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Sobre o princípio da legalidade José Afonso da Silva afirma (2005, p.420):

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender que o Estado ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.

Faz-se necessário que se diferencie o princípio da legalidade (legalidade genérica) do da reserva legal (legalidade estrita). O princípio da reserva legal está relacionado à Constituição exigir expressamente que determinada matéria específica seja regulada através de lei. Sendo assim o princípio da legalidade é mais abrangente que o da reserva legal. José Afonso da Silva (2005, p.422):

A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva legal. O primeiro significa submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal.

Em termos penais os dois princípios estão expressos no artigo 5º inciso XXXIX, “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”. No Direito Penal os princípios da legalidade e da reserva legal mostram sua maior rigidez, uma vez que a Constituição determina que somente a União por meio de leis formais pode legislar sobre matéria penal e processual penal, sendo vedado, por exemplo, o uso de medidas provisórias. Sobre o assunto Bitencourt (2010, p.41):

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Rogério Greco não vê muito sentido em distinguir os dois princípios (2011, p.104):

Segundo parte da doutrina, a diferença residiria no fato de que, falando-se tão somente em princípio da legalidade, estaríamos permitindo a adoção de quais quer dos diplomas elencados pelo art.59 da Constituição Federal (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções); ao contrário, quando fazemos menção ao princípio da reserva legal, estamos limitando a criação legislativa, em matéria penal, tão somente às leis ordinárias – que é a regra geral – e às leis complementares.

E arremata o autor:

De qualquer forma, apesar das posições em contrário, mesmo adotando-se a expressão princípio da legalidade e em sede de Direito Penal, outro raciocínio não podemos ter a não ser permitir a criação legislativa, nessa matéria, somente por intermédio de leis ordinárias e leis complementares, como vimos anteriormente, razão pela qual não vemos interesse em tal distinção.

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais muitas vezes chamadas de subprincípios: proibir a retroatividade da lei penal, exceto se a norma beneficiar o réu (princípio da irretroatividade da lei penal mais severa); proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (princípio da anterioridade da lei); proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (princípio da proibição da analogia *in malam partem*); proibir incriminações vagas e indeterminadas.

3.2 Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal deve tutelar apenas os bens considerados mais relevantes à vida em sociedade, aqueles que não puderem ser protegidos por outros ramos do direito. O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* é o princípio orientador do legislador para decidir se determinada conduta positiva ou negativa deva ser criminalizada ou não. Esse princípio rege e limita o poder punitivo estatal revelando o caráter subsidiário do Direito Penal. Assim devem-se esgotar os meios extrapenais de controle por parte do Estado antes de recorrer-se ao Direito Penal, e isso só pode ocorrer, se os meios extrapenais se mostrarem insuficientes como meio de controle social. Conforme Rogério Greco (2011, p.46):

O Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito revelarem-se incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal.

Sobre a importância do princípio da intervenção mínima Cezar Roberto Bitencourt afirma (2010, p.43):

O princípio de legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado — observada a reserva legal — crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

O princípio da intervenção mínima, não só limita, também orienta o poder estatal de criar normas penais incriminadoras. De forma que, só haverá legitimidade na criminalização de uma conduta, se tal criminalização, se mostrar indispensável à proteção de determinado bem jurídico. Se a proteção puder se dar por outros meios, se forem suficientes medidas civis ou administrativas, a criminalização não é adequada. Direito Penal deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Bitencourt comenta o fenômeno do crescimento das normas penais incriminadoras, a banalização do Direito Penal (2010, p.44):

Apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado pelo Iluminismo, a partir da Revolução Francesa, “a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais”. Os legisladores contemporâneos — tanto de primeiro como de terceiro mundo — têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.

Então de acordo com o autor o excesso de criminalização contribui para que a sanção penal pareça algo comum, normal, e não o que realmente é: um meio repressivo violento. Nesse contexto a sanção acaba perdendo seu poder intimidador,

Um exemplo da função orientadora do princípio em tela foi a abolição de crimes como o adultério, isso não quer dizer que não possa haver uma sanção contra o cônjuge

adúltero, uma vez o cônjuge traído pode ingressar com ação civil de reparação por danos morais.

3.3 Princípio da lesividade

De acordo com o princípio da lesividade não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado. Rogério Greco afirma que os princípios da intervenção mínima e lesividade são como duas faces de uma moeda, pois como visto anteriormente, o princípio da lesividade somente permite a incidência do Direito Penal, para proteção dos bens jurídicos mais importantes, limitado assim, o poder repressivo estatal. O princípio da lesividade limitará ainda mais esse poder punitivo, orientando o legislador na escolha das condutas a serem criminalizadas (2011, p.51).

O princípio visa impedir a criminalização de condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros. Por esse princípio os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais. Porém a doutrina e a jurisprudência dominante admitem o crime de perigo abstrato se empiricamente a conduta se mostrar perigosa.

César Roberto Bitencourt considera inconstitucionais os crimes de perigo abstrato (2010, p.52):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

Com fundamento nesse princípio o juiz pode, no caso concreto, não aplicar determinada norma que prevê um crime de perigo abstrato, se não se configurar o perigo concreto.

3.4 Princípio da adequação social

Esse princípio determina que não se devem tipificar condutas socialmente aceitas. Rogério Greco esclarece o assunto (2011, p.54):

O trânsito nas grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinas atômicas são exemplos de quão perigosa pode tornar-se a convivência social. Mas, conquanto sejam perigosas, são consideradas socialmente adequadas, e, por esta razão, fica afastada a interferência do Direito Penal sobre elas.

Então, condutas socialmente adequadas não devem ser criminalizadas, ainda que tragam grandes riscos à sociedade. Por outro lado se uma conduta criminosa passou a ser socialmente aceita ela deve deixar a proteção do Direito Penal.

3.5 Princípio da fragmentariedade

A fragmentariedade é considerada uma característica do Direito Penal. No direito muitas condutas são proibidas, isto é, ilícitas, mas nem toda conduta ilícita é um delito. Somente as condutas ilícitas mais graves devem ser consideradas ilícitos penais. Isso é a fragmentariedade do Direito Penal. Num plano contínuo de ilicitudes alguns pontos representam os crimes. Cezar Roberto Bitencourt afirma que o caráter fragmentário do Direito Penal decorre do fato de nem todas as ações que ofendem a bens jurídicos são proibidas pelo por ele, e nem todos os bens são por ele protegidos. A regulação do Direito Penal é limitada às ofensas mais graves, aos bens jurídicos mais importantes. O autor considera a fragmentariedade corolário dos princípios da intervenção mínima e reserva legal (2010, p.45). Rogério Greco a define como corolário dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social:

Como corolário dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária .

E prossegue o autor:

O ordenamento jurídico se preocupa com uma infinidade de bens e interesses particulares e coletivos. Como ramos desse ordenamento temos o Direito Penal, O Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Tributário etc. Contudo, nesse ordenamento jurídico, ao Direito Penal cabe a menor parcela no que diz respeito à proteção desses bens. Ressalte-se, portanto, sua natureza fragmentária, isto é, nem tudo lhe interessa, mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob sua proteção, mas que sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

Em sociedade inúmeras condutas são consideradas ilícitas, recebendo sanção do Direito, mas dentre essas ilicitudes somente uma pequena parcela merece a atenção do Direito Penal. Num mar de ilicitudes os ilícitos penais devem ser ilhas isoladas. Essa é a essência da fragmentariedade.

3.6 Princípio da insignificância

Não se devem criminalizar condutas que produzam lesões insignificantes os bens jurídicos tutelados, ainda que haja adequação entre a conduta e a previsão do tipo penal. Bitencourt (2010, p.51) esclarece que deve haver um mínimo de gravidade na ofensa ao bem jurídico protegido, caso contrário, a conduta será atípica. Deve haver proporcionalidade entre a lesividade da conduta e o rigor da repressão do Direito Penal. Mesmo que a conduta se adeque formalmente ao tipo penal, mas for materialmente irrelevante, será atípica.

Existe uma corrente doutrinária que entende que qualquer bem merece proteção do Direito Penal, desde que haja previsão legal. Em opinião contrária a tal pensamento Rogério Greco (2011, p.64), exemplificando uma conduta que deveria ser considerada atípica em decorrência do princípio da insignificância, propõe a seguinte situação:

Dois jovens namorados, Pedro e Júlia, ambos com 18 anos de idade, resolvem ir ao cinema. Estudantes, somente possuem o dinheiro exato para o ingresso na seção. Ao passarem por uma loja de doces, Pedro, delicadamente, retira um caramelo de leite deixado à exposição do público, desembrulha-o e o leva à boca. Júlia, romanticamente, como se fosse dar um beijo em Pedro, parte o caramelo que a esperava entre os lábios do namorado. Quando ambos já estão prestes a entrar no cinema, eis que surge, esbaforido, o segurança da loja de doces, que os havia perseguido até o cinema, e os prende por terem praticado o delito de furto, uma vez que se deliciaram, mas não pagaram o caramelo de leite pertencente à empresa comercial. Para os mais radicais, Pedro e Júlia responderiam, vejam só, por furto. Mas não só um simples crime de furto, e sim por um furto qualificado pelo concurso de pessoas, cuja pena mínima é de dois anos, nos termos do art. 155,§4, IV, do

Código Penal, haja vista que, com unidade de desígnio e unidos pelo liame subjetivo, subtraíram e dividiram, amorosamente, ainda no interior da loja de doces, o caramelo por eles consumido.

Temos de formular uma outra pergunta: Será que o legislador, ao criar o delito de furto, quis proteger todo e qualquer tipo de patrimônio, ou se preocupou somente com aqueles que efetivamente, tivessem alguma importância?

O princípio da insignificância além de orientar a criação de tipos penais, atua como meio de interpretação restritiva para evitar que situações como a do exemplo acima sejam penalizadas. Considera-se que o legislador ao criar o tipo penal incriminador tem em mente apenas às situações que causem relevante prejuízo a ordem jurídica, sendo assim, o interprete usando do princípio em tela impede que a norma penal incriminadora alcance condutas que ainda que se adequem a hipótese abstrata da norma penal não causam ofensa considerável ao bem jurídico protegido.

3.7 Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são dois princípios limitadores do poder estatal. Ainda que doutrinadores e a própria jurisprudência do STF os considerem muitas vezes como sinônimos, são princípios distintos.

O princípio da proporcionalidade surge para limitar o poder estatal frente à esfera individual. Sua origem remonta à Carta Magna de 1215 do rei João Sem Terra. O conteúdo do princípio basicamente é a relação de causalidade entre o meio adotado e o fim a ser atingido pela norma. Isto é, deve-se escolher o meio menos gravoso para atingir sua finalidade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispõe em seu artigo 8º que: “a lei não deve estabelecer outras penas que não as estrita e evidentemente necessárias”, deixando clara a relação entre meio e fim.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em subprincípios que devem ser verificados para que a proporcionalidade seja cumprida: adequação (idoneidade da medida adotada); necessidade (exigibilidade do meio adotado); proporcionalidade em sentido estrito (comparação da restrição imposta com a ofensa praticada). Considerando particularmente o campo penal, para que seja verificada a adequação deve-se examinar se os meios utilizados pela norma são capazes de atingir sua finalidade, e se está sendo regulada uma conduta socialmente relevante. Quanto ao subprincípio da necessidade, analisam-se dentre os meios

possíveis se o escolhido é o menos gravoso. Já a proporcionalidade em sentido estrito analisa a gravidade da sanção imposta frente ao delito cometido.

Já a razoabilidade desenvolveu-se nos Estados Unidos. Desdobra-se em três subprincípios: equidade, equivalência e congruência. Sobre o tema C  zar Roberto Bitencourt preleciona (2010, p.57):

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo “razoabilidade” para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de poss  frem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germ  nica, enquanto a razoabilidade resulta da constru  o jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Razoável    aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum. Pois    exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invoca  o do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a “lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a razoabilidade exerce fun  o controladora na aplica  o do princípio da proporcionalidade. Com efeito,    preciso perquirir se, nas circunstâncias,    possível adotar outra medida ou outro, meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.

Para a aplica  o da pena proporcionalmente adequada, a dogmática penal socorre-se também da culpabilidade, aqui não como fundamento da pena, mas como limite desta; nas excludentes de criminalidade ou causas justificadoras igualmente se fazem presentes os princípios não apenas da proporcionalidade como também da razoabilidade; isso fica claro no enunciado do estado de necessidade (art. 24), que exige o perigo para o direito próprio ou alheio cujo sacrifício não era razoável exigir. Em outros termos, exige-se a proporcionalidade entre a gravidade do perigo e a lesão que se pode produzir para salvar o bem pretendido. Por outro lado, só se admite a invoca  o da legítima defesa (art. 25) se houver o emprego dos meios necessários, usados com modera  o. Em outras palavras, a exigência da necessidade dos meios e de que estes não ultrapassem os limites necessários para repelir a injusta agressão outra coisa não    que a consagra  o do princípio da proporcionalidade.

Razoabilidade e proporcionalidade são dois princípios fundamentais na limita  o do poder estatal em todas as esferas, particularmente na esfera penal. Sem a observa  o e o respeito a eles pelo Estado, condutas podem ser criminalizadas sem necessidade e as san  es a essas condutas podem não ser razoáveis ou desproporcionais ao resultado da a  o.

3.8 Princípio do estado de inocência (da não autoincrimina  o)

   um princípio constitucional previsto expressamente na CF em seu artigo 5  , inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória”. Temos então que toda pessoa deve ser tratada como inocente até esgotados todos os recursos. Além disso, o Estado é que deve provar a culpa do acusado, não há de se pensar que o ônus de demonstrar a inocência recaia sobre este, uma vez que já o é. Nesse sentido aduz Nestor Távora (2013, p.54):

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Ainda sobre o tema afirma o autor:

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado - e não este de provar sua inocência - e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 47) explica que o princípio garante que antes da sentença transitada em julgado, em nenhum momento o acusado pode sofrer restrições pessoais fundadas de forma exclusiva numa possibilidade de condenação. O princípio assegura ainda que todo o ônus probatório sobre a autoria do delito recaia sobre a acusação.

Fernando Capez (2012, p.83) faz menção à incidência do princípio em momentos diferentes:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Vale salientar o grande número de casos apresentados nas diferentes mídias que ao contrário de presunção de inocência, influenciam a opinião pública a uma presunção ou se

poderia até dizer certeza de culpa. A ingerência dos meios de comunicação na sociedade é tão grande que podem influir nas decisões dos juízes.

3.9 Princípio da supremacia do interesse público

Esse princípio guia as atividades do Estado, tanto no momento de legislar quanto na execução das mesmas. A atuação do Estado deve ser pautada pelos interesses da coletividade e não pelo interesse individual. Sobre o princípio Celso Antônio Bandeira de Mello aduz (2010, p. 96):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5a, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Nas relações sociais surgirão conflitos entre o interesse público e o privado, e *a priori*, deverá prevalecer o interesse público, pois atende ao maior número de pessoas. Grande parte da doutrina entende pela prevalência do interesse coletivo sobre o particular. José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 34):

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do

interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais.

O autor fala que em regra o interesse público deve prevalecer sobre o privado, essa interpretação do princípio em tela é bastante lógica, pois se assim não fosse haveria sempre a justificativa da supremacia do interesse coletivo sobre o privado para tornar lícitas as ações estatais contra os direitos individuais.

Parte da doutrina sustenta que pela supremacia do interesse da coletividade em aumentar a segurança no trânsito, o princípio da não autoincriminação e da presunção de inocência devam ser afastados. Essa é uma posição inaceitável. Não se pode tolerar que nosso ordenamento jurídico se corrompa e que se aceite que na atuação estatal os fins justifiquem os meios. O sistema penal adotado pela Constituição Brasileira é o garantista. Caracterizado por princípios, direitos fundamentais e garantias constitucionais de forma a maximizar o princípio da dignidade da pessoa humana frente à ação estatal. Não se pode concordar com posições puramente moralistas ou de ética utilitária guiem a atuação do *jus puniendi* estatal.

3.10 Relativização do direito à vida e à segurança

Nos termos do artigo 5º da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O direito a vida e à segurança são os mais alegados pelos defensores da necessidade das duras medidas repressivas do Código de Trânsito. Sobre o direito à vida José Afonso da Silva (2005, p.198):

Consiste no direito de estar vivo, de lutar para viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado de morte. Porque se assegura o direito a vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão a vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida de outrem em estado de necessidade da salvação da

própria.

Decorre do direito à vida o direito à integridade física, a integridade do corpo uma vez que a vida nele reside. O direito a vida ganha destaque sobre os outros direitos fundamentais, pois deles só se pode gozar estando vivo. Mas isso não significa que o direito a vida seja um direito absoluto.

O direito à segurança está consagrado no artigo 5º da CF, sendo essa segurança bastante ampla. Decorre desse princípio o direito à segurança no trânsito. O § 2º do artigo 1º do CTB positiva tal princípio:

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

Já o artigo 28 do CTB tem a seguinte redação:

Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

Da exegese combinada desses dispositivos conclui-se que a segurança no trânsito é um direito de todos, mas também uma obrigação de todos, condutores, pedestres, órgãos de trânsito e da Administração Pública. Pode-se ainda destacar que o artigo 144 da CF deixa claro que a segurança pública, inclusa a segurança no trânsito, é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, *in verbs*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...].

Os princípios de presunção de inocência, da não autoincriminação tem status de norma constitucional da mesma forma que o direito a vida e a segurança. E no caso da aplicação do artigo 306 do CTB entram em conflito, pois para fiscalizar de forma mais eficiente a condução de veículos automotores sob a influencia de álcool, ou para produzir provas contra os condutores alcoolizados, estes teriam que ser obrigados a fazer os testes de alcoolemia. De fato para que não incorram nas penalidades administrativas do artigo 165. Os condutores deveriam provar que não ingeriram bebidas alcoólicas.

Para solucionar a colisão entre esses princípios no caso concreto, utiliza-se o método de ponderação entre princípios constitucionais, realizando-se o sopesamento entre os valores em questão, solucionando-se o conflito. O *caput* do artigo 5º da Constituição estabelece que o direito à vida e à segurança deverá ser exercido nos termos dos incisos, isto é, exercidos sem exclusão dos demais direitos fundamentais entre eles o da não autoincriminação e da presunção de inocência. De onde se conclui que não se justifica afastar os direitos fundamentais de defesa simplesmente para produzir provas que constatem o nível de alcoolemia.

Após a promulgação da Constituição da República de 1988 tornou-se inadmissível que a intervenção penal ocorra sem que seja observado o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, utilizando toda a potencialidade da norma, visando alcançar uma maior proporcionalidade quanto à necessidade de prevalência dos direitos individuais sobre os interesses coletivos.

4 O CRIME DE CONDUZIR VEÍCULO SOB EFEITO DE ÁLCOOL

Norberto Bobbio (2001, p.152-154) diferencia as normas jurídicas das leis naturais no sentido de que as leis da natureza não podem ser transgredidas, ao contrário das normas jurídicas. Isto é, a norma jurídica admite violação. Uma norma prescreve o que deve ser, mas nem sempre o que deve ser, é o que é. Ela prescreve um imperativo positivo ou negativo. A violação desse imperativo constitui o que se denomina ilícito. A sanção surge como uma forma de proteger a norma de violações, pode-se dizer que é uma resposta à violação, ao ilícito. Portanto uma violação à prescrição é um ilícito, essa violação pode constituir uma infração penal ou infração administrativa. A infração penal pode ser contravenção ou um delito, também chamado de crime.

4.1 Conceito de crime de trânsito e infração de trânsito

Cláudio Brandão afirma que a doutrina deve dar o conceito de crime, já que a legislação penal brasileira não o faz, mas esse conceito não pode ser construído a margem da lei. Os elementos gerais presentes nos crimes em espécie devem nortear o conceito de crime. O primeiro elemento derivado do princípio da legalidade, a tipicidade, é a perfeita adequação da conduta do agente à previsão hipotética prevista na lei penal. Mas para que a ação típica seja crime ela deve ser antijurídica (ilícita), isto é, ela deve estar prevista na norma penal e não poder ser justificada por uma das excludentes de ilicitude enumeradas no artigo 23 do Código Penal (CP), a saber: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito. Esses dois juízos sobre a ação ainda não são suficientes para caracterizar a conduta como delituosa, é necessário ainda, que se faça um juízo de reprovação sobre o agente chamado de culpabilidade. (2007, p.10-14).

Então crime é um fato típico, antijurídico e culpável. Para Assis Toledo (1994, p.80):

Substancialmente, o crime é fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penal) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou

elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

São elementos componentes do fato típico: conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexo de causalidade, entre a conduta e o resultado; tipicidade (formal e conglobante).

Antijuridicidade (ilicitude) é a contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.

A culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica sobre um fato típico e ilícito. Para Rogério Greco são elementos integrantes da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato, exigibilidade de conduta diversa (2011, p. 143).

Assim, de acordo com Zaffaroni (2011, p.344):

O conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável - que desenvolvemos - elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois o seu autor. Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável). O injusto (conduta típica e antijurídica) revela o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por especial condição do autor (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor.

Nos termos do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Já a infração administrativa decorre do poder de polícia do Estado. É através do poder de polícia que o Estado condiciona e restringe o exercício da liberdade e de direitos. As esferas administrativa e penal são autônomas. Temos assim a polícia administrativa (preventiva) e judiciária (repressiva). José dos Santos Carvalho Filho disserta sobre a diferença entre polícia administrativa e judiciária (2014, p.83):

Por pretender evitar a ocorrência de comportamentos nocivos à coletividade, reveste-se a Polícia Administrativa de caráter eminentemente preventivo: pretende a Administração que o dano social sequer chegue a consumir-se. Já a Polícia Judiciária tem natureza predominantemente repressiva, eis que se destina à responsabilização penal do indivíduo. Tal distinção, porém, não é absoluta, como têm observado os estudiosos. Na verdade, os agentes da Polícia Administrativa também agem repressivamente, quando, por exemplo, interditam um estabelecimento comercial ou apreendem bens obtidos por meios ilícitos. Por outro lado, os agentes de segurança têm a incumbência, frequentemente, de atuar de forma preventiva, para o fim de ser evitada a prática de delitos.

Com o objetivo de coibir certas condutas o direito prevê uma sanção em caso de descumprimento de determinado comportamento previsto pela norma. Essa sanção pode ser penal, como uma pena restritiva de liberdade. Ou administrativa como uma multa. Sendo a sanção penal só admitida nas agressões a bens jurídicos mais importantes, em respeito aos princípios limitadores do Direito Penal.

4.2 Conceito de crime de perigo concreto e abstrato

Os bens jurídicos mais relevantes são tutelados pelo Direito Penal, as condutas que agredem ao bem protegido são punidas penalmente.

Para uma proteção mais efetiva a determinado bem jurídico, além de uma efetiva agressão levar à sanção penal, a legislação prevê uma punição para conduta que oferece perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

Pretende-se com a criminalização de condutas que ponham em risco os bens tutelados, evitar um mal maior, a ocorrência do dano efetivo ao bem jurídico. Há uma antecipação punitiva do comportamento perigoso procurando-se com isso evitar o dano (GRECO 2011, p.193).

Os crimes de dano, que se consumam com a efetiva agressão ao bem jurídico, ou caso não ocorra o dano, pode se caracterizar a tentativa ou um indiferente penal. Diferentemente daqueles, os crimes de perigo são os que se consumam pela possibilidade, ainda que presumida, de dano. Conforme afirma Damásio de Jesus (2010, p.229):

Perigo presumido (ou abstrato) é considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo (avaliação *e ante*). Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão. Ex.: o fato “deixar de prestar assistência,

quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida”, que se encontra em desamparo, constitui crime de omissão de socorro (art.135). O perigo é presumido. Decorre da simples inércia do sujeito.

Os crimes de perigo se dividem em perigo abstrato e concreto. O perigo abstrato se configura pela prática da ação considerada perigosa. Não é necessário demonstrar que o bem jurídico sofreu risco de dano. Já no perigo concreto, há uma valoração subjetiva da probabilidade de dano, ou seja, é necessária comprovação de houve uma situação de risco para a configuração do delito (BITENCOURT 2010, p.254).

Num modelo de Direito Penal que respeite plenamente os direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, isto é, onde a Constituição represente limite insuperável à atuação punitiva do Estado, o Direito Penal assume contornos de Direito Penal Mínimo. Nesse modelo só deve-se criminalizar de condutas que causem efetiva lesão, ou ao menos que cause perigo concreto de lesão ao bem juridicamente protegido. Sendo assim os crimes de perigo abstrato devem ser considerados inconstitucionais.

4.3 Evolução das infrações penais e administrativas de embriaguez ao volante

Antes da entrada em vigor do CTB, havia o Código Nacional de Trânsito (CNT), que não previa nenhuma infração Penal. Porém previa como medidas administrativas no caso de embriaguez ao volante, multa gravíssima, apreensão do veículo e da habilitação. Na vigência do CNT, o limite máximo de álcool no sangue era 0,8 g/L. O código inovou no capítulo destinado aos crimes de trânsito nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade (2000, p.171):

[...] o Código propõe, em primeiro lugar, converter em infrações ou crimes algumas condutas que eram tipificadas como contravenções penais (como falta de habilitação para dirigir veículos e direção perigosa de veículos em via pública), e cuja consequência é o agravamento das penas. A seguir, propõe também o agravamento de crimes já definidos no Código Penal, como homicídio e lesões corporais culposos ou redefinições relativamente a tipos penais (como omissão de socorro). Enfim criminaliza (também como infrações ou crimes inúmeras condutas) inúmeras condutas até então não criminalizadas, nem como contravenções.

Após a entrada em vigor do CTB passou a ser crime dirigir embriagado seu artigo 306 disciplinava:

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

Observa-se que na época, a embriaguez ao volante era crime de perigo concreto, uma vez que a conduta tipificada previa que além de ingerir bebida alcoólica o motorista dirigisse expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, isto é, dirigisse sem a necessária observação as regras de segurança no trânsito.

Se o fizesse normalmente não sofreria sanções penais ainda que estivesse embriagado.

Por outro lado o CTB, passou a prever em seu artigo 165 a infração de dirigir sob influência de álcool:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.
 Infração - gravíssima;
 Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;
 Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

E o artigo 276 tinha por redação:

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

O limite de álcool no sangue passou a 0,6g/L, a multa era aumentada em 5 vezes, além dos 7 pontos na carteira, pontuação criada pelo CTB.

A Lei n.º 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, alterou o artigo 165, suprimindo deste a determinação da quantidade mínima de álcool no sangue, sendo a infração de trânsito caracterizada por qualquer nível alcoólico no organismo. A Lei 11.275 alterou também o texto do artigo 277, cuja redação anterior era:

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

homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

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

Com a alteração ficou:

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

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

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

Com a alteração não há mais a necessidade de suspeita de exceder os níveis de tolerância alcoólica, bastando a suspeita de ingerir álcool, para que seja submetido a exames. Com a criação do § 2º, no caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput do artigo, a infração poderia ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas admitidas em direito, pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

Com a intenção de pressionar o condutor a se submeter aos exames de alcoolemia, e para instituir a chamada tolerância zero, foi editada a Lei nº 11.705/08, a conhecida como Lei Seca, modificando os artigos do CTB relativos à embriaguez ao volante. Trazendo em seu bojo uma verdadeira presunção de culpa. Deixando ao condutor a obrigação de provar que não havia consumido álcool. Algo bem semelhante ao que ocorria na Santa Inquisição, ou os suspeitos confessavam por medo da tortura ou confessavam durante a tortura, mas a punição seria a mesma.

A primeira alteração é do artigo 165, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência

Infração - gravíssima

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

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

Verifica-se que houve alteração introduzida pelo artigo 165, concernente à suspensão da permissão para dirigir, pois antes tal penalidade variava de um a doze meses de acordo com o artigo 261 do CTB:

Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

Já a redação do novo artigo 276 é bem rigorosa estabelecendo a tolerância zero, não permitindo qualquer nível de álcool no sangue do condutor, ferindo o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

Em relação ao artigo 277, do CTB, não houve modificação significativa, a Lei Seca modificou a redação de seu §2º e acrescentou o § 3º, *in verbis*:

Art. 277 (...)

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

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art.165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

Esse § 3º contém medida que visa pressionar os condutores a se submeterem aos testes de alcoolemia, pois caso o condutor se negue a se submeter aos procedimentos previstos no artigo, será penalizado com as medidas administrativas do artigo 165. Ou seja, o § 3º constitui um absurdo jurídico enorme, que escapa a percepção do leigo, pois tal pessoa faz a seguinte análise: se o motorista se recusa a fazer os testes deve ser por ter consumido álcool. Tal raciocínio faz até certo sentido. De qualquer forma não é assim que o Estado deve atuar, ele mesmo tem que se dobrar a Constituição, aos tratados internacionais, e as leis. Portanto por mais que a intenção seja boa, os fins não justificam os meios. Não é aceitável que para tentar diminuir as mortes no trânsito, tal artigo transforme a presunção de inocência em presunção de culpa, transfira a obrigação do Estado de provar a culpa de alguém, em

obrigação deste de mostrar que é inocente. A cada dia que tal regra permanece em nosso ordenamento, é um risco de que mais e mais dispositivos como esse passem a fazer parte da legislação, uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

Após a referida lei a redação do art. 306 ficou:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

A alteração da redação do artigo 306 trouxe uma grande dificuldade para a caracterização do crime de embriaguez ao volante. Pois agora há de se comprovar que a concentração por litro de sangue é igual ou superior a 6 decigramas. Então não importa mais que o motorista esteja dirigindo de forma perigosa, em ziguezague, na contra mão de direção, com excesso de velocidade etc. Somente importa o critério objetivo criado pelo legislador. Pelo princípio *nemo tenetur se detegere* não se pode obrigar o condutor a se submeter ao exame para aferir o nível de alcoolemia, a infração penal não poderia ser caracterizada, restando à autoridade de trânsito aplicar as medidas administrativas do artigo 165. Fernando Capez sobre o tema (2010, p.345):

Dessa forma, a prerrogativa individual contida na Constituição Federal, em seu art. 5º, LXII, poderá, em tese, ser estendida ao condutor embriagado, o qual terá o direito de ser informado acerca da não obrigatoriedade do uso do etilômetro (bafômetro) ou da realização de exame de sangue, muito embora essa garantia possa esvaziar o tipo penal, pois todo motorista embriagado fatalmente lançará mão dessa prerrogativa, a fim de inviabilizar a persecução penal, tornando letra morta o art. 306 do CTB.

Sobre a necessidade do exame de alcoolemia e a possibilidade de se comprovar a embriaguez por outras provas a 3ª seção do STJ, se manifestou em julgamento unanime pela obrigatoriedade do exame e pela impossibilidade de que outros meios de prova fossem utilizados.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE nº 1111566-DF. Processual Penal. 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. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Luiz Ferreira. Ministro Marco Aurélio Bellize, 3ª seção, 28 mar. 2012.

Diante do quadro de dificuldade de aplicação do artigo supracitado foi editada a Lei nº 12.760, conhecida como “Nova Lei Seca”, numa tentativa de resolver os problemas de aplicação da Lei nº 11.705. A referida lei alterou dentre outros o artigo 306 do CTB, cuja redação passou a ser:

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

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

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

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

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

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

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

Primeiramente podemos perceber a supressão da expressão via pública, o que pode levar o exegeta a concluir que agora pode se caracterizar o crime de embriaguez ao volante em via particular. Porém, fazendo uma interpretação sistemática do CTB, deve-se discordar dessa conclusão, uma vez que, como já mencionado nesse trabalho, o artigo 1º e 2º do CTB, delimitam sua esfera de incidência as vias públicas, fazendo ressalva no parágrafo único do artigo 2º a exceção ali colocada de considerar praias abertas à circulação pública e as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas como vias terrestres.

Além dessa alteração os meios de provar a embriaguez do condutor foram ampliados sendo aceitos: teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos. A Nova Lei Seca trouxe modificações nos artigos referentes às penalidades administrativas. A multa por dirigir sob efeito de álcool gravíssima passou ter seu valor multiplicado por 10 (antes era multiplicado por 5) ou seja o infrator deverá pagar R\$ 1915,40. Isto é, o valor da penalidade que já era alto dobrou. Houve a inclusão do parágrafo único no artigo 165, prevendo em caso de reincidência no período de 12 meses o dobro do valor como penalidade, ou seja, 20 vezes o valor de uma infração gravíssima, R\$ 3830,80.

O artigo 276 passou a ter a seguinte redação:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica.

O artigo 276 não permitia nenhum nível de álcool constatado via exame de sangue passa a prever em sua nova redação tolerância zero também para testes feitos com etilômetro. As margens de tolerância a que se refere o parágrafo único foram definidas pela Resolução nº 432/2013 do Contran. A partir daí os condutores que realizarem o teste com o etilômetro e tiverem resultado variando de 0,05 mg/L até 0,33 mg/L sofrerão penalidades administrativas, a partir de 0,34 mg/L além das penalidades administrativas os condutores incorrerão em crime de trânsito na forma do artigo 306 do CTB. Caso o condutor se negue a fazer o teste do bafômetro incorrerá em infração administrativa, e o agente de trânsito poderá ainda conduzi-lo à autoridade policial e aplicar os procedimentos penais do artigo 306, baseando-se na constatação dos sinais apresentados, seja por vídeos, por exames clínicos realizados por médico perito ou através de provas testemunhais.

5 OS MEIOS DE PROVA DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

5.1 O Conceito de prova e os meios de prova

O conceito de prova é dos mais diversos de pode-se dizer que é aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa.

Em seu Título VII intitulado “DA PROVA” o Código de Processo Penal disciplina a prova. A prova é a base sobre a qual o juiz formará sua convicção. Como se constata no artigo 155 do CPP com redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Prova é o conjunto de atos praticados pelo juiz, pelas partes, e por terceiros com a finalidade de convencer o juiz da ocorrência de fatos, da veracidade de afirmações (CAPEZ, 2012, p.360).

Nestor Távora aduz que a finalidade da prova é a demonstração da verdade ou falsidade dos fatos, e seu objetivo é contribuir para o convencimento do juiz. A prova demonstra os fatos ou o próprio direito discutido na lide (2013, p.388).

Eugênio Paccelli de Oliveira (2011, p. 327) frisa a dificuldade probatória:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Constitui prova todo elemento que forma a convicção do juiz, excluídas as provas proibidas. Essas podem ser ilícitas caso contrariem norma de direito material ou preceito constitucional. E ilegítimas se forem contrárias a norma de direito processual.

O artigo 157 do CPP tratou das provas proibidas. Capez destaca que esse artigo ao mencionar as provas ilícitas está se referindo ao gênero provas proibidas cujas espécies são as provas ilícitas e ilegítimas na classificação doutrinária (2012, p.364).

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

A doutrina pátria entende que as provas obtidas por meios ilícitos são válidas se usadas na defesa do réu, *pro reo*. Em caso contrário não são admissíveis. Fernando Capez discorda dessa posição (2012, p. 367):

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

Isto é, Capez admite a prova ilícita não só *pro reo*, mas também *pro societate*, baseando sua argumentação no princípio da proporcionalidade. Ou seja, as provas ilícitas poderiam ser utilizadas contra o réu desde que valores mais relevantes, como a vida, liberdade ou segurança estejam em jogo.

5.2. Classificação das provas

É variada a classificação doutrinária das provas. Dentre essa diversidade de classificações destaca-se a classificação quanto ao objeto, ao efeito, ao sujeito e a forma.

A classificação quanto ao objeto indica a relação que a prova tem com o fato a ser provado. No tocante ao objeto a prova pode ser dita direta ou indireta. Chama-se de direta aquela que por si demonstra o fato, por exemplo, um documento, depoimento de testemunha visual. Já a indireta refere-se a outro acontecimento e por dedução leva ao fato principal, por exemplo, um álibi.

A classificação quanto ao efeito ou valor relaciona-se ao grau de certeza a prova podendo ser plena quando dá ao julgador um juízo de certeza quanto ao fato; e não plena ou indiciária, é a prova limitada a um juízo de probabilidade.

Quanto ao sujeito ou causa a prova pode ser real, se consistente em uma coisa externa e distinta da pessoa, por exemplo, fotografia, pegadas; ou pode ser dita pessoal sendo

aquela que encontra a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais, como uma confissão, uma testemunha, declarações da vítima.

Quanto à forma ou aparência, diz respeito à maneira como a prova se revela no processo. Pode ser testemunhal, se resultante de depoimento prestado, como o interrogatório do réu; documental, se produzida por meio de documentos, por exemplo, um contrato; e material se obtida por meio químico, físico ou biológico, exame de corpo de delito.

5.3 Os meios de prova da embriaguez ao volante

Os meios de prova são os mecanismos que trazem elementos de prova aos autos, esses elementos são necessários para demonstrar a veracidade de tal fato. O rol de provas expresso CPP não é exaustivo, sendo quaisquer provas obtidas por meios lícitos, admitida no processo penal, as provas não enumeradas no CPP são chamadas de *inominadas*. Nesse sentido Fernando Capez (2012, p.394) afirma que tudo que possa servir direta ou indiretamente ao esclarecimento da verdade constitui meio de prova. De forma que temos vários tipos de prova a prova documental, pericial, testemunhal etc.

Vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, caso contrário pode-se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas.

A redação do artigo 306 do CTB dada pela Lei nº 11.705 de 2008:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

A alteração da redação dada pela Lei nº 11.705/2008 do artigo 306 trouxe uma grande dificuldade para a caracterização do crime de embriaguez ao volante. Pois agora há de se comprovar que a concentração por litro de sangue é igual ou superior a 6 decigramas. Como já mencionado anteriormente, não importa mais que o motorista esteja dirigindo de forma perigosa, em ziguezague, na contra mão de direção, com excesso de velocidade etc. Somente importa o critério objetivo criado pelo legislador. Pelo princípio *nemo tenetur se*

detegere não se pode obrigar o condutor a se submeter ao exame para aferir o nível de alcoolemia, a infração penal não poderia ser caracterizada, restando à autoridade de trânsito aplicar as medidas administrativas do artigo 165. Tendo o próprio STJ se manifestado pela obrigatoriedade do teste de alcoolemia, como já citado nesse trabalho.

A Lei nº 12.760, foi editada com a finalidade de corrigir as distorções da Lei nº 11.705. A referida lei alterou dentre outros o art. 306 do CTB, cuja redação passou a ser:

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

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

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

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

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

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

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

Os parágrafos 2º e 3º tiveram suas redações alteradas pela Lei nº 12.971/2014:

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

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

Com a redação atual do artigo 306, os meios de provar a embriaguez do condutor foram ampliados sendo aceitos: teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos. Prova testemunhal feita pelo próprio agente de trânsito ao observar os notórios sinais caracterizadores de embriaguez alcoólica, congestão da face e dos olhos, vômitos cheirando a vinagre, soluços, sonolência, atitude de excitação, confusão, loquacidade, arrogância, agressividade, orientação no tempo e no espaço, memória, articulação de palavras, perda de coordenação motora e equilíbrio etc. Deve-se ressaltar que dado ao subjetivismo desses sinais, muita cautela é necessária, inclusive porque eles podem ser características de doenças ou problemas físicos do indivíduo, não consequências da ingestão de álcool. Por exemplo: problemas na voz, problemas físicos que

causem perda de equilíbrio, agressividade resultante de estresse, soluços consequentes de refluxo gástrico, hálito alcoólico causado por diabetes etc.

Então temos a seguinte situação, os meios de provar a embriaguez ao volante foram ampliados pela redação dada pelas Leis n.ºs 12.760/2012 e 12.971/2014. Sendo o meio preferencial o teste de alcoolemia, por etilômetro ou exame de sangue, dada sua precisão e objetividade. Porém essa prova só pode ser produzida com o consentimento do condutor. Caso seja o mesmo coagido por qualquer que seja a forma a se submeter ao teste contra sua vontade a prova será ilícita e não poderá ser admitida em processo penal ou administrativo, por violar o princípio *nemo tenetur se detegere*. Na impossibilidade da prova objetiva do etilômetro ou dos exames laboratoriais, ganha destaque na comprovação da embriaguez o exame clínico feito por perito médico, porém essa prova é prejudicada pela possível demora entre o momento da abordagem inicial ao condutor pela autoridade de trânsito e o instante do seu exame pelo perito. Pois nesse meio tempo os sinais que comprovariam a embriaguez podem ter diminuído ou mesmo desaparecido. De qualquer forma no exame clínico o médico avaliará os sinais indicativos de embriaguez do condutor, como por exemplo, pelos sinais alterados da atividade psicomotora, e os demais citados anteriormente. Diante da dificuldade da formação das provas de determinação da alcoolemia através do etilômetro ou do exame de sangue, a dificuldade de formação das provas periciais (incluindo o exame clínico), as provas testemunhais se sobressaem como forma de comprovar a embriaguez do motorista. Podendo inclusive a autoridade de trânsito prestar testemunho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado deve atuar de forma a diminuir os riscos de acidentes de trânsito, combatendo fatores que podem aumentar a probabilidade de sua ocorrência, como a embriaguez ao volante.

Em decorrência do grande número de acidentes de trânsito e da pressão de setores da sociedade brasileira, foram editadas as Leis nºs 11.275/06, 11.705/08, 12.760/12 e 12.971/14, que alteraram artigos do CTB, enrijecendo a repressão à conduta de dirigir alcoolizado penal e administrativamente, essa repressão excessiva se baseia na ilusão de que quanto mais dura a lei mais a mesma será respeitada, como se o simples fato de criminalizar uma conduta fosse suficiente para coibir sua prática.

Na forma como está redigido o crime do artigo 306 do CTB é de perigo abstrato. Em respeito ao princípio de lesividade a conduta de dirigir de veículo automotor após a ingestão de álcool, sem expor a dano potencial a incolumidade de outrem, isto é, dirigir com a necessária observação as regras de segurança no trânsito. Não deveria ser tipificada como crime visto que a conduta por si só não causa ofensa a bem jurídico, e nem ao menos o coloca em perigo real, ou efetivo, o que há é apenas uma presunção de perigo. Além disso, a conduta poderia ser coibida por meios extrapenais através de medidas administrativas como a multa e a suspensão da habilitação. Então a criminalização da conduta ofende também o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), pelo qual o Direito Penal só pode atuar se os outros ramos do Direito não forem capazes de dar a tutela devida a bens relevantes à vida do indivíduo e da própria sociedade. Sendo assim não é legítima a criminalização da conduta, não passando de banalização do Direito Penal, ou seja, o excesso de criminalização, que contribui para que a sanção penal pareça algo comum, normal, e não o que realmente é: um meio repressivo violento, perdendo assim seu poder intimidador. Em nosso modelo constitucional, onde a Constituição representa limite intransponível ao *jus puniendi* estatal e onde deve haver respeito pleno aos direitos e garantias constitucionais, só deve haver criminalização de condutas que causem efetiva lesão, ou ao menos que cause perigo concreto de lesão ao bem juridicamente protegido. Sendo assim os crimes de perigo abstrato devem ser considerados inconstitucionais, incluindo-se o crime de embriaguez ao volante.

Após as alterações produzidas pela Lei nº 11.705, o único meio de demonstrar a

embriaguez ao volante passou a ser a o teste de alcoolemia. Porém ficou demonstrado que por conta do princípio da presunção de inocência o motorista não pode ser obrigado a fazê-lo. Ampliou-se os meios de prova através da Lei nº 12.760 passando-se a caracterizar a infração do artigo 165, bem como o crime do artigo 306 através teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos. Ainda assim o meio preferencial para a configuração do crime ainda é o teste de alcoolemia. Porém essa prova só pode ser produzida com o consentimento do condutor. Caso seja o mesmo coagido por qualquer que seja a forma a se submeter ao teste contra sua vontade a prova será ilícita e não poderá ser admitida em processo penal ou administrativo, por violar o princípio *nemo tenetur se detegere*. Porém a regra que consta do § 3º do artigo 277 pune o condutor que se recusar a fazer o referido teste com as penalidades do artigo 165. Constatou-se que o § 3º constitui norma nitidamente inconstitucional, pois viola o princípio da presunção de inocência. Uma vez que considera alcoolizado o condutor que não colaborar com a fiscalização. Constituindo verdadeira presunção de culpa.

A “Lei Seca” é uma tentativa desesperada e imediatista de diminuir o número alarmante de mortos e feridos em acidentes com veículos automotores. É com certeza um objetivo nobre e justo que deve ser perseguido pelo poder público, mas que não alcançará os fins almejados. A repressão não razoável e desproporcional das normas penais de trânsito, não fará cair os índices de violência nas vias brasileiras da mesma forma que outras leis como Estatuto do Desarmamento e Lei de Crimes Hediondos e a não conseguiram diminuir a violência urbana, da mesma forma que a redução da maioria penal (se aprovada) não diminuirá tais índices. A causa é que a ingestão moderada de álcool não parece ser o principal motivo de um acidente de trânsito. E mesmo que seja, ainda assim a repressão violenta do Estado não suprirá o que deve ser conseguido mediante a educação.

O Estado não é onipresente, então não pode fiscalizar a todos, sendo assim as pessoas devem passar a seguir as prescrições legais por um sentimento interno que devem segui-las. Isso só poderá ser conseguido com uma sociedade mais consciente e não com uma sociedade subjugada ao Direito Penal. A conscientização social se consegue através da educação, no caso mais específico do tema em questão, com educação para o trânsito. Séculos antes de Cristo, Pitágoras já declarava a importância da educação: “educai as crianças e não será preciso punir os homens”.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. rev. 3.tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. volume 1. 15 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo :Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Lei de Introdução ao Código Penal** - Decreto-Lei Nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 12 mar. 2015.
CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. volume 1. 5 ed. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR; Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em:< <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010.> Acesso em 06 dez .2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal** - Parte Geral. volume 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEYTON, Vilma; PONCE, Júlio de Carvalho ; ANDREUCCETTI, Gabriel. Problemas específicos: álcool e trânsito. In: ANTHONY, James C.; ANDRADE, Arthur Guerra de; SILVEIRA; Camila Magalhães. (orgs.). **Álcool e suas consequências: uma abordagem multiconceitual**. Barueri, SP: Minha Editora, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. -São Paulo: Atlas, 2014.

Mortalidade por Acidentes de Transporte Terrestre no Brasil na última década: tendência e aglomerados de risco. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt&pid=S1413-81232012000900002>. Acesso 10.03.2015

MORAIS NETO, Otaliba Libânio de et al . Mortalidade por acidentes de transporte terrestre no Brasil na última década: tendência e aglomerados de risco. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 17, n. 9, p. 2223-2236, set. 2012 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000900002&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 20 abr. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n.7.209, de 11.7.1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo-SP: Malheiros, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: ed. Revan, 2001.