



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

LÍSSIA MARIA EUGÊNIO LOPES

**A APLICABILIDADE DO ART. 294 DA LEI Nº 9.503/1997 (CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO) EM CASOS DE CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: UMA
ANÁLISE DO MÓDULO PROCESSUAL DE URGÊNCIA**

FORTALEZA

2013

LÍSSIA MARIA EUGÊNIO LOPES

**A APLICABILIDADE DO ART. 294 DA LEI Nº 9.503/1997 (CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO) EM CASOS DE CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: UMA
ANÁLISE DO MÓDULO PROCESSUAL DE URGÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Ms. William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2013

LÍSSIA MARIA EUGÊNIO LOPES

**A APLICABILIDADE DO ART. 294 DA LEI Nº 9.503/1997 (CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO) EM CASOS DE CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: UMA
ANÁLISE DO MÓDULO PROCESSUAL DE URGÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Área de concentração: Direito Processual
Penal.

Orientador: Prof. Ms. William Paiva Marques
Júnior.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. William Paiva Marques Júnior (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Esp. Álisson José Maia Melo

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Luiz Carlos e Ângela.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, a força que me guiou durante toda a minha caminhada.

Ao Prof. PhD. Marcelo Lima Guerra, por ter, gentilmente, cedido a sua obra inédita para formar a base teórica deste trabalho.

Ao Prof. Ms. William Paiva Marques Júnior, pela compreensão e dedicação à orientação deste trabalho, pela confiança nas minhas possibilidades.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda e ao Prof. Esp. Álisson José Maia Melo, por terem, gentilmente, aceitado o convite para participar da Banca Examinadora.

À Faculdade de Direito, por ter me recebido, por ter me ensinado as lições mais relevantes à minha vida profissional, por ter sido a Casa onde pude iniciar a minha formação acadêmica, onde encontrei muito joio, mas onde também tive o prazer de, finalmente, poder colher o trigo.

Ao Seu Moura e ao Jothe, este por ceder a Fort Livros para o nosso cantinho de encontros, aquele por ter sido sempre educado e prestativo.

Aos verdadeiros amigos que encontrei, àqueles com quem pude contar nos momentos mais difíceis, àqueles de quem não esperei nada, mas que me cederam, gratuitamente, atenção, carinho, respeito. Amigos como a Mariana, a Regina, o Arthur, o Weber, o Pedim, o Pedro e a Vivi, por quem nutro uma admiração perene.

Aos meus colegas de sala, por terem sido, sim, uma família, que briga por qualquer coisa, mas que sempre faz as pazes.

Ao meu pai, meu filósofo de profissão e de madrugadas, o advogado de alma, com quem tive as discussões mais acaloradas, mas que sempre se orgulhou e me apoiou em todos os momentos da minha vida, mesmo que não soubesse a fundo o que se passava. A ele que sempre teve certeza de que, um dia, eu chegaria ao topo da montanha.

À minha mãe, minha melhor amiga, minha companheira, meu abraço, minha terapeuta, minha vidente. Meus braços e minhas pernas, a quem devo a solução de tantos dos meus problemas, a quem devo as palavras que fundamentaram as minhas escolhas mais difíceis, a quem devo a manutenção dos meus valores.

Aos meus irmãos, em especial, à Lívia, por ter sido a minha médica, o meu exemplo, desde criança.

À Maria, por ter sido a segunda mãe que Deus colocou na minha vida, por ter me ensinado a dar os primeiros passos, por ter me estimulado, desde criança, a ler, a cantar, a dar grandes gargalhadas.

“Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerram. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele).”

Ruy Barbosa.

RESUMO

Este estudo trata da aplicabilidade do art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro em casos de crime de embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do mesmo Código, confrontando os aspectos relativos à medida cautelar de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ou proibição de obtê-la e o novo arcabouço normativo, instituído pela Lei nº 12.760/2012, relativo ao crime de embriaguez ao volante, sob a ótica do módulo processual de urgência. A pesquisa realiza-se tomando por base a análise da doutrina e da jurisprudência acerca da matéria. Evidencia-se que o art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro tem por finalidade o acautelamento do meio social, mas que deve conformar-se ao modelo constitucional de processo, em observância direta aos preceitos enunciados pela Constituição Federal de 1988 acerca do processo. Estes se consubstanciam nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, que formam o devido processo legal penal, sobretudo quanto ao requisito da garantia da ordem pública, que denota um conceito jurídico indeterminado, pelo que deve ser delimitado de acordo com o caso concreto, excluindo-se qualquer interpretação tendenciosa a antecipar a culpabilidade do acusado. Analisa-se o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sob o enfoque das alterações dadas pela Lei nº 12.760/2012, sobretudo quanto à ampliação dos meios de prova aptos a comprovar a alteração psicomotora, nova elementar do tipo penal, em substituição à concentração específica de 6 dg/L de sangue. Verifica-se que, para a decretação da medida cautelar de suspensão ou proibição de obter a habilitação, em casos concretos de crime de embriaguez ao volante, os Tribunais de Justiça brasileiros têm entendido pela necessidade de fundamentação da decisão, de modo a comprovar o *fumus boni juris* e a periculosidade concreta do agente, baseada na análise dos antecedentes, da gravidade dos delitos e da repercussão social, por ser a medida excepcional. Constata-se que a medida cautelar do art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro deve se adequar às circunstâncias específicas do crime de embriaguez ao volante, devendo ser decretada sob a máxima prudência, dada a necessidade de valoração tanto do conceito de ordem pública quanto da elementar de alteração da capacidade psicomotora, por meio do exame dos meios de prova, que podem denotar subjetividade, buscando-se a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, em especial, do devido processo legal.

Palavras-chave: Código de Trânsito Brasileiro. Suspensão cautelar da habilitação. Embriaguez ao volante. Devido processo legal. Contraditório. Ampla defesa. Presunção de inocência.

ABSTRACT

This study addresses the applicability of article 294 of the Brazilian Traffic Code in criminal cases of drunk driving, typified in the article 306 of the same Code, confronting aspects of the provisional remedy to suspend the license to drive a motor vehicle or prohibition to obtain that license and the new normative framework established by Law no. 12,760 of 2012 on the crime of drunk driving, in terms of the procedural of urgency module. The research is carried out building on the analysis of the doctrine and jurisprudence on the matter. It is evident that article 294 of the Brazilian Traffic Code aims to forearm the social environment, but must conform to the constitutional model of process, in direct compliance with the precepts laid down by the Constitution of 1988 about the process. These precepts are implemented in the adversarial principle, the right to defense and the presumption of innocence, which form the criminal due process, especially regarding the requirement of guaranteeing public order, which denotes an undefined legal concept, and should be defined according to the case, excluding up any biased interpretation anticipate the guilt of the accused. It is analyzed the crime of article 306 of the Brazilian Traffic Code under the focus of the amendments given by Law no. 12,760 of 2012, especially regarding the expansion of evidence capable of proving the psychomotor ability change, new elementary type criminal, replacing the specific concentration of 6 dg/L of blood. It is found that, for the decree of provisional remedy to suspend or prohibit obtaining the license, in specific cases of crime of drunk driving, the Brazilians Courts of Justice have understood the need of substantiate the interlocutory decision in order to prove the *fumus boni juris* and the actual dangerousness of the offender, based on the analysis of the criminal clearance certificate, the seriousness of the offenses and the social repercussions for being an exceptional measure. It is found that the provisional remedy of article 294 of the Brazilian Traffic Code must fit the specific circumstances of the crime of drunk driving, shall being imposed under the utmost caution, in light of the need for valuation of both the concept of public order as the elementary change of psychomotor ability, by examining the evidence, it can denote subjectivity, looking up for realization of fundamental rights and guarantees, in particular the due process of law.

Keywords: Brazilian Traffic Code. Precautionary suspense of license. Drunk driving. Due process of law. Adversarial principle. Right of defense. The presumption of innocence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	O MÓDULO PROCESSUAL DE URGÊNCIA SOB A ÓTICA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO.....	13
2.1	O modelo constitucional de processo: o devido processo legal.....	13
2.2	A urgência processual e o módulo processual de urgência.....	17
2.3	O devido processo legal penal e os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.....	22
3	A MEDIDA CAUTELAR DO ART. 294 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	31
3.1	Delimitação conceitual e natureza jurídica.....	34
3.2	Requisitos para concessão da medida.....	37
3.3	O conceito de ordem pública como fundamento cautelar no processo penal.....	45
4	A APLICABILIDADE DO ART. 294 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO EM CASOS DE CRIME EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....	55
4.1	A tipificação do delito de embriaguez ao volante: art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.....	57
4.2	Os meios de prova admitidos para comprovação do estado de embriaguez e a contraprova.....	65
4.3	A aplicabilidade do art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro em casos de embriaguez ao volante sob a ótica da jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros.....	69
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
	REFERÊNCIAS.....	86
	ANEXO.....	94

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo confrontar os aspectos relativos à tutela de urgência do art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro e o novo arcabouço normativo relativo ao crime de embriaguez ao volante instituído pela Lei nº 12.760/2012, em observância direta aos preceitos enunciados pela Constituição Federal de 1988 acerca dos valores que devem, obrigatoriamente, compor o processo penal, consubstanciados, sobretudo, nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, que, juntamente com outros, formam o devido processo legal penal.

A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), introduz, no ordenamento jurídico brasileiro, normas de natureza material – eminentemente administrativas e penais – e processual, de modo a serem aplicadas especificamente em situações jurídico-fáticas relacionadas ao trânsito.

Como se sabe, nos dias atuais, o ambiente do trânsito tem sido palco comum para violação de direitos, tanto subjetivos – dos condutores, pedestres, ciclistas, etc. – como objetivos da população em geral, sendo certo que as regras estabelecidas pelo CTB visam a regular as relações intersubjetivas criadas nas vias terrestres, de modo a equilibrá-las, proporcionando estabilidade, para concretizar (ou efetivar) o direito ao trânsito em condições seguras, expressamente definido na legislação.

Nesse sentido, impende observar que o direito ao trânsito em condições seguras decorre do direito fundamental à segurança pública, em confronto permanente (ainda que se considere a natureza aparente desse conflito) com direitos fundamentais de natureza individual, como, v. g., o direito de ir e vir, limitando-se, caso a caso, um ou outro, para que restem atendidos o interesse público e as liberdades individuais, que podem sofrer determinadas restrições, do qual decorre a necessidade de se precisar até qual limite a liberdade de um não afeta a de outrem.

É exatamente para assegurar o trânsito em condições seguras que o CTB preceitua normas gerais de circulação e conduta, respeitando as liberdades individuais de cada parte da relação jurídica de trânsito, normas para as quais o próprio Código prevê sanções, em casos de violação.

Paralelamente às disposições de direito material, sobretudo as que determinam infrações – tanto penais quanto administrativas – e cominam as respectivas sanções, o CTB também apresenta dispositivos de natureza processual, especificando o procedimento que deve ser utilizado para aplicação das normas de direito material.

Um desses dispositivos refere-se à concessão de medida de natureza cautelar (ou

de urgência, como denomina a doutrina mais moderna), estabelecida no art. 294 do CTB, que possibilita a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor (Carteira Nacional de Habilitação e Permissão para Dirigir Veículo Automotor) ou a proibição de obtê-la, em qualquer fase da investigação ou da ação penal, por iniciativa do Ministério Público, da autoridade policial ou mesmo *ex officio*, visando à garantia a ordem pública, aplicável a todos os crimes de trânsito.

Nesse contexto, o dispositivo do art. 294 do CTB torna-se um meio hábil para retirar a condição de condutor, de forma temporária, daquele contra quem já se instaurou inquérito policial ou ação penal pela suposta prática de crime de trânsito. Contudo, pouco se discute, na doutrina, acerca da conformação do art. 294 do CTB às garantias processuais estabelecidas na Constituição Federal de 1988, de obediência obrigatória pela legislação infraconstitucional, ou seja, a sua constitucionalidade, bem como se os requisitos específicos do art. 294 do CTB cumprem as exigências do denominado “módulo processual de urgência”, sobretudo quanto à existência de urgência processual (*periculum in mora*) apta a legitimar a restrição à liberdade do condutor de forma precária, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Paralelamente, a partir da conclusão de que o grande número de acidentes de trânsito – causados em virtude do descumprimento dos deveres estabelecidos no Código – estava intimamente relacionado à ingestão de bebidas alcoólicas combinadas com a direção de veículos automotores, colocando em risco concreto tanto o próprio condutor, como os pedestres, os ciclistas, e, de maneira geral, a população, que sofre com a insegurança no trânsito, foi editada a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, popularmente denominada “Lei Seca”, que alterou o tipo penal relativo ao crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do CTB, visando a punir de forma mais severa o condutor que dirige sob o efeito de álcool ou substâncias psicoativas de efeitos análogos.

Contudo, a legislação padecia de inúmeras atecnias, que geraram, desde a sua entrada em vigor, diversas discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial, sobretudo quanto aos meios de prova aptos a caracterizar o delito tipificado no art. 306, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado o entendimento de que só seria possível a constatação do delito de embriaguez ao volante com a formulação de prova técnica pericial capaz de determinar a concentração de álcool no sangue ou no ar dos pulmões, aferível por meio do etilômetro (comumente conhecido como “bafômetro”) ou exame de sangue, o que abalou sobremaneira a sua efetividade, ou, em outras palavras, a própria credibilidade da legislação, pois a comprovação do elemento objetivo – concentração de álcool no sangue ou no ar alveolar – que forma a conduta típica, depende da participação ativa do indiciado/acusado na produção

de prova contra si, a ser utilizada pela acusação, contrapondo-se ao direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988 de não autoincriminação (ou, *contrario sensu*, a vedação de autoincriminação).

Assim, em decorrência da problemática envolvendo a efetividade da “Lei Seca”, foi aprovada recentemente a Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, a qual modifica diversos dispositivos do CTB (que já haviam sido objetos de alteração pela “Lei Seca”), que dispõem acerca da embriaguez ao volante, tanto no aspecto administrativo quanto no penal, de modo a corrigir os equívocos legislativos anteriores, sobretudo no que tange à matéria mais questionável: os meios de prova.

Todavia, mais uma vez, mesmo diante do esforço legiferante para punir a conduta delitiva tipificada no art. 306 do CTB de forma mais severa, ainda existem aspectos relevantes que continuam sendo objeto de críticas.

Este trabalho é composto por três seções. Na primeira, realiza-se uma análise do módulo processual de urgência, tomando como referencial teórico a obra inédita de Guerra (2012, mimeografada), para quem o módulo processual de urgência é o arcabouço normativo mínimo necessário a legitimar a prestação da tutela de urgência, amplamente denominada de tutela cautelar, a partir do modelo constitucional de processo. Este, caracterizado pela unidade de normas constitucionais relativas ao processo que informam o devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando-se os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, notadamente relevantes no âmbito do processo penal.

Na segunda, são abordados os aspectos relevantes do art. 294 do CTB, delimitando-se o seu conceito e natureza jurídica. Prestou-se, ainda, à análise de seus requisitos específicos, com ênfase na “garantia da ordem pública”, termo bastante criticado pela doutrina, por denotar um conceito jurídico indeterminado.

Na terceira e última, são analisados os aspectos relativos ao crime de embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do CTB, desde a sua redação original até as modificações trazidas pelas Leis nº 11.705/2008 e 12.760/2012, que alteraram as elementares do tipo penal, destacando-se os aspectos específicos alterados ou introduzidos pela Lei nº 12.760/2012, que determinou a redação atual do dispositivo do art. 306, sobretudo no que tange à elementar de “alteração da capacidade psicomotora”, bem como aos meios de prova que passaram a ser admitidos pela lei para a comprovação dessa elementar.

Ademais, são registrados e analisados alguns julgados oriundos dos Tribunais de Justiça brasileiros, coletados por meio de pesquisa de jurisprudência nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça de todos os Estados brasileiros, a partir do uso de palavras-chave relacionadas ao tema, que tratam especificamente da decretação ou denegação da medida

cautelar do art. 294 do CTB em casos concretos de acusação pela prática de crime de embriaguez ao volante, a fim de se confrontar a teoria e a prática, de modo a esclarecer como a medida cautelar de suspensão da habilitação ou proibição de obtê-la deve ser aplicada, ressaltando-se a necessidade de fundamentação da decisão que a decreta, sob o prisma da verificação da periculosidade concreta do agente.

Portanto, reconhece-se a enorme relevância social e jurídica do assunto, de um lado pela complexidade e importância das relações jurídicas criadas no ambiente de trânsito, cada vez mais abarcado pela vida cotidiana moderna, devendo ser preservada a incolumidade física dos usuários das vias terrestres. De outro lado, pelas controvérsias que pairam sobre a aplicação da lei, em especial quanto aos aspectos relativos à observância dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, os quais devem balizar todo o ordenamento jurídico brasileiro. Registra-se, ainda, a exiguidade bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema, pelo que se torna fundamental a análise do instituto do art. 294 do CTB em casos de crime de embriaguez ao volante, a fim de contribuir para a aplicação do instituto pelos operadores do Direito, de forma mais adequada aos direitos e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988.

2 O MÓDULO PROCESSUAL DE URGÊNCIA SOB A ÓTICA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

O cerne do objeto deste estudo perfaz, inicialmente, a análise das normas constitucionais relativas ao processo, sobretudo no que tange às garantias processuais contidas na Constituição Federal de 1988, com *status* de direitos e/ou garantias fundamentais, as quais conferem efetividade à atividade jurisdicional, formando o denominado “modelo constitucional de processo”. Em seguida, coteja-se o denominado “módulo processual de urgência” e suas características mais relevantes ao tema em análise.

2.1 O modelo constitucional de processo: o devido processo legal

Importa, pois, ressaltar o papel de destaque do princípio do devido processo legal, positivado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988¹, o qual é comumente identificado como supedâneo dos demais princípios relativos ao processo, conforme se posiciona a doutrina processualística majoritária, na esteira de Cintra, Grinover e Dinamarco (2009), Nery Jr. (1999) e Câmara (2009), bem como a jurisprudência pátria, conforme se observa deste acórdão do Supremo Tribunal Federal:

O devido processo legal é consagrado como processual ou formal e substancial ou material. A regularidade procedimental é preservada pelo devido processo legal processual ou formal, dado que cada questão submetida à apreciação jurisdicional deve ser resolvida através de um encadeamento lógico de atos tendentes à consecução do provimento final (processo), próprio para a hipótese (devido) e previamente estipulado (legal). O exame do mérito das valorações legislativas, administrativas e judiciais é protegido pelo devido processo legal substancial ou material, eis que cada medida restritiva de direitos fundamentais deve revelar-se adequada, necessária e proporcional. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 1409, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2006b, *online*).

Contudo, posicionando-se em sentido diverso, embora não contrário, Guerra (2012, mimeografada)² salienta que, a bem da verdade, a fórmula do “devido processo legal” expressa pela Constituição Federal de 1988 não identifica uma garantia específica, quanto ao(s) valor(es) que se pretende alcançar por meio do processo, bem como no próprio

1 “Art. 5º [...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*).

2 Obra mimeografada, em fase de elaboração, cujo manuscrito foi-nos gentilmente cedido pelo autor, denominada: Tutela de urgência no direito brasileiro.

processo, apresentando-se como uma “moldura em branco”. Isto é, da expressão “devido processo legal” se extrai a necessidade constitucionalmente definida de que o processo deve ser inspirado em certos valores, que atuam como suas garantias, legitimando o resultado obtido por meio daquele, sem indicar, no entanto, quais são esses valores/garantias.

Daí decorre a constatação de que o sentido e o alcance do devido processo legal só são possíveis de se aferir por meio de sua relativização e contextualização ao ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, aos princípios que este erige ao patamar de norma constitucional processual (GUERRA, 2012, mimeografada).

Ora, por ser uma norma que expressa valores indeterminados, a única forma de identificá-los é contextualizando-a nos moldes do ordenamento jurídico pátrio e dos seus princípios norteadores, instituídos – seja de forma explícita ou implícita – no texto constitucional.

Assim, os valores que compõem a exigência do devido processo legal “são aqueles valores consagrados nas normas constitucionais que se referem ao processo” (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada). Nesse sentido, o autor assevera, em nota explicativa, que:

O enunciado constitucional da garantia ao devido processo legal, ao nível de sua mera literalidade, dá ênfase ao aspecto defensivo das garantias processuais ali referidas: garantias que assegurem o exercício justo e legítimo do poder do Estado sobre os jurisdicionados, de modo a evitar que esses sofram uma invasão excessiva, em suas esferas jurídicas, com o exercício desse mesmo poder. Contudo, é possível vislumbrar em tal enunciado, sem grande esforço hermenêutico, também a feição *ativa* das garantias que integram o devido processo legal, ou seja, das garantias que asseguram o acesso ao correto e eficaz exercício do poder do Estado *para realização de direitos subjetivos de um dos litigantes*. (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada, grifos do autor).

Logo, resta identificar quais os valores/garantias que a Constituição Federal de 1988 reserva como critérios a serem observados no processo, a fim de garantir o denominado “devido processo legal”.

Contudo, primeiramente, há de se considerar que, por si só, a exigência do devido processo legal conduz à ideia “de uma *unidade* ou *sistematicidade* das normas constitucionais relativas ao processo” (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada, grifos do autor), da qual deriva a conclusão da existência de um único modelo de processo, “que sirva de base a ser obrigatoriamente observada pelo legislador infraconstitucional nas múltiplas configurações e espécies processuais que ele pode criar” (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada), pelo que Guerra (2012, mimeografada) denominou, a partir do escólio de Andolina e Vignera (1997), “modelo constitucional de processo”.

Assim, é possível agora afirmar que a exigência do devido processo legal se traduz

na necessidade de observar o modelo constitucional de processo, precisamente aquele modelo único que se pode construir a partir dos valores e garantias fundamentais consagradas (explícita e implicitamente) pelas normas constitucionais, especialmente aquelas referentes ao processo. (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada).

Em segundo plano, deve-se entender que as normas constitucionais relativas ao processo, embora não sejam estruturadas de forma homogênea, conforme ressalva Guerra (2012, mimeografada), denotam valores dotados de *status* de direitos fundamentais, pelo que detêm aplicabilidade imediata, segundo preconiza o próprio texto expresso da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 1º³, o qual determina, em última análise, que “se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. [...] devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 253).

Nessa senda, demonstra-se prudente salientar que, embora haja certa tendência doutrinária a distanciar os direitos das garantias fundamentais, essa categorização acaba por se revelar irrelevante no contexto prático, vez que, além de – em determinadas normas constitucionais definidoras de direitos ou garantias fundamentais – não ser possível a precisa separação das categorias, em razão da imprecisão da linguagem utilizada pelo legislador constitucional, “a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 268).

Em terceiro plano, especificamente quanto aos valores componentes do modelo constitucional de processo, importa, para este estudo, ressaltar os valores mais relevantes que compõem o denominado “módulo processual de urgência”, sobretudo quanto à medida cautelar inculpada no art. 294 do CTB (Lei nº 9.503/97)⁴, para a garantia da ordem pública, cabível durante o curso da investigação ou da ação penal, em casos de crime de trânsito.

Assim, ganha especial relevo os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, os quais repercutem diretamente na esfera de respeito e proteção das liberdades individuais (direitos subjetivos), a fim de garantir efetividade ao processo – identificada por Barbosa Moreira (1989 *apud* GUERRA, 2012, s. p., mimeografada) como “postulado da máxima coincidência possível”, uma das garantias que também compõe o

3 “Art. 5º. [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*).

4 “Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção. Parágrafo único. Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo.” (BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

modelo constitucional de processo no ordenamento jurídico brasileiro –, sendo que, segundo Chiovenda (1942, p. 84, grifos do autor), “[...] *o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*”, obedecendo aos limites de direito e de fato incidentes no caso concreto, considerando que “O processo como organismo público de atuação da lei é por si mesmo fonte de todas as ações praticamente possíveis, que visem á [sic] atuação duma vontade de lei.” (CHIOVENDA, 1942, p. 84).

Importante ressaltar, conforme ensina Guerra (2012, mimeografada), que existem outros valores que se inserem no bojo do modelo constitucional de processo, mas que não são especificamente voltados ao processo, isto é, não são propriamente normas processuais, mas denotam valores gerais adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma ampla, aplicáveis tanto nos sistemas de direito processual e quanto nos de direito material.

Com efeito, a importância desses valores relativos ao processo (bem como os demais valores que possam incidir na matéria processual) tem por base o fato de que estão expressos (ou implícitos) na Constituição Federal de 1988, a qual contém o conjunto basilar normativo do Estado, de onde emanam todas as demais normas, hierarquicamente inferiores, e se apresenta como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, tal como a “norma fundamental” jurídico-positiva do ordenamento jurídico brasileiro (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Logo, todas as normas infraconstitucionais devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas em estrita observância aos preceitos constitucionais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

É isso o que ocorre com as normas relativas ao processo. Embora haja uma “infinidade” de normas processuais infraconstitucionais espalhadas pelo ordenamento jurídico, estas devem estar sempre em conformidade com as normas constitucionalmente definidas para o processo.

Logo, considerando que a Constituição Federal de 1988 é o fundamento de validade das demais normas emanadas no ordenamento jurídico brasileiro, é de observância obrigatória o princípio interpretativo da supremacia da Constituição, em relação a qualquer outra norma jurídica hierarquicamente inferior, como é o caso do CTB e suas alterações posteriores, seja quanto ao direito material, seja quanto ao direito processual.

Aliás, não só em razão da sua natureza de norma constitucional – hierarquicamente superior –, as normas constitucionais relativas ao processo ganham maior relevância por estarem dispostas no rol de direitos e garantias fundamentais, consoante já expandido. Nesse diapasão, essas normas devem ser aplicadas sob a forma de princípios,

considerando-se a teoria dos princípios de Alexy (1998)⁵, citado por Mendes, Coelho e Branco (2008), os quais devem ser concretizados em cada caso concreto, em sua máxima efetividade possível, não sendo possível olvidar a sua aplicação.

Ressalte-se que, embora Alexy (1998 *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 301) não proponha que todas as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais tenham sido expressas sob a forma de princípios, indica que “O seu ponto decisivo [da teoria dos princípios] é o de que atrás e ao lado das regras existem princípios.”

Logo, por tudo o que se expôs até este ponto, pode-se concluir que a existência do modelo constitucional de processo se justifica na medida em que o resultado do processo – para garantir a integridade das esferas jurídicas, patrimoniais e pessoais dos sujeitos, ou mesmo para recompô-las, quando já invadidas – deve estar legitimado em valores constitucionalmente assegurados, por meio dos direitos e garantias fundamentais relativos ao processo ou nele incidentes (GUERRA, 2012, mimeografada), vez que é nesse modelo, o qual deve ser concretizado na máxima medida possível, que as normas processuais infraconstitucionais devem necessariamente encontrar seu fundamento de validade.

2.2 A urgência processual e o módulo processual de urgência

A fim de identificar os direitos/garantias fundamentais relativos ao processo – componentes do modelo constitucional de processo –, que se destacam especificamente quanto ao denominado “módulo processual de urgência”, faz-se mister compreender o que se entende por este, para, em seguida, confrontá-lo com os pressupostos enunciativos dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, possibilitando a identificação da sua inter-relação.

Nesse sentido, inicia-se o estudo do módulo processual de urgência por meio de seus elementos constitutivos, por assim dizer, sobretudo quanto aos conceitos de “urgência processual”, “poder urgencial” e “providências urgentes”.

Com efeito, desde o ajuizamento da ação até a efetiva prestação da tutela jurisdicional, o processo passa por fases de desenvolvimento, como parte do procedimento que o compõe, no sentido de que estas se destinam a legitimar – concretizando, no curso do processo, o princípio do contraditório – a dita prestação da tutela jurisdicional (GUERRA,

5 Cf. ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10 de dezembro de 1998. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes.

2012, mimeografada).

Isso porque, para que o órgão julgador possa, a partir do seu livre convencimento motivado, decidir, definitivamente (ao menos *prima facie*), a demanda, a ambas as partes devem ser oportunizadas as práticas de certos atos – desde que lícitos – aptos a influenciar o *decisum* do julgador, de forma a construir uma estrutura dialética no processo, possibilitando, portanto, o acesso do magistrado a todas as provas aportadas aos autos, de onde este apanhará a solução mais adequada à controvérsia.

Daí se dizer que, embora a celeridade processual esteja elencada no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a prestação da tutela jurisdicional não ocorre de forma instantânea, sendo certo que o tempo de duração do processo é circunstância inevitável⁶. Contudo, como bem salienta Guerra (2012, mimeografada), a duração do processo pode ser fisiológica ou patológica.

A duração *fisiológica* do processo é aquela determinada pela obediência aos valores que compõem o modelo constitucional do processo, sobretudo o contraditório, enquanto que a duração *patológica* é aquela decorrente de outros fatores. A distinção é relevante porque a duração fisiológica é *ineliminável*, sob pena de se estar vulnerando a própria existência do contraditório. (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada, grifos do autor).

Ocorre que a própria duração normal – fisiológica – do processo acarreta riscos para a prestação da tutela jurisdicional, que ocorrerá com o trânsito em julgado da decisão, em única ou última instância, haja vista que o tempo, que corre inexoravelmente, por si só contribui para a deterioração – natural – das coisas e das pessoas, bem como dos próprios valores protegidos pelo ordenamento jurídico, que se modificam através do tempo e do estágio evolutivo da sociedade.

Logo, a existência do risco de prejuízos à efetividade da prestação jurisdicional autoriza a ingerência do Poder Judiciário nas esferas individuais das partes envolvidas, preservando ou impedindo determinadas situações, a fim de coibir eventuais prejuízos que acarretem a inutilidade da prestação jurisdicional.

Feitas essas considerações, Guerra (2012, mimeografada) denomina de “urgência processual” o que a doutrina processualística tradicional compreende como *periculum in*

6 Acerca da celeridade processual, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux (UNITV, 2010, *flash* vídeo, 1:24-1:40), ao comentar as principais mudanças trazidas pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, considera como importante “[...] essa possibilidade de adaptação do processo pelo juiz às necessidades da causa. Então não [...] existem procedimentos estanques, cada um com [...] o seu rito, existe um rito só e o juiz é um artesão da causa. Ele vai dizer o que é que precisa pra chegar a um bom resultado.” Contudo, Cappelletti e Garth (1988, p. 163) asseveram que “O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão [do enfoque de acesso à justiça] é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias constitucionais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório”.

mora, locução latina que designa o “perigo em razão da demora”. Aliás, o perigo a que se refere a expressão – ou a urgência de que trata Guerra (2012, mimeografada) – diz respeito à própria tutela jurisdicional, ou seja, “Para que se caracterize a urgência processual é necessário que seja *a tutela jurisdicional, que o titular de um direito requereu ou vai requerer, o que esteja sob ameaça*.” (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada, grifos do autor).

Ademais, Guerra (2012, s. p., mimeografada, grifos do autor) ainda salienta que “[...] o elemento risco na *urgência processual* não consiste direta e exclusivamente, em uma ameaça ao direito a ser tutelado, mas sim à própria *possibilidade prática* (em contraposição a uma possibilidade *jurídica*) da tutela a ser prestada.”

Diante disso, resta claro que, aplicando-se essa matéria ao processo penal, não se trataria de direito subjetivo controvertido, mas, eminentemente, de situação em que já há violação de um direito – que pode ser objetivo, como, v. g., o direito à segurança pública nas vias terrestres; o direito ao trânsito seguro – em que ocorreria uma situação de ameaça à tutela que seria prestada em face dessa violação perpetrada.

Assim, a necessidade de perquirir a existência da urgência processual está também presente no processo penal, sendo imprescindível o reconhecimento do *periculum in mora* para legitimar a decretação de qualquer medida de natureza cautelar, apta a combater a urgência processual identificada.

Não há, aliás, qualquer diferenciação substancial entre o Direito Processual Civil e o Penal quanto à conceituação de urgência processual ou *periculum in mora*. Isso porque, embora haja, na doutrina processualística penal, teóricos – na esteira de Gomes *et al* (2011) – que criticam o uso dessa expressão latina no processo penal, considerando que, por se tratar, eminentemente, do exercício do *jus puniendi* do Estado, a urgência processual não seria decorrente da demora no curso do processo, o que, em tese, seria irrelevante para o resultado prático a ser alcançado, o decurso do tempo de duração do processo penal também gera riscos à efetividade da tutela jurisdicional, afetando, sim, o resultado prático do processo.

É preciso observar que, no âmbito do processo penal, é obrigatória a obediência ao curso natural – duração fisiológica – do processo, sendo certo que a prestação jurisdicional instantânea (ou rápida demais) pode conduzir a um resultado injusto, olvidando a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados pela Constituição Federal de 1988, o mesmo ocorrendo em relação à duração excessiva do processo.

Tanto isso é certo que o art. 5º, LXXV⁷, da Constituição Federal de 1988, imputa ao Estado a responsabilidade pelo pagamento de indenização àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença, situação que pode sabidamente ocorrer em casos de prisão de natureza cautelar, sobretudo antes da reforma do Código de Processo Penal quanto às prisões cautelares ocorrida em 2011⁸. Da mesma forma, a liberdade provisória também detém natureza cautelar, pelo que deve ser concedida em razão do binômio: presunção de inocência/celeridade processual.

Por tudo o que já foi enunciado, a urgência processual reserva ao magistrado o poder jurídico – denominado por Guerra (2012, mimeografada) de “poder urgencial” – de intervir em determinadas situações fáticas, o qual integra o denominado “controle jurisdicional da urgência processual”, a fim de proteger a efetividade da prestação jurisdicional em definitivo. Para tanto, o magistrado deve valer-se de “providências urgentes”, as quais são o meio pelo qual esse poder urgencial se concretiza no plano jurídico-fático.

Veja-se que as providências urgentes são instrumentos de combate à urgência processual, utilizando-se o magistrado de cognição sumária quanto à questão objeto da demanda, isto é:

[...] à altura do que se impõe caracterizar uma situação como ‘urgência processual’, ainda não é juridicamente possível (ou processualmente permitido ao juiz, em última instância) afirmar que exista o direito para o qual se pede tutela – posto que [sic] se isso fosse possível, a própria tutela jurisdicional já poderia ser prestada. (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada).

Assim, no processo penal, a adoção de uma medida de natureza cautelar não pode ser resultado de um julgamento antecipado do acusado, o qual se presume inocente até o advento de decisão condenatória transitada em julgado.

Por mais elementos de convicção que o juiz disponha, se ainda não foram esgotadas as oportunidades processuais de se fornecer novos elementos de convicção que alterem este quadro [...], ao juiz é vedado tratar como se existente fosse tal direito, pois isto implicaria cerceamento de defesa à parte que ainda não esgotou todas suas oportunidades de participação no processo. (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada).

Decorre do princípio da presunção de inocência, no processo penal, a necessidade

7 “Art. 5º. [...] LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*).

8 Cf. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Em resumo, com a reforma, ampliou-se o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, definiu-se – como há muito já deveria estar consignado – a excepcionalidade da prisão preventiva, que deve ser a última medida dentre as demais cautelares, entre outras alterações.

de se recorrer apenas à cognição sumária, vez que a fundamentação de qualquer decisão de natureza cautelar baseada em juízo de certeza quanto à culpabilidade do acusado determinaria clara negação ao princípio da presunção de inocência. E é exatamente em razão desse aspecto que surge a problemática (ainda que aparente) da utilização da expressão *fumus boni juris* e mesmo quanto à necessidade de sua constatação para o deferimento de providências urgentes pelo magistrado.

Contudo, conforme esclarece Cabette (2011a, *online*), embora o *fumus boni juris* denote a existência de elementos mínimos de convicção quanto à probabilidade de futura condenação, o que deve ser considerado com bastante cautela, a fim de resguardar o acusado de uma possível condenação prévia e, portanto, injusta, não “se refere à atuação do sujeito passivo da medida cautelar, à legalidade ou não de sua conduta e sim à probabilidade de existência do Direito pleiteado pelo requerente da medida cautelar.” (CABETTE, 2011a, s. p., *online*).

Logo, percebe-se claramente que a implementação de providências urgentes deve seguir o denominado “modelo constitucional de processo”, notadamente em razão da ampla possibilidade de interferências nas esferas individuais dos indivíduos – ainda que de forma provisória – por meio do processo, sendo que:

[...] toda atuação jurisdicional que consista na transformação da realidade normativa (mudança de alguma posição normativa) deve ser, por força da norma constitucional que assegura o devido processo legal, devidamente preparada e legitimada por ‘processo’, entendido como um conjunto de atos que satisfaça as exigências do modelo constitucional de processo. (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada).

Por essa razão, a esse conjunto complexo de atividades de índole processual de que se revestem as providências urgentes, a fim de combater as urgências processuais, que Guerra (2012, mimeografada) denomina de “módulo processual de urgência”.

Ademais, Câmara (2009, p. 131) assevera que “por módulo processual se entenderia qualquer procedimento desenvolvido em contraditório”, componente da denominada “teoria do módulo processual” ou “teoria estruturalista”, formulada por Elio Fazzalari.

Destarte, o módulo processual de urgência nada mais é do que a expressão do modelo constitucional de processo aplicado no controle jurisdicional das urgências processuais – com todas as suas características, inclusive a unicidade, constituído, como já explicitado, de acordo com os valores constitucionalmente assegurados à prestação da tutela jurisdicional, destacando-se dentre eles o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, sendo este último aplicável tanto no plano material quanto no plano processual –, tanto quando se delineia em processo autônomo de natureza cautelar como quando se tratar de

fase de um processo de conhecimento ou de execução⁹, formando um arcabouço normativo mínimo obrigatório a todas as medidas cautelares, sobretudo em matéria processual penal.

2.3 O devido processo legal penal e os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência

Após as explicações feitas até aqui, considerando que o módulo processual de urgência é o procedimento realizado em contraditório (processo) utilizado para o combate da urgência processual, em observância ao modelo constitucional de processo e, consequentemente, a todos os valores referentes ao processo constitucionalmente assegurados, que compõem o devido processo legal, impende destacar, agora, aqueles que ocupam lugar de grande relevância no âmbito do processo penal: os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, a fim de que se possa compreender o alcance e os limites das providências urgentes no curso da investigação ou da ação penal, sobretudo no caso da medida cautelar do art. 294 do CTB, aplicável a crimes de trânsito, como assim o é o crime de embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do CTB.

Inicialmente, pode-se dizer que todos os princípios aqui tratados poderiam ser categorizados como “normas que asseguram aos litigantes acesso efetivo aos instrumentos processuais necessários à proteção de suas liberdades e de seus direitos subjetivos”, segundo classifica Guerra (2012, s. p., mimeografada).

Além disso, o processo penal atua diretamente na órbita das liberdades individuais, vez que instrumentaliza a legislação penal, ou, melhor dizendo, cuida da aplicação concreta das sanções de natureza criminal. Note-se que não se descuida da autonomia do processo, mas não se pode deixar de reconhecer a sua estreita relação com o direito material, o qual, através do processo, pode ser devidamente concretizado (CINTRA;

9 Acerca do assunto, cumpre esclarecer que o direito processual civil encontra-se diante de uma ideia premente de sincretismo processual (o qual consiste, em resumo, na unificação de diferentes sistemas processuais aos quais era conferida autonomia, construindo-se um sistema processual único), para que as cognições de conhecimento, de execução e de urgência sejam reconhecidas como “um conjunto de funções jurisdicionais a serem exercidas pelo Estado juiz a fim de que se garanta ao jurisdicionado um devido processo legal” (CRUZES, 2009, p. 27, *online*), em que “o juiz há de exercer suas funções apenas quando necessárias à resolução da lide, sejam elas concomitantes, antecedentes ou únicas (bastando-se por si mesmas)” (CRUZES, 2009, p. 27, *online*), e não mais “processos autônomos”, considerando que “[...] a autonomia processual seria, então, o reconhecimento da ineficiência dos “processos” que, embora ditos autônomos, necessitam, em regra, um do outro para cumprir o seu desiderato de resolução justa e efetiva do caso concreto apresentado ao Estado, no exercício de seu poder jurisdicional.” (CRUZES, 2009, p. 15, *online*). Assim, para a doutrina que adota a teoria da multifuncionalidade processual, admite-se que “[...] o exercício da função jurisdicional de cognição sumária urgente, não-satisfativa, não há de tumultuar o andamento do processo, e nem o exercício das demais funções. Pelo contrário, as partes poderão resolver o motivo da urgência dentro de uma mesma relação processual.” (CRUZES, 2009, p. 25, *online*).

GRINOVER; DINAMARCO, 2009).

Aliás, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídico-penal, instituindo um amplo sistema de garantias ao acusado, pautado no contraditório, na ampla defesa e, notadamente, na presunção de inocência, extinguindo a orientação da legislação anterior à Carta Magna, que se baseava nos princípios da culpabilidade e da periculosidade do agente (OLIVEIRA, 2009).

A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. (OLIVEIRA, 2009, p. 3).

Logo, o devido processo legal penal é uma exigência necessária para legitimar o resultado do processo penal, ou, em última análise, para legitimar a possível aplicação de determinada sanção, expressamente cominada pela legislação material penal.

O devido processo legal penal insere-se, portanto, no contexto do garantismo penal, teoria impulsionada pelo doutrinador italiano Luigi Ferrajoli, que busca estabelecer limites objetivos para a intervenção estatal nas liberdades individuais dos sujeitos, reconhecendo o ato jurisdicional como “ato de autoridade pública, dotado de coercibilidade estatal.” (OLIVEIRA, 2009, p. 25).

Nesse sentido, Oliveira (2009, p. 25) destaca que:

[...] as decisões judiciais em matéria criminal, mais que quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não manifestação de poder (de autoridade).

E, por sua vez, conclui que:

Não haverá incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal, no âmbito exclusivo da dogmática penal [...], quando se puder justificar a condenação criminal pela estrita observância do devido processo penal constitucional, e, de modo mais sensível, ao dever de fundamentação das decisões judiciais. (OLIVEIRA, 2009, p. 26)

Ferrajoli (2012, p. 232), por sua vez, analisando o garantismo *versus* o principalismo na Constituição Federal de 1988, assevera que:

[...] ela [a Constituição Federal de 1988] promoveu uma expansão do poder judiciário que, se não for acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista, pode resultar numa perigosa distorção da jurisdição e alteração do estado de direito. A experiência brasileira se configura, portanto, como o mais relevante banco de prova das teorias constitucionais. Na verdade, o paradigma principalista se afirmou, sobretudo, no Brasil, onde arrisca produzir os maiores desequilíbrios no sistema poderes públicos. Assim, do Brasil advém uma dupla lição: uma progressiva, em face das extraordinárias inovações trazidas através das instituições e das funções de garantia dos direitos fundamentais; outro

potencialmente regressivo, em face das tensões que dela podem derivar na manutenção do estado de direito.

Com efeito, o chamado devido processo legal penal abarca, além das garantias processuais constitucionalmente asseguradas, garantias específicas de direito material, sendo certo que a tutela penal “deve ser dirigida à proteção dos direitos fundamentais, no marco, portanto, de um direito penal de intervenção mínima, necessária à afirmação daqueles direitos (fundamentais) contra ações especialmente gravosas.” (OLIVEIRA, 2009, p. 24).

Não se olvida, igualmente, a existência de princípios outros, além dos tratados por ocasião deste estudo, os quais, igualmente, concebem o devido processo legal penal, como o do juiz natural; todavia, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência delineiam de modo proeminente o debate que se propõe realizar por meio deste estudo, pelo que passamos, agora sim, a analisá-los, individualmente.

Em primeiro lugar, o princípio do contraditório está consignado expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, nos seguintes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*), sendo certo que a garantia é amplamente assegurada, tanto aos litigantes em geral – assim considerados tanto o autor (acusação) quanto o réu (acusado) – quanto em qualquer seara de natureza processual, isto é, em âmbito administrativo e judicial, desde que haja processo.

Destarte, o princípio do contraditório se traduz em duas vertentes: para Cintra, Grinover e Dinamarco (2009) e Mendes, Coelho e Branco (2008), o contraditório é a garantia de participação no processo – que se consuma a partir do direito à informação/reação –, devendo ser a participação oportunizada a ambas as partes; já de acordo com a doutrina processualística moderna, encabeçada pelo já citado doutrinador italiano Elio Fazzalari (1975 *apud* CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 305; OLIVEIRA, 2009), o qual sustenta ser o processo o procedimento realizado em contraditório, como foi explicitado neste trabalho, além do binômio informação/reação, do qual resulta a garantia de participação, o contraditório também é formado pelo princípio da paridade de armas (ou *par conditio*), o qual busca a efetiva – real e concreta – igualdade processual, construindo uma verdadeira estrutura dialética no processo, a fim de influenciar, igualmente, a formação do livre convencimento motivado do magistrado competente. Nesse sentido, também conclui Oliveira (2009, p. 33) e Guerra (2012, s. p., mimeografada).

Ademais, com a moderna doutrina estruturante, constitucionalista e neoconstitucionalista, o contraditório passou a sobrelevar-se como princípio estruturante do modelo constitucional de processo de maior valia, sobretudo no ordenamento jurídico

brasileiro, por efetivar o princípio democrático, conforme se conclui a partir das características que o compõem (CASTRO JÚNIOR, 2011, *online*).

Chega-se, com efeito, à idéia [sic] de contraditório como referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, sua base democrático-jurídico-principlológica, traduzindo, em seu conteúdo, a garantia da dialogicidade entre os interlocutores, com fundamento na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, nos limites temporais da lei. (CASTRO JÚNIOR, 2011, p. 53, *online*).

Considerando, por sua vez, o espectro específico do princípio do contraditório no processo penal, Oliveira (2009, p. 34, grifos do autor) destaca que a concepção do princípio extrapola o interesse individual específico das partes, transformando-se em “*método de conhecimento do caso penal*”, possibilitando, em consonância com o entendimento já esposado neste estudo, uma maior aproximação do juiz à realidade dos fatos, para que possa firmar o seu entendimento de maneira ampla, a partir de todo o material probatório carreado aos autos, por ambas as partes.

Quanto ao princípio (ou melhor, garantia) da ampla defesa, importa salientar, primeiramente, que este se encontra expressamente estabelecido pela Constituição Federal de 1988 em conjunto com a garantia do contraditório, pelo que alguns autores – na toada da doutrina mais tradicional – ainda consideram que ambos os princípios trazem os mesmos comandos, sendo a ampla defesa apenas uma extensão ou a “outra medida” do contraditório.

Contudo, embora se reconheça a estreita relação entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, não se perfilha, neste trabalho, essa orientação, por se considerar que a ampla defesa determina comandos próprios, autônomos, projetando resultados normativos (e situações concretas) que vão além da garantia do contraditório, sobretudo no âmbito do processo penal, como, v. g., a necessidade (o direito) de defesa técnica durante o curso da investigação e do processo, sob pena de nulidade dos atos praticados em inobservância dessa regra (OLIVEIRA, 2009).

No mesmo sentido, Oliveira (2009, p. 35, grifos do autor), o qual ressalva que “Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* desta participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.”

Castro Júnior (2011, p. 54-55, *online*), por sua vez, adota posicionamento moderado, indicando que a ampla defesa é, na realidade, coextensão dos princípios do contraditório e da isonomia, ao mesmo passo em que reconhece que cada um possui suas particularidades e acepções próprias, “sendo complementares umas as outras na formação da idéia [sic] de processo, e não sinônimos”, entendendo a ampla defesa como garantia de ampla argumentação e produção probatória, enquanto o contraditório seria a garantia de

participação.

Portanto, sob a ótica de um direito processual democrático, a compreensão da ampla defesa deve partir de uma oportunidade de ampla argumentação, e não apenas de participação na construção da decisão (através do contraditório), mas por meio da formulação de quaisquer argumentos possíveis para a formação da decisão (de fato ou de direito), com a possibilidade de ampla produção probatória para a reconstrução do fato e circunstâncias relevantes para o processo. (CASTRO JÚNIOR, 2011, p. 54, *online*).

Assim, seja por meio do posicionamento mais radical ou deste mais moderado, forçoso é reconhecer que a ampla defesa, de fato, apresenta resultados normativos e práticos autônomos, pelo que, “Com a ampla defesa, [...] a participação do acusado no processo penal completa-se (e agiganta-se), [...] assegurando que o réu tenha uma efetiva contribuição no resultado final do processo.” (OLIVEIRA, 2009, p. 291).

Ademais, veja-se que o dispositivo constitucional que estabelece o direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988), consigna que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados [...] ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*), estendendo a aplicação do princípio, tal como ocorre com o contraditório, aos litigantes em geral e em processos de qualquer natureza, já indicando que a ampla defesa reveste-se de meios e recursos próprios.

Aliás, o direito de defesa não está assegurado unicamente pelo inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, embora o preceito da ampla defesa tenha sido expressamente assegurado neste ponto. O que se quer dizer é que, ainda que não houvesse a disposição do inciso LV, o direito de defesa já se encontrava inserto na Constituição Federal, como conclusão lógica da “inafastabilidade da jurisdição”, consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988¹⁰.

J. Silva (2008, p. 431) corrobora esse entendimento, salientando que:

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: [...].

Sob o enfoque do acesso à justiça, que, nos dizeres de Cappelletti e Garth (1988, p. 12), “[...] pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”, o direito de defesa pode ser encarado como um dos requisitos

¹⁰ “Art. 5º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*).

que compõem a efetividade do processo, e não apenas o direito formal de o indivíduo contestar uma ação.

Assim, as dificuldades de acesso à justiça afetam o exercício do direito de defesa, sobretudo caso se considere as limitações do acusado, tanto quanto aos recursos financeiros como quanto ao seu conhecimento jurídico básico (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Daí pode-se verificar a importância, por exemplo, da defesa técnica no processo penal, sobretudo aos acusados hipossuficientes.

Especificamente no âmbito do processo penal, tem-se que a ampla defesa se realiza por meio da defesa técnica, da autodefesa e pela utilização de qualquer outro meio de prova apto a demonstrar a inocência do acusado (OLIVEIRA, 2009). Nesse aspecto, surge, na doutrina, a discussão acerca da possibilidade de se mitigar a proibição de utilização de provas obtidas ilicitamente, havendo quem sustente essa possibilidade, como Oliveira (2009, p. 36) e Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2000, p. 135). No mesmo sentido, tem-se:

A garantia do devido processo legal, é direcionada, em princípio, à acusação (Estado), que detém o ônus da prova. Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado, de forma a provar a sua inocência, não há porque se negar a sua produção no processo. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 642).

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 642-643) informam que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a prova ilícita *prima facie*, quando produzida pelo acusado em estado de necessidade (em sendo a prova ilícita o único meio hábil a comprovar a sua inocência) ou legítima defesa, haja vista serem causas excludentes da antijuridicidade (ou da ilicitude) da conduta.

Veja-se, ainda, que a garantia da ampla defesa perpassa todo o procedimento que compõe o processo penal, inclusive quanto à necessidade de justa causa para o ajuizamento da ação penal, a qual, sobretudo após a reforma do Código de Processo Penal encabeçada pela Lei nº 11.719/2008, passou ser matéria de ordem preliminar, tal como se fosse uma “quarta condição da ação” (JARDIM, 2002, p. 54).

A nosso ver, a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva indiciária (prova mínima, colhida ou delineada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*. (OLIVEIRA, 2009, p. 106).

Por outro lado, Castro Júnior (2011, p. 54, *online*) assevera que, embora a garantia da ampla defesa esteja constitucionalmente definida como direito fundamental, este princípio

não pode ser utilizado de forma irrestrita pelo réu (ou o acusado, no processo penal), devendo conformar-se no espaço/tempo processual designado pela lei. Botelho (2003, p. 50, *online*), por sua vez, identifica a realidade prática da utilização do princípio da ampla defesa de forma desarrazoada, a fim de sobrestar o curso do processo, em franco confronto com o princípio da celeridade processual, o qual também detém *status* de direito fundamental.

Nessa toada, urge esclarecer que o princípio da ampla defesa não tem o condão de afastar o princípio da celeridade processual (ou da duração razoável do processo), ainda que, aparentemente, ambos os princípios apresentem-se de forma conflitante no caso concreto. Como mandamentos de otimização que são (ou, ao menos, como devem ser interpretados), devem ser efetivados em sua máxima medida, sem que um exclua o outro, por meio da técnica da proporcionalidade (CASTRO JÚNIOR, 2011, *online*).

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 642) destacam a situação de conflito entre a garantia da ampla defesa e a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente, ambos assegurados de forma expressa pela Constituição Federal de 1988, componentes do rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º:

O devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. Na solução dos casos concretos, há que se estar atento, portanto, para a ponderação entre ambas as garantias constitucionais. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas).

Contudo, observa-se que a mitigação da regra da proibição de provas ilícitas deve ser realizada com bastante cautela, vez que, se há o paradoxo identificado por Mendes, Coelho e Branco (2008), quando se “viola” a ampla defesa, o mesmo pode ocorrer quando se “viola” a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, Beccaria (2008, p. 37) já sustentava que “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a discussão acerca do princípio da presunção de inocência remonta a períodos anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008), a qual, por sua vez, pondo fim a qualquer embate jurídico-doutrinário acerca da aplicação ou não do referido princípio na ordem jurídica brasileira, estabeleceu, expressamente, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*).

Com efeito, não há que discutir que o princípio da presunção de inocência foi

eleito como direito fundamental pela Carta Magna de 1988. No entanto, a doutrina ainda é vacilante em relação à questão terminológica do princípio.

Isso porque alguns autores – entre eles, Oliveira (2009) – consideram que “o presumido inocente estaria blindado contra o aparato repressivo estatal de forma absoluta” (CABETTE, 2011b, s. p., *online*), pelo que preferem utilizar a expressão “estado de inocência” ou “situação jurídica de inocência”, o que permitiria a investigação, a instauração de processo criminal e, ao final, a “alteração do ‘estado de inocência’ para outro ‘estado’ de condenado sempre que fosse comprovada a sua culpabilidade mediante um devido processo legal.” (SOUZA NETTO, 2004 *apud* CABETTE, 2011b, s. p., *online*).

No presente trabalho, utiliza-se a expressão “presunção de inocência”, tendo em vista que, assim como Cabette (2011b, *online*), considera-se que não há qualquer sentido estático que projete alguma conclusão de imunidade da condição de inocente ao acusado, sendo certo que o termo “presunção” pretende consignar uma situação de probabilidade, uma suposição, que será confirmada ou refutada por meio do devido processo legal.

Paralelamente, no que tange à extensão e alcance do princípio da presunção de inocência, Oliveira (2009, p. 37, grifos do autor) identifica duas regras dele decorrentes, de observância obrigatória, a fim de tornar o princípio aplicável, sendo:

[...] uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

No mesmo sentido, Moraes (2010, p. 106), o qual observa, ainda, que é:

[...] manifesta a diferenciação entre o indiciado (pessoa contra a qual foi instaurado o inquérito policial), acusado (pessoa contra a qual foi deduzida a pretensão punitiva em juízo ou tribunal), condenado (pessoa contra a qual foi proferida sentença penal condenatória recorrível) e culpado (pessoa contra a qual foi proferida sentença penal condenatória revestida pela coisa julgada material), respectivamente.

É de se notar, claramente, a partir do escólio de Oliveira (2009), a importância do princípio da presunção de inocência no módulo processual de urgência aplicado ao processo penal. Veja-se que a proibição de restrições pessoais ocorre quando estas são justificadas unicamente na possibilidade de condenação do acusado, sendo, portanto, necessária a existência e consequente comprovação da urgência processual (*periculum in mora*) para a decretação de qualquer medida de natureza cautelar que restrinja as liberdades individuais do acusado.

Ademais, ao tratar especificamente da matéria relativa à prisão provisória, Sanguiné (2003) citado por Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 635) reconhece que o

princípio da presunção de inocência é um “limite teleológico” da prisão provisória, concluindo “[...] pela impossibilidade desta ser adotada com a finalidade de pena antecipada”, conclusão plenamente aplicável, *mutatis mutandis*, a medidas cautelares (e definitivas) restritivas de direitos.

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 637), por sua vez, vão mais além, reconhecendo que:

[...] uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria idéia [sic] de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há compatibilizar semelhante idéia [sic] com a execução penal antecipada.

O módulo processual de urgência, como “estrutura básica [...] minimamente capaz de, efetivamente, preparar e legitimar esta modalidade de atuação jurisdicional (combate à mora processual por providências de urgência)” (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada), deve observar obrigatoriamente os valores assegurados pela Constituição Federal de 1988, consubstanciados no contraditório e na ampla defesa, os quais “constituem a base da estrutura do devido processo legal, em que, ao lado do princípio da inocência, autorizam a afirmação no sentido de ser o processo penal um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado.” (OLIVEIRA, 2009, p. 292).

3 A MEDIDA CAUTELAR DO ART. 294 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A Lei nº 9.503, de 27 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), surgiu com o fito de regular as relações jurídicas formadas no ambiente do trânsito, as quais se tornaram cada vez mais complexas, sobretudo em razão do crescimento urbano, demográfico e econômico, com o aumento do número de veículos em circulação¹¹,

11 Em 1998, o DENATRAN (1998, *online*) registrou a existência de 24.361.347 (vinte e quatro milhões, trezentos e sessenta e um mil, trezentos e quarenta e sete) veículos em circulação em todo o país. No ano seguinte, a frota total de veículos no Brasil já atingia o número de 27.172.139 (vinte e sete milhões, cento e setenta e dois mil, cento e trinta e nove) (DENATRAN, 1999, *online*). Em 2012, apenas na Região Sudeste, a frota de veículos atingiu o número de 38.277.054 (trinta e oito milhões duzentos e setenta e sete mil e cinquenta e quatro) veículos (DENATRAN, 2012, *online*).

havendo a necessidade de extensão das vias terrestres e de implementação de um sistema de mobilidade urbana que possibilitasse o acesso de todos ao ambiente do trânsito, de forma segura e igualitária.

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei que institui o CTB – o qual, por sua vez, revogou a Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966 (Código Nacional de Trânsito) – esclarece a necessidade de renovação da legislação de trânsito, a fim de adequar-se ao contexto social da época, após mais de trinta anos de vigência da legislação anterior. Veja-se:

6. O comportamento de motoristas e pedestres tem demonstrado despreparo e inadequação de posturas frente ao trânsito tanto nas cidades como nas estradas.

7. Os instrumentos legais e institucionais do poder público têm se mostrado defasados no tempo, na escala e na técnica frente à urgência e complexidade da matéria.

[...]

9. As estatísticas de acidentes de trânsito, ou mais drasticamente, os números de brasileiros mortos e feridos superam até 10 vezes os números observados em países Europeus e da América do Norte.

10. A inadequação tanto da legislação como da justiça às reais demandas do Sistema de Trânsito, exponencialmente crescentes em função do maciço e privilegiado uso do automóvel como meio de transporte têm, juntamente com a falta de sentimento de cidadania, estimulado o desrespeito à lei com conseqüente [sic] crescimento da violência no trânsito. (BRASIL, Ministério da Justiça, Exposição de Motivos nº 045/93, 1993, p. 14472).

Nesse sentido, o denominado “fenômeno trânsito” (HONORATO, 2009) pode ser representado por um triângulo equilátero dividido em três partes igualmente fundamentais: engenharia, educação e *enforcement*, este último identificado, em última análise, como o conjunto de esforços – do Estado-administração, do Estado-juiz, do Ministério Público, bem como de todos os usuários das vias terrestres, v. g., condutores de veículos, ciclistas, pedestres, etc. – para efetivar a aplicação das normas de trânsito no contexto social, buscando tornar obrigatório o cumprimento da lei (HONORATO, 2009).

Ademais, registre-se que:

[...] o fenômeno trânsito reúne (e, por vezes, fere ou põe fim a alguns desses direitos [humanos] (v.g., vida, liberdade e felicidade) e impõe a todos (Governo e cidadãos) um conjunto de deveres que precisa ser reconhecido e cumprido, diuturnamente, para a realização plena do *trânsito em condições seguras* e a proteção dos direitos inalienáveis à vida e à incolumidade física dos usuários das vias terrestres. (HONORATO, 2011, p. 109, grifos do autor)

Logo, constata-se que a complexidade das relações jurídicas oriundas do fenômeno trânsito consubstancia-se na existência de uma multiplicidade de direitos e deveres de todos os usuários das vias terrestres, a fim de garantir a cada qual o exercício pleno de suas liberdades – o direito de ir e vir, a igualdade, a vida, a incolumidade física etc. –, limitado na

medida das liberdades dos demais, em respeito ao direito fundamental à igualdade¹², o que, por vezes, não ocorre, havendo um crescimento contínuo da quantidade de acidentes de trânsito, decorrentes da violação desses deveres impostos aos usuários das vias terrestres.

Honorato (2011, p. 116, grifos do autor) entende que o grande número de acidentes decorre da visão individualista do trânsito, “[...] diretamente relacionada aos conceitos de propriedade privada, liberdades públicas e (à falsa noção de) direito de dirigir”, concluindo que “O *trânsito*, portanto, foi reconhecido, em nível constitucional, como uma *liberdade*, ou seja, a faculdade de realizar uma atividade sem intervenção estatal”, representado pelo direito à liberdade de circulação, expressamente definido pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental¹³.

Contudo, Honorato (2011, p. 117-118, grifos do autor) adverte que a liberdade de circulação não é ilimitada, questionando “até que limites devem ser toleradas ou reguladas as *alternativas de comportamentos* adotadas durante o exercício da liberdade de circulação, diante da possibilidade de lesão aos direitos fundamentais dos demais concidadãos?”

É nesse contexto que se insere o dever estatal de promover a segurança pública, constitucionalmente estabelecido, nos termos do art. 144 da Constituição Federal de 1988. Assim, importa salientar que a segurança pública¹⁴ refere-se à “manutenção da *ordem pública* interna” (SILVA, J., 2008, p. 777, grifos do autor) e abrange, portanto, todo o território nacional, incluindo as vias terrestres, ou, de forma mais ampla, o ambiente do trânsito.

Daí emerge o reconhecimento de que o “direito ao trânsito seguro”, estabelecido pelo art. 1º, § 2º do Código de Trânsito Brasileiro¹⁵, é formado pela conjugação (e não pelo

12 Com o advento da Lei nº 9.503/97, “Buscou-se atualizar as regras de circulação e introduziram-se normas relativas ao comportamento de pedestres e condutores, visando uma política de humanização do trânsito, conferindo a cada cidadão o direito de ter condições seguras de transitar. Com esse mesmo objetivo, cuidou-se com mais rigor da segurança dos veículos, atribuindo-se aos fabricantes e às oficinas mecânicas a devida responsabilidade por seus produtos e serviços.” (BRASIL, Ministério da Justiça, Exposição de Motivos nº 045/93, 1993, p. 14472).

13 “Art. 5º. [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*).

14 J. Silva (2008, p. 778, grifos do autor) considera que: “A *segurança pública* consiste numa situação de preservação ou restabelecimento desta convivência social [pacífica] que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.”

15 “Art. 1º. [...] § 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.” (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

conflito) do direito fundamental de liberdade de circulação e do dever estatal de proporcionar segurança pública, “que atua como adjetivo a qualificar a forma como nosso Estado Democrático de Direito pretende que seja realizado o uso das vias terrestres em território nacional” (HONORATO, 2011, p. 119), pelo que deve ser considerado um “*Direito Fundamental Implícito*, decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição.” (HONORATO, 2011, p. 119, grifos do autor).

Nesse sentido, “o trânsito seguro passa a ser um direito da cidadania” (BRASIL, Ministério da Justiça, Exposição de Motivos nº 045/93, 1993, p. 14472), princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º da Constituição Federal de 1988, assumindo “a característica de garantia constitucional, atuando como sistema de *segurança* e de defesa dos direitos fundamentais (i.e., vida, integridade física e propriedade) que ficam expostos a perigo de dano durante a utilização das vias terrestres.” (HONORATO, 2011, p. 128, grifos do autor).

Com efeito, tendo por fundamento o direito ao trânsito em condições seguras, Honorato (2011, p. 128) conclui que: “[...] cumpre à legislação de trânsito estabelecer um conjunto de normas (denominadas regras gerais de circulação e de segurança no trânsito) e cominar sanções a seus violadores, para evitar excessos” e assegurar a igualdade na utilização das vias terrestres¹⁶.

Nesse contexto, o CTB estabelece sanções de natureza administrativa e penal, definindo os fatos que constituem as respectivas infrações, de acordo com os valores protegidos pela Constituição Federal de 1988.

Paralelamente, o Código também estabelece normas processuais, que definem procedimentos específicos a serem utilizados em casos de infrações administrativas e/ou penais ocorridas no trânsito e em razão do trânsito¹⁷ (isto é, infrações de trânsito), como é exatamente o caso do objeto deste estudo: o art. 294 do CTB, o qual prescreve a possibilidade de o magistrado, no curso da investigação ou da ação penal (aplicável somente em casos de crime de trânsito, portanto), suspender a habilitação do condutor ou proibi-la, com

16 A Exposição de Motivos do Código de Trânsito Brasileiro, por sua vez, releva que, com a nova legislação, buscou-se promover “[...] ampla revisão sistemática de tipificação das infrações de trânsito, estabelecendo-se penalidades que realmente alcancem o objetivo de reprimir o infrator e desincentivar condutas transgressoras. Fixou-se, assim, elevado valor para as multas, a exemplo do que aconteceu nos países em que se buscou combater a violência no trânsito.” (BRASIL, Ministério da Justiça, Exposição de Motivos nº 045/93, 1993, p. 14472).

17 O § 1º do art. 1º do CTB define o que se entende por trânsito, para os efeitos legais, nos seguintes termos: “§ 1º Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.” (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

vistas a garantir a ordem pública, cujas características serão delineadas a seguir.

3.1 Delimitação conceitual e natureza jurídica

O art. 294 do CTB prescreve, como já foi dito, a possibilidade de suspensão ou proibição de obter habilitação no curso da investigação ou da ação penal, sob o fundamento de garantir a ordem pública, nos seguintes termos:

Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção. (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

Nesse sentido, o próprio dispositivo legal esclarece que se trata de medida de natureza cautelar, que “tem por finalidade impedir que o condutor continue a provocar danos ou a colocar em perigo a coletividade enquanto aguarda o desfecho definitivo do processo.” (CAPEZ, 2011, p. 312), atuando, portanto, como medida de caráter preventivo, portanto.

Zaupa (2008, s. p., *online*) observa que:

Como administrativamente não há a possibilidade dessa suspensão ou proibição, porquanto o Código de Trânsito Brasileiro estabelece o regular processo administrativo para tais medidas, tem-se que o dispositivo cautelar em tela certamente se apresenta como instituto a ensejar maior efetividade à norma de trânsito em vigor, bem como a incutir na sociedade sentimento de eficácia da norma.

Para Freitas (2008, p. 110), a medida cautelar do art. 294 do CTB insere-se na categoria de medida cautelar não prisional em espécie, de natureza pessoal (restritiva de direitos), sendo que as medidas cautelares pessoais aquelas que “[...] objetivam evitar danos a pessoas ou bens” (FREITAS, 2008, p. 85).

Nesse contexto, o autor conclui que: “[...] as medidas cautelares penais não visam a reagir ao ilícito, bem como não objetivam o cumprimento de uma obrigação, e sim assegurar o procedimento criminal e eventual futura execução da pena.” (FREITAS, 2008, p. 86).

Em sendo medida de natureza cautelar (ou, melhor dizendo, medida de urgência), o dispositivo do art. 294 do CTB deve se inserir no denominado módulo processual de urgência, definido neste trabalho como o escopo mínimo necessário às atividades de combate à urgência processual (exercidas pelo magistrado em razão do poder urgencial), em obediência ao modelo constitucional de processo aplicado às medidas cautelares (ou de urgência) e, conseqüentemente, aos seus princípios informadores.

Quanto à classificação da medida cautelar em conservativa (que tende a preservar ou conservar inalterada uma determinada situação fática) ou antecipatória (que consiste na

produção de uma nova situação jurídica fática), segundo o escólio de Guerra (2012, s. p., mimeografada), pode-se considerar, como se evidencia por meio da redação do dispositivo em análise, que se trata de medida cautelar antecipatória, sobretudo quando o próprio crime objeto do processo comina pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor.

Vislumbra-se que tal classificação decorre do tipo de urgência processual que se busca combater com a medida de urgência, sendo possível considerar que, como a medida cautelar do art. 294 do CTB pretende impedir a continuidade delitiva do sujeito passivo da ação penal (ou da investigação policial), a urgência processual tem relação com a ordem pública e a ameaça de sua violação, caso o indivíduo permaneça apto a dirigir veículo automotor, sendo, portanto, resultado da prolongação da insatisfação do direito afirmado (ou, no caso do processo penal, da insatisfação da pretensão punitiva do Estado¹⁸), desde o momento da ocorrência do delito até a prestação jurisdicional.

Aliás, a dita ameaça à ordem pública (que pode ser identificada como a urgência processual abstratamente considerada, vez que é necessária a análise do caso concreto para que se possa concluir pela existência ou não da ameaça no plano fático) é ocasionada pela demora – entendida como o curso normal (fisiológico) ou anormal (patológico) do processo no tempo – da prestação jurisdicional, sendo essa que “demora” gera o perigo de dano à ordem pública.

Theodoro Júnior (2001, p. 123-124 *apud* Fabri, 2007, p. 58), ressalta a necessidade de se proceder à análise do caso concreto, dada a excepcionalidade da medida cautelar, a fim de perquirir se há, no plano fático, perigo real que autorize a sua decretação:

Para que a medida cautelar se torne necessária e, por conseguinte, cabível, haverá o juiz de trabalhar com dados concretos tanto objetivos como subjetivos. Vale dizer o juízo em torno da medida excepcional deverá formar-se a partir de dados que demonstrem não só o perigo real do dano, como a adequação da providência programada para contorná-lo e, assim, assegurar a efetividade do pronunciamento definitivo que se prenuncia diante do conflito de interesses deduzido pelas partes. Dessa forma, enquanto o dado genérico (perigo) se apresenta como pressuposto de toda e qualquer medida Cautelar, o específico (perigo concreto, real) atua como delimitador da medida já que sua especificação ficará na dependência do risco concreto que com ela se quer evitar. Claro é, então, que o regime de admissibilidade das medidas cautelares, por sua intrínseca excepcionalidade, não se funda em critério de simples conveniência, mas no de efetiva necessidade.

Assim, pode-se dizer que se trata de urgência processual direta, em que: “a ameaça à prestação integral de tutela jurisdicional está associada à permanência ou manutenção de uma situação fática já existente no momento em que foi ou em que está sendo

18 Aliás, importa ressaltar que: “A ação penal, [...], não difere da ação quanto à sua natureza, mas somente quanto ao seu conteúdo: é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 275).

solicitada a tutela jurisdicional.” (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada).

Contudo, Guerra (2012, s. p., mimeografada) adverte que:

O que realmente importante e não se pode perder de vista é que toda e qualquer situação que se caracterize como urgência processual, qualquer que seja a ‘modalidade’, consiste numa grave ameaça a um dos valores do ordenamento jurídico dotados de *status* de direito fundamental [de natureza processual]. Por isso mesmo, o combate a uma situação assim consiste num esforço de concretização deste direito fundamental. Eis o ponto realmente importante, pois daí, como será visto, decorem importantes consequências [sic] jurídicas.

Ademais, a necessidade de constatação da existência de uma urgência processual (*periculum in mora*) tem a finalidade de legitimar a realização de providências urgentes, ou, no caso em análise, a decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB, instaurando-se o módulo processual de urgência.

Com efeito, a decretação da medida cautelar de suspensão da habilitação ou proibição de obtê-la dependerá da análise do caso concreto, devendo ser verificada a presença de alguns requisitos, além da constatação da existência de uma urgência processual a ser combatida (*periculum in mora*) e do *fumus boni juris*, os quais serão analisados neste trabalho sob o prisma, *mutatis mutandis*, da prisão preventiva, pois se trata de medida cautelar processual penal de natureza antecipatória, restritiva da liberdade de circulação (ou direito subjetivo de ir e vir), a qual apresenta requisitos semelhantes com aqueles definidos pelo art. 294 do CTB para sua decretação, sobretudo quanto à possibilidade de decretação no curso da investigação ou da ação penal, à ausência de prazo legal e à finalidade de garantia da ordem pública.

Ressalta-se, apenas, que a prisão preventiva (espécie de prisão provisória) é considerada *ultima ratio* entre as medidas cautelares penais – sobretudo após o advento da Lei nº 12.403/2011 –, pois determina o encarceramento do acusado, tolhendo-se, quase por completo, a sua liberdade de ir e vir, o que não ocorre com a suspensão da habilitação ou proibição de sua obtenção, na qual a liberdade de ir e vir sofre apenas uma restrição no ambiente do trânsito, tolhendo-se a liberdade de dirigir veículo automotor. A liberdade de circulação permanece incólume nas suas demais esferas, podendo o indivíduo circular livremente, até mesmo no ambiente do trânsito, como pedestre, ciclista, além de poder utilizar veículo automotor para se locomover, desde que não seja ele o condutor.

Assim, antes de tudo, é preciso cautela quanto ao uso da analogia entre a prisão preventiva e a suspensão ou proibição cautelar da habilitação, sendo necessária a observância dos graus de restrição à liberdade que ambas acarretam.

3.2 Requisitos para concessão da medida

Inicialmente, antes de partir para a análise dos requisitos específicos da medida cautelar determinada pelo art. 294 do CTB, importa ressaltar a necessidade de constatação dos dois requisitos típicos das medidas de natureza cautelar (ou de urgência), conforme já se expôs repetidamente neste trabalho: o *periculum in mora*, também denominado de “urgência processual” e o *fumus boni juris*.

Quanto à urgência processual, tudo o que se expôs no primeiro capítulo acerca deste requisito aplica-se à medida cautelar do art. 294 do CTB, sendo relevante ressaltar a necessidade de constatação fática da existência de uma situação de ameaça à tutela jurisdicional efetiva – a possibilidade prática de prestação da tutela jurisdicional –, apta a impor a ingerência do Poder Judiciário nas esferas das liberdades individuais do acusado – restringindo, preventivamente, a sua liberdade de ir e vir –, a fim de resguardar o resultado final do processo, sendo que a urgência processual refere-se à tutela jurisdicional, e não ao direito material deduzido em juízo (GUERRA, 2012, mimeografada).

No caso específico do art. 294 do CTB, a norma preceitua uma urgência genérica, isto é, a situação é abstratamente delimitada pelo dispositivo por uma expressão de significado impreciso – a garantia da ordem pública –, cuja providência estabelecida pela norma, ao contrário, é específica, única – a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de obtê-la –, aplicável a qualquer situação que, segundo o entendimento do magistrado, possa ensejar prejuízo à ordem pública.

Nesse aspecto, o Código de Trânsito Brasileiro seguiu a orientação adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, no qual foram tipificadas, em regras gerais e abstratas:

[...] (a) as diferentes variações da situação genericamente caracterizada como urgência processual e (b) os respectivos conteúdos (efeitos jurídicos) das respectivas reações jurisdicionais, ou seja, as providências jurisdicionais destinadas a combater a urgência processual tipificada. Os tipos normativos com as quais eram individualizadas as situações de urgência processual a ser debelada serviam, obviamente, como requisitos da emissão das providências respectiva [sic], funcionando, portanto, como condições para o exercício do poder jurisdicional de combate à urgência processual. (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada).

Nessa toada, pode-se atestar que, como o Código trata de um tipo normativo específico para a concessão da medida acautelatória, este deve ser estritamente observado para que o exercício do poder urgencial seja legítimo, daí a necessidade de se perquirir acerca do requisito relativo à garantia da ordem pública, o qual se encontra no núcleo do tipo em estudo.

Quanto ao *fumus boni juris*, embora Guerra (2012, mimeografada) não trate especificamente deste requisito, por ocasião do estudo do módulo processual de urgência,

sobrevalendo, em sua obra, a urgência processual como essência do exercício do poder urgencial, importa destacar que, mesmo para o autor: “[...] à altura em que se impõe caracterizar uma situação como ‘urgência processual’, ainda não é juridicamente possível (ou processualmente permitido ao juiz, em última instância) afirmar que exista o direito para o qual se pede tutela” (GUERRA, 2012, s. p., mimeografada). Exige-se que exista verossimilhança para o exercício do *jus puniendi* do Estado em face do acusado, caracterizando-se, neste ponto, a obrigatoriedade de cognição sumária para a decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB.

É de se constatar, por outro lado, que a cognição sumária não se confunde com a necessidade de fundamentação da decisão que decretar a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de obtê-la, vez que a primeira refere-se ao juízo de mérito da demanda de urgência, enquanto a segunda refere-se à explicitação dos motivos que determinaram a decretação da medida, sobretudo quanto à presença dos requisitos necessários para a sua concessão, em obediência não apenas ao próprio comando do dispositivo, que determina, expressamente, a necessidade de fundamentação da decisão, mas, notadamente, ao mandamento do art. 93, IX¹⁹, da Constituição Federal de 1988.

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 514) aduzem que: “motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes.”

Com efeito, embora haja a necessidade de preenchimento do requisito do *fumus boni juris*²⁰, que, no processo penal, significa a existência de elementos mínimos de convicção para a condenação do acusado posteriormente, por ocasião da sentença terminativa – o que reflete, conseqüentemente, o exercício do poder punitivo do Estado contra o acusado, sendo aplicada a pena cominada em abstrato para o delito no qual incorreu – não se pode deixar de observar o princípio da presunção de inocência. Desse princípio decorre a regra de tratamento segundo a qual o acusado não pode sofrer restrições pessoais no curso do processo com base, exclusivamente, em uma possível condenação (OLIVEIRA, 2009), o que corrobora – por outro ângulo – a necessidade de preenchimento de todos os demais requisitos indicados

19 “Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*).

20 Villar (1971 *apud* FREITAS, 2008, p. 89), por sua vez, conceitua o *fumus boni juris* como “o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado e o provável perigo em face do dano ao possível direito pedido no processo principal”.

no dispositivo para a decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB, que importa em restrição pessoal ao acusado.

Acerca da prisão preventiva, a medida cautelar restritiva da liberdade de natureza mais gravosa do direito processual penal brasileiro, a qual é utilizada, neste trabalho, como parâmetro – considerando as respectivas proporções – para o estudo da medida cautelar do art. 294 do CTB, Lima (2007, p. 208), assevera que:

[...] para a decretação da tutela cautelar não se exige a prova plena que se reclama para a condenação do réu, mas apenas indícios veementes de autoria e certeza da materialidade. Desta forma, como toda tutela cautelar, a prisão preventiva tem a sua duração regida e condicionada à existência temporal de sua fundamentação, podendo ser objeto de revogação quando não mais subsistirem os motivos que a autorizaram, da mesma forma que, uma vez concedida a sua revogação poderá a mesma ser revitalizada, com nova decretação, se sobrevierem razões que a justifique [sic].

Ademais, torna-se prudente afirmar que o *fumus boni juris* se revela, durante o curso da ação penal, a partir da justa causa para o ajuizamento da ação, que demanda que o Ministério Público demonstre a materialidade do fato e indícios de autoria, aportando a juízo um “suporte mínimo de prova, sem os quais a acusação careceria de admissibilidade” (OLIVEIRA, 2009, p. 106), sendo a justa causa, conforme preceitua Jardim (2002, p. 54), a quarta condição da ação²¹.

Acerca da justa causa, Oliveira (2009, p. 106) destaca que:

A nosso ver, a questão de se exigir um lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*.

Em outra senda, o magistrado deve aferir questões relacionadas ao mérito da demanda, após a apresentação da resposta pelo acusado, sobretudo no que tange à atipicidade da conduta, bem como à existência de alguma das causas extintivas da punibilidade, que autorizam a absolvição do acusado e a impetração de *habeas corpus*, nos termos dos arts. 397 e 648, I e VII, respectivamente, ambos do Código de Processo Penal.

21 A caracterização da justa causa como condição da ação foi recepcionada pela legislação processual penal, que, com as alterações dadas pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, incluiu, entre as matérias preliminares da ação penal, a justa causa, a qual passou a ser, expressamente, causa de rejeição da denúncia ou queixa, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.” (BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, 1941, *online*).

Oliveira (2009, p. 108) mais uma vez adverte que:

Embora não se possa afirmar que o *indiciamento* tem o mesmo efeito de uma acusação em juízo, não há como negar que, com ele, impõe-se um gravame à situação social do investigado. E, por essa razão, pode-se exigir a presença de elementos indiciários minimamente ponderáveis.

Esse foi o entendimento adotado pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida no Inquérito nº 2.041/MG, no qual ponderou que:

O indiciamento de alguém, por suposta prática delituosa, somente se justificará, se e quando houver indícios mínimos, que, apoiados em base empírica idônea, possibilitem atribuir-se, ao mero suspeito, a autoria do fato criminoso. Se é inquestionável que o ato de indiciamento não pressupõe a necessária existência de um juízo de certeza quanto à autoria do fato delituoso, não é menos exato que esse ato formal, de competência exclusiva da autoridade policial, há de resultar, para legitimar-se, de um mínimo probatório que torne possível reconhecer que determinada pessoa teria praticado o ilícito penal. O indiciamento não pode, nem deve, constituir um ato de arbítrio do Estado, especialmente se se considerarem as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção, no âmbito da investigação penal, dessa medida de Polícia Judiciária, qualquer que seja a condição social ou funcional do suspeito. [...] Em suma: o indiciamento não pode, nem deve, constituir um ato de arbítrio do Estado, especialmente se se considerarem as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção, no âmbito da investigação penal, dessa medida de Polícia Judiciária, qualquer que seja a condição social ou funcional do suspeito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, Inquérito nº 2.041/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2003, *online*).

Nesse sentido, quando se considera a possibilidade de concessão da medida cautelar do art. 294 do CTB ainda na fase da investigação policial, a discussão toma contornos mais complexos, sobretudo em razão da presunção de não culpabilidade.

Com efeito, se é necessário que a decisão que concede a tutela cautelar em análise deva ter por base um juízo de cognição sumária acerca da autoria delitiva, ainda que a decretação da medida se concretize quando já em curso a ação penal cabível, formulada com lastro em um inquérito policial finalizado, quiçá quando tal decisão ocorre ainda no curso do procedimento investigatório, pelo que a cognição é “ainda mais” sumária, tendo por base elementos de materialidade e autoria “ainda mais” precários (aliás, é possível se considerar que não há, ainda, sequer, a certeza acerca da materialidade do fato, bem como o indiciamento²² do investigado), o que demanda “ainda mais” cautela por parte do magistrado.

22 Pitombo (1983 *apud* BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática, Inquérito nº 2.041/MG, Rel. Min. Celso de Mello, *online*), já entendia que: “O indiciar alguém, como parece claro, não há de surgir qual ato arbitrário da autoridade, mas legítimo. Não se funda, também, no uso de poder discricionário, visto que inexistente a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade do ato. O suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem de ser indiciado. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito. A mera suspeita não vai além da conjectura, fundada em entendimento desfavorável a respeito de alguém. As suspeitas, por si sós, não são mais que sombras; não possuem estrutura para dar corpo à prova da autoria.”

A medida cautelar do art. 294 do CTB, é, portanto, “ainda mais” excepcional durante o decorrer da investigação policial.

Logo, considerando as particularidades do inquérito policial no Direito Processual Penal Brasileiro, momento no qual não há exteriorização do contraditório²³, de forma obrigatória, por não se caracterizar como processo, mas como procedimento administrativo, pelo que se destina “à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação” (OLVEIRA, 2009, p. 43), constituindo-se mera peça informativa – paralela a outras peças de informações desenvolvidas em outros procedimentos administrativos, elaborados por outros órgãos ou até mesmo por particular –, haja vista que “não é, absolutamente, indispensável à propositura da ação penal, podendo a acusação formar o seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos probatórios.” (OLIVEIRA, 2009, p. 43), a decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB no curso da investigação policial – tal como ocorre com a prisão preventiva na fase de inquérito policial – deve ser cercada com bastante cautela, merecendo destaque a observação feita por Oliveira (2009, p. 8, grifos do autor) acerca da possibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* durante a fase pré-processual:

Na primeira hipótese (prisão *ex officio* na fase de inquérito), a violação ao sistema acusatório se daria na medida da permissão – ainda vigente no CPP – da intervenção judicial para a tutela e *funções investigativas*, que, como se sabe, encontra-se a cargo de órgãos públicos específicos (Ministério Público e Polícia Judiciária). [...] E mesmo a prisão para *garantia da ordem pública*, cuja fundamentação ultrapassa as fronteiras dos interesses investigatórios *daquele processo* no curso do qual é decretada, não deve ser feita sem provocação. É que, como o principal requisito para qualquer prisão cautelar é o da existência de indícios veementes de autoria e materialidade, deve-se reservar referida valoração (jurídico-penal) apenas para a fase de *jurisdição*, salvo provocação dos interessados, na mesma linha da proteção das liberdades públicas.

Assim, em sendo o sistema de persecução penal adotado pelo Direito Processual Penal Brasileiro aquele de índole acusatória²⁴, ao juiz seria defesa a participação ativa durante a fase pré-processual, sobretudo no que concerne à produção e qualificação de provas, a fim

23 Corrêa (2006, p. 237), por outro lado, defende que, em se tratando de provas periciais irrepitíveis, colhidas durante a fase do inquérito policial, sendo irrepitíveis os exames periciais “[...] sempre quando, seja em razão do desaparecimento ou modificação substancial do objeto, resulte impossível a sua renovação em juízo”, como é o caso do teste do etilômetro ou de alcoolemia, o investigado deve participar igualmente da colheita da prova, em obediência ao princípio do contraditório. Assim, “A irrepetibilidade dos assentamentos técnicos impõe que se permita ao investigado a utilização dos meios necessários para participar da prova pericial produzida no curso do inquérito, formulando quesitos, acompanhando a realização dos exames e designando assistentes técnicos, se o desejar. Pensar de modo contrário significaria violar irremediavelmente o contraditório, que, como visto linhas antes, também deve ser preservado no inquérito policial, sobretudo no que diz respeito às provas irrepitíveis, pois, nesses casos, é nítida a potencialidade que essas provas têm de influenciar a decisão a ser proferida ao término do processo de conhecimento condenatório.” (CORRÊA, 2006, p. 237-238).

de não usurpar a função investigatória e acusatória imposta pela Constituição Federal de 1988 a outros órgãos – o Ministério Público e a Polícia Judiciária, respectivamente –, diversos do Poder Judiciário, que tem por finalidade precípua o exercício da função jurisdicional.

Ademais, é o que estabelece o art. 282, § 2º do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011, o qual determina que as medidas cautelares estabelecidas pelo Código “[...] serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.” (BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, 1941, *online*), restando patente que “a atuação de ofício do magistrado está limitada ao âmbito processual, isto é, quando em curso ação penal, sendo, pois, circunscritas às medidas cautelares incidentais.” (VASQUES; BELARMINO, 2012, s. p., *online*).

É exatamente em razão da nova redação do art. 282 do Código de Processo Penal que Vasques e Belarmino (2012, s. p., *online*) defendem a derrogação parcial implícita da legislação especial pela Lei nº 12.403/2011, quanto à atuação de ofício do magistrado na fase investigatória, considerando que:

Sob o prisma da novel legislação, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, constitui medida cautelar afiliva [ou também denominada pessoal], igualmente passível de depuração pela Lei 12.403/11, isto é, só pode ser decretada, em sede de investigação, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

Quanto ao objeto da medida cautelar do art. 294 do CTB, este se refere à suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de obtê-la, sendo que a habilitação a que se refere o dispositivo pode tanto ser a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou a Permissão para Dirigir, sendo ambas as espécies de licença concedida pelo Poder Público para dirigir veículos automotores.

A diferença reside no fato de que a segunda possui prazo de validade determinado, bem como regras mais severas para cassação, vez que é concedida ao condutor recém

24 Freitas (2008, p. 36) identifica as características dos sistemas acusatório, inquisitório e misto de persecução penal, destacando que “O sistema acusatório tem como principal característica a divisão clara das funções de acusação, defesa e julgamento, respectivamente pelo acusador (Ministério Público, vítima ou seus parentes, de acordo com a natureza da ação penal – pública ou privada), defensor (acusado) e juiz”, diferentemente do sistema inquisitório, em que “[...] as funções de acusação, defesa e julgamento podem ser exercidas pela mesma pessoa no processo, *in casu* o magistrado, inclusive suprindo falhas na defesa do acusado. O juiz assume a figura de inquiridor, com a opção de agir de ofício, em um processo que têm por características principais ser escrito e secreto. O sistema misto adota características acusatórias e inquisitórias, sem um princípio unificador próprio, sendo essencialmente aplicado um deles com alguns elementos do outro.” (FREITAS, 2008, p. 37), sendo que, para o autor, “[...] na prática, o sistema persecutório penal brasileiro ainda traz conteúdo inquisitório, com elementos acusatórios na fase instrutória processual, mas necessária releitura constitucional da legislação penal para adequação ao sistema persecutório penal consagrado na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso LV), qual seja, o essencialmente acusatório, fundamental ao Estado Democrático de Direito.” (FREITAS, 2008, p. 40-41).

aprovado nos exames prévios à habilitação, tal como se fosse um período de experiência, a fim de verificar se o condutor está apto a conduzir veículos automotores nas vias terrestres, sem colocar em risco a incolumidade física dos demais usuários das vias terrestres, sendo que o condutor não pode cometer, durante esse período, nenhuma infração administrativa de natureza grave ou gravíssima, nem ser reincidente em infração média²⁵.

A Permissão para Dirigir mais se assemelha, portanto, ao ato de permissão, ainda que apresente características típicas de licença. A permissão é ato administrativo unilateral, precário, por tempo determinado, condicionada à obediência das regras impostas pela legislação específica. Contudo, ainda assim, a Permissão para Dirigir consiste em um ato de consentimento típico de licença, por não se referir à prestação de um serviço público ou ao uso de um bem público, sendo interessante considerar que:

Pelas dificuldades oriundas da aplicação dos atos de consentimento estatal, cuja variação de espécie mais confunde do que elucida, talvez se possa pensar no futuro adotar uma só denominação para os institutos da licença, permissão e autorização, buscando-se na respectiva lei o regime jurídico aplicável na espécie (CARVALHO FILHO, 2010, p. 159-160).

Especificamente quanto à natureza jurídica da habilitação, Honorato (2009) critica a legislação de trânsito, que, em diversas passagens, denota o entendimento de que se trata de um direito de dirigir, isto é, direito subjetivo do condutor aprovado nos exames prévios de dirigir veículos automotores. E ressalta que, na realidade, trata-se de:

[...] uma espécie de *ato administrativo favorável* (denominado licença), concedido pelo Poder Público aos particulares que preencherem determinados requisitos e submeterem-se à legislação de trânsito (em especial às normas gerais de circulação e de segurança). Trata-se, portanto, de uma *licença para dirigir*. (HONORATO, 2009, p. 348, grifos do autor).

Honorato (2009, p. 349) prossegue salientando que o condutor a quem foi concedida a licença para dirigir “passa a exercer uma atividade controlada pelo poder de polícia”, sendo que o não cumprimento das condições/deveres impostas pela lei de trânsito determina a suspensão ou cassação da habilitação, por meio da “retirada de um ato administrativo” (HONORATO, 2009, p. 349).

Nesse sentido, Honorato (2009, p. 349, grifos do autor) rechaça a ideia de pena restritiva de direitos no que tange à penalidade – administrativa e criminal – de suspensão da habilitação, entendendo que, a bem da verdade, se trata de “modalidade de *sanção rescisória de ato administrativo favorável*”.

25 Esses são os termos do art. 148, § 3º, do CTB.

Contudo, importa salientar que, conforme conceitua Di Pietro (2009, p. 228), “Licença é o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade”, isto é, à Administração Pública é vedada a recusa de concessão da licença caso o condutor preencha todos os requisitos estabelecidos pela lei²⁶, cabendo à autoridade “tão-somente verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa” (DI PIETRO, 2009, p. 228).

Ademais, Di Pietro (2009, p. 235) esclarece que a licença é ato declaratório²⁷ de um direito preexistente, só sendo possível, portanto, a “invalidação, por razões de ilegalidade”, também denominada anulação, nas hipóteses em que o ato está eivado de vícios, desde a sua formação, e a cassação, em que a retirada se dá “porque o destinatário do ato descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica” (MELLO, 2007, p. 437), sendo que, no caso da habilitação para dirigir veículo automotor, ocorre quando o condutor não mais preencher os requisitos legalmente determinados. Assim, o ato administrativo vinculado não pode ser revogado em razão da mera discricionariedade da Administração Pública.

Daí a conclusão de que, embora não se trate de direito subjetivo de dirigir, o indivíduo que preenche todos os requisitos elencados pela lei tem, sim, direito à licença para dirigir, que só pode ser restrito ou cassado caso haja violação dos deveres legalmente estabelecidos e após procedimento administrativo pautado no devido processo legal, sobretudo quanto ao contraditório e à ampla defesa, conforme dispõe expressamente o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, por mais que se entenda que o ato de suspensão ou cassação da licença para dirigir não seja uma pena restritiva de direitos, mas sanção rescisória de ato

26 Carvalho Filho (2010, p. 143), ao dissertar acerca dos atos vinculados, ressalta que: “Ao agente, nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o ato o comando estatuído na lei. Isso indica que nesse tipo de atos não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei. [...] Os elementos para o deferimento desse ato já se encontram na lei, de modo que ao agente caberá apenas verificar se quem o reivindica preenche os requisitos exigidos e, em caso positivo, deverá conferir a licença sem qualquer outra indagação.”

27 Carvalho Filho (2010, p. 145) conceitua atos administrativos declaratórios como sendo “os que apenas declaram situação preexistente”, podendo ser assim classificada a licença, pois, no caso, “deve ser realçado que o direito subjetivo do indivíduo à atividade que pretende desempenhar não se confunde com o desempenho em si. O direito preexiste à licença, mas o desempenho da atividade somente se legitima se o Poder Público exprimir o seu consentimento pela licença. Por essa razão é que deve ao to ter natureza declaratória” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 156).

administrativo favorável, importa identificar que, ainda assim, trata-se de sanção, isto é, de ato de coerção estatal diante da violação de um preceito normativo (KELSEN, 2006, p. 121).

Outrossim, por mais que se considere que o direito ao trânsito seguro é a conjugação do direito individual de liberdade de locomoção e o dever de segurança pública, a habilitação seria, de certo modo, expressão do Poder de Polícia do Estado²⁸, “consiste em intervir no exercício das atividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objectivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir” (CAETANO, 1996, p. 269), ou, segundo Carvalho Filho (2010, p. 83), “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”

3.3 O conceito de ordem pública como fundamento cautelar no processo penal

Resta desvendar, agora, se a “garantia da ordem pública” é fundamento suficientemente hábil para justificar a aplicação de uma medida cautelar. Em outras palavras, importa discutir se, por meio do conceito de ordem pública, que pode ser deveras amplo e aberto a arbitrariedades, é possível se identificar uma urgência processual a ensejar a aplicação da medida cautelar apta a combatê-la, tomando por base a garantia da ordem pública no âmbito da prisão preventiva, cuja fundamentação é semelhante à medida cautelar do art. 294 do CTB.

Inicialmente, J. Silva (2008, p. 777, grifos do autor) põe a questão no âmbito do debate acerca da segurança pública, observando que:

[...] a *ordem pública* requer definição, até porque, como já dissemos de outra feita, a caracterização de seu significado é de suma importância, porquanto se trata de algo destinado a limitar situações subjetivas de vantagem, outorgadas pela Constituição. Em nome dela se têm praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia.

No mesmo sentido, Oliveira (2009, p. 452) também reconhece a dificuldade de definição da expressão “garantia da ordem pública”, ressaltando que:

A expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícilíssima definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem.

28 Aliás, Carvalho Filho (2010, p. 155), mais uma vez, considera que: “Através da licença, o Poder Público exerce seu poder de polícia fiscalizatório, verificando, em cada caso, se existem, ou não, óbices legais ou administrativos para o desempenho da atividade reivindicada.”

Apresenta, ainda, a mesma linha de pensamento, Freitas (2008, p. 102), o qual considera que “[...] a expressão é amplamente criticada uma vez tratar-se de conceito aberto, dando oportunidade ao arbítrio e a casuística na limitação ao direito de liberdade pelo magistrado, ferindo o Estado Democrático de Direito.”

Freitas (2008, p. 100) indica que: “[...] até mesmo para os dicionaristas o conceito aberto do que seja ‘garantia da ordem pública’ é um problema para ser traduzido em palavras”, trasladando as conceituações trazidas por diversos autores da expressão “ordem pública”, dentre as quais se destacam os conceitos de Silva (1987, p. 291) que considera a ordem pública como a “situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”, e de Diniz (2010, p. 431-432), para quem a ordem pública, no campo do direito administrativo, consubstancia-se em um “Conjunto de condições essenciais a uma vida social conveniente, fundamentado na segurança das pessoas e bens, na saúde e na tranquilidade [sic] pública (Othon Sidou).”

De outra senda, J. Silva (2008, p. 777-778, grifos do autor), por sua vez, conceitua ordem pública de forma bastante didática, nos seguintes dizeres:

Ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes. Convivência pacífica não significa isenta de divergências, de debates, de controvérsias e até de certas rugas interpessoais. Ela deixa de ser tal quando discussões, divergências, rugas e outras contendas ameaçam chegar às vias de fato com iminência de desforço pessoal, de violência e do crime.

Nesse sentido, a noção do que seria ordem pública denota-se mais teórica do que prática, razão pela qual se torna dificultosa a sua conceituação, vez que o instituto se funda em “[...] um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida.” (FREITAS, p. 101).

No âmbito do processo penal, especificamente quanto à decretação da prisão preventiva, Mirabete (2003, p. 803) entende que se evita:

[...] com a medida que o delinqüente [sic] pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.

Esclarece, contudo, em relação ao conceito de ordem pública, que esta “não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão.” (MIRABETE, 2003, p. 803).

Por outro lado, Mirabete (2003, p. 803) adverte que:

Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional. A simples repercussão do fato criminoso, porém, sem outras consequências, não se constitui motivo suficiente para a decretação da custódia

Acerca do posicionamento jurisprudencial pátrio, Oliveira (2009, p. 452) reconhece que:

No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.

Nesse sentido, Gomes Filho (1991 *apud* SILVA, 2005, s. p., *online*), ressalta que a expressão “ordem pública” – no contexto das prisões provisórias – não está relacionada aos meios e fins do processo, isto é, relaciona-se às finalidades que “[...] não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social.” No mesmo sentido, Delmanto Júnior (1998 *apud* SILVA, 2005, s. p., *online*).

Assim, exsurge a finalidade de satisfazer o sentimento de justiça da sociedade, tornando o acusado um “exemplo” – o que demonstra, por sua vez, aos olhos da população, a eficiência da Justiça, “no sentido de imediata reação ao delito” (GOMES FILHO, 1991 *apud* SILVA, 2005, s. p., *online*) –, bem como de determinar prevenção especial, a fim de evitar o cometimento de novos crimes.

Logo, com base no escólio dos autores supracitados, Silva (2005, s. p., *online*) conclui que a prisão preventiva decretada com base na “garantia da ordem pública” – o que pode, perfeitamente, ser trasladado para o âmbito da suspensão da habilitação ou proibição de sua obtenção, nos termos do art. 294 do CTB – carece de instrumentalidade, que é característica das medidas cautelares, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2009), em razão de que a expressão “ordem pública” não possui definição rígida, possibilitando arbitrariedades e casuísmos quando utilizada como fundamento da restrição da liberdade.

Nesse sentido, Silva (2005, s. p., *online*) adverte que, partindo do conceito aberto de ordem pública, a denominada “garantia da ordem pública” será utilizada, sobretudo no âmbito do processo penal, para:

[...] socorrer diversas interpretações a ela dada [sic], com os mais diversos fins, havendo principalmente na jurisprudência, enorme casuísmo no trato da matéria, conduzindo a interpretações as mais variadas, o que gera uma insuportável insegurança jurídica no trato de tema tão importante, qual seja, a privação da

liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, Silva (2005, s. p., *online*) ainda considera que as fórmulas utilizadas para conceituar e conferir significado à ordem pública também denotam conteúdo processual vazio, como a “potencialidade lesiva do crime”, a “gravidade do delito”, a “preservação da credibilidade na Justiça”, a “periculosidade do agente” e o “clamor público”, sendo que,

quanto à gravidade do delito e ao clamor público, o Supremo Tribunal Federal²⁹ já entendeu que não é cabível a decretação de prisão preventiva fundamentada, exclusivamente, nessas duas circunstâncias.

Aliás, Silva (2005, *online*) ainda assevera que “clamor público” e “ordem pública” não possuem o mesmo significado, pelo que não são sinônimos a ensejar a decretação de uma medida cautelar restritiva baseada unicamente no clamor público, não podendo o Estado-juiz servir como capataz da sociedade, assumindo papel de vingador, para controlar a “alarma social”.

Quanto à questão da credibilidade da Justiça, há de se analisar qual é a função precípua do Poder Judiciário, qual seja, o exercício da função jurisdicional, que deve obedecer às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos, preservando-se, ainda, a ordem

jurídico-constitucional³⁰. Assim, o poder jurisdicional deve ser utilizado para desvelar, ao máximo, a verdade dos fatos, dentro dos limites do processo, a fim de se condenar o culpado e absolver o inocente, e não encarcerar (ou restringir as liberdades individuais do acusado) imediatamente todo e qualquer acusado (SILVA, 2005, *online*), observando-se o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988).

Já em relação à periculosidade do agente, forçoso reconhecer que essa fundamentação requer uma presunção de culpabilidade do acusado, haja vista que a caracterização do sujeito como perigoso leva à conclusão de que ele é capaz de cometer

29 “HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. ABANDONO DO DISTRITO DA CULPA PARA EVITAR SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA - DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. - Não cabe prisão preventiva pelo só fato de o agente - movido pelo impulso natural da liberdade - ausentar-se do distrito da culpa, em ordem a evitar, com esse gesto, a caracterização da situação de flagrância. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. DISCURSOS DE CARÁTER AUTORITÁRIO NÃO PODEM JAMAIS SUBJUGAR O PRINCÍPIO DA LIBERDADE. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade.

crimes graves, caso não contido pelo Estado. De igual modo, além da presunção de culpabilidade, também denota uma presunção de reincidência, pelo que o acusado, já previamente culpado, caso esteja em liberdade, “voltará” a delinquir. (DELMANTO JÚNIOR, 1998 *apud* SILVA, 2005, *online*), o que é cabalmente vedado pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, vez que viola frontalmente o princípio da presunção de inocência.

Delmanto Júnior (1998 *apud* SILVA, 2005, s. p., *online*), considera, então, que, no caso da decretação de prisão preventiva com fulcro na garantia da ordem pública, considerada em relação ao juízo de periculosidade do agente, esta “perde o seu caráter cautelar de tutela da efetividade do processo transformando-se em meio de prevenção especial e geral, fins exclusivos da sanção, configurando verdadeira punição antecipada.”

De modo radical, Lima (2003, p. 159 *apud* FREITAS, 2008, p. 103, *online*) conclui que:

[...] o fundamento da garantia da ordem pública mostra-se completamente incompatível com os princípios mais basilares que regem o processo penal garantista: a) fere o princípio da presunção de inocência, ao ser decretada com o fito de evitar a continuidade delitiva; b) viola o princípio do devido processo legal, pois a liberdade do indivíduo é retirada sem que haja motivos cautelares justificadores, configurando um ato de puro arbítrio do julgador; c) ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao representar argumento impossível de ser refutado empiricamente, dada a vagueza da locução.

No mesmo sentido, Freitas (2008, p. 104, *online*):

Portanto, fica claro que o instituto da “ordem pública” como fundamento da [prisão] preventiva fere frontalmente o princípio do Estado Democrático de Direito, bem como o princípio da presunção de inocência, daí considerado inconstitucional por alguns doutrinadores.

Para Oliveira (2009, p. 453), quase não há como superar a crítica de que a “garantia da ordem pública” é utilizada (no âmbito da prisão preventiva, vale ressaltar) com o escopo de malferir o princípio da presunção de inocência, seja por qual ângulo que se veja, nos seguintes termos:

Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80719, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 2001, *online*).

30 “Daí a dissociação da realidade processual penal pátria com a proposta democrática do texto constitucional, já que, na prática, despreza-se o princípio da presunção de inocência, pela ilusão de uma segurança que o sistema criminal não é capaz de fornecer.” (SILVA, 2005, s. p., *online*).

prisão, é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade [sic] causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade.

É de se constatar, a partir dos ensinamentos dos autores ora listados, que o instituto da “garantia da ordem pública” tem relação direta – obviamente – com o conceito de “ordem pública”, o qual, por sua vez, é aberto a tal ponto que beira a indeterminação, haja vista que muda de autor para autor e, mesmo diante daqueles que tentam conceituá-la, é de difícil compreensão, sendo praticamente impossível desvendar o seu alcance.

Contudo, segundo o escólio de diversos autores, ora citados, há certa coincidência quanto ao aspecto processual do instituto, ou melhor, quanto à ausência do aspecto processual, vez que, em todos os ensinamentos de que se dispôs até aqui, a garantia da ordem pública detém caráter eminentemente político-social, pelo que se presta a acautelar o meio social – a fim de conferir a (falsa) noção de segurança pública à sociedade –, sem que haja, em geral, fundamento de ordem processual – a fim de resguardar a efetividade do processo – na essência do instituto.

Assim, corre-se o sério risco de se violar o princípio da presunção de inocência, olvidando-se a regra de tratamento segundo a qual o acusado não pode ter suas esferas de liberdade restringidas unicamente em razão de um possível juízo de culpabilidade, que acaba ocorrendo previamente ao julgamento definitivo do processo, por ocasião da decretação de uma medida cautelar restritiva – seja de direitos, como é o caso do art. 294 do CTB (que também restringe, em última análise, a liberdade de locomoção do sujeito), seja de liberdade, como é o caso da prisão preventiva –, o que só deveria ocorrer por ocasião da aplicação da sanção cominada em definitivo para o delito.

Ademais, a ordem pública pode se enquadrar entre os denominados conceitos jurídicos indeterminados³¹, os quais denotam expressões abertas, vagas, imprecisas e genéricas – “incerteza do *conteúdo* e *extensão* do conceito” (CARVALHO FILHO, 2001, p. 110, grifos do autor) –, “e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso” (SILVA, T., 2008, p. 50, *online*), que ampliam a margem de interpretação do magistrado quando da aplicação da lei, vez que há a necessidade de delimitar o conceito da expressão vaga – “*dentro*

31 “Grosso modo, esses conceitos previstos na norma expressam e qualificam necessidades públicas, a exemplo das expressões ‘utilidade pública’, ‘urgência’, ‘relevância’, ‘risco iminente à saúde’, ‘serviço adequado’, ‘modicidade tarifária’, ‘eficiência’, etc.” (SAMPAIO, 2011, p. 24, *online*). “No direito administrativo temos como exemplo desses conceitos as expressões: *notório saber jurídico, interesse público, ordem pública, reputação ilibada, moralidade administrativa.*” (SILVA, T., 2008, p. 50, grifos do autor).

do sistema positivo e codificado” (ABREU, 2004, s. p., *online*, grifos do autor) – de acordo com o caso concreto, a fim de que seja possível a aplicação da lei (ABREU, 2004, s. p., *online*).

Embora haja discussão no seio doutrinário quanto à raiz da vagueza legal, se se refere ao conceito³² ou à linguagem utilizada pelo legislador, trata-se de técnica legislativa cuja finalidade é conferir maior aplicabilidade à norma, adaptando o conceito jurídico indeterminado aos novos momentos históricos³³, bem como ao estágio de evolução da sociedade (ABREU, 2004, s. p., *online*).

Contudo, a utilização do conceito jurídico indeterminado na seara penal e processual penal deve ser acolhida com ressalvas, vez que ambos interferem diretamente nas esferas de liberdades dos indivíduos, devendo ser observado o princípio universal hermenêutico de que a normas restritivas ou limitativas de direitos não comportam interpretação ampliativa.

Nesse sentido, considerando que a habilitação para dirigir veículo automotor tem natureza jurídica de licença, que se caracteriza por ser ato administrativo vinculado, a sua suspensão não deve ficar a cargo de critérios subjetivos, seja da Administração Pública, seja do magistrado (ou, melhor dizendo, o ato vinculado não pode ser alterado por mera discricionariedade), mas apenas diante de comprovado descumprimento da legislação de regência.

Com efeito, no caso da suspensão ou proibição de obter a habilitação, norma expressa no art. 294 do CTB, o conceito jurídico indeterminado de “ordem pública” acaba por conferir ao juiz certa discricionariedade³⁴ para delimitar o conceito de acordo com o caso concreto, o que possibilita interpretações variadas de caso a caso, acarretando insegurança jurídica, sendo que, uma vez delimitado o conceito – o que resulta no juízo de se o fato enquadra-se ou não na (des)ordem pública –, o juiz não detém o controle do resultado, pelo que deve exercer o poder-dever de suspender ou proibir a obtenção da habilitação, sendo este o resultado imposto pela norma (ABREU, 2004, s. p., *online*).

Logo, a expressão “garantia da ordem pública” deve ser interpretada segundo a

32 Abreu (2004, s. p., *online*, grifos do autor) se filia ao entendimento de que a vagueza é do conceito, pelo que: “[...] não é imperfeição lingüística, mas sim uma característica bastante pertinente em certas situações que fazem com que busque o intérprete maior perfeição na valoração significativa – significado, o que gera certa *atualização* da norma”.

33 T. Silva (2008, p. 49) aduz que: “[...] é importante observar que a interpretação do conceito indeterminado é mutável podendo sofrer variações no tempo e no espaço. Dessa forma, o que é definido hoje de uma maneira, amanhã já poderá ser de outra forma.”

estruturação principiológica da Constituição Federal de 1988, a fim de respeitar o princípio da presunção de inocência, que rege o Direito Penal e o Direito Processual Penal, bem como se vedando a interpretação ampliativa do instituto, o que deve ser observado em todo o módulo repressivo estatal. Por essa razão, Jardim (2002, p. 128) ressalta que: “Embora se trate de juízo superficial de delibação, deve haver muita prudência por parte do magistrado ao exteriorizar o seu convencimento nesta etapa processual.”

Outrossim, Oliveira (2009, p. 453) rechaça a tese de inconstitucionalidade da prisão preventiva fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública – o que, mais uma vez, pode ser aproveitado para a medida cautelar do art. 294 do CTB, respeitadas as devidas proporções –, pois reconhece a inexistência de direitos absolutos, pelo que:

[...] sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores (normatizados) constitucionais igualmente relevantes. Não estamos nos referindo à segurança pública como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas.

Veja-se que o autor apenas acata a restrição da liberdade fundada na garantia da ordem pública quando a questão relativa à segurança pública que está em jogo não se limita a mera abstração, mas em situação efetiva, aferível no caso concreto³⁵, para que “A presunção de necessidade de segurança não parece ser mais do que a máscara que encobre uma

34 Acerca do assunto, Abreu (2004, s. p., *online*) salienta que: “O preenchimento desses conceitos normativos no âmbito do Judiciário se dá com a busca de elementos dentro do sistema e, o que pode existir é *aparente discricionariedade* quando há erro no processo subsuntivo, pois o sistema não quer que haja decisões diferentes em casos semelhantes e, na hipótese de erro, apenas tolera a discrepância das decisões e entrega aos jurisdicionados a chance da correção por recurso.”. No mesmo sentido, Sampaio (2011, p. 27 grifos do autor) considera que: “[...] o conceito jurídico indeterminado é um caso de aplicação da lei, posto que se trata de subsumir, em uma categoria legal, determinadas circunstâncias reais”. De igual modo, T. Silva (2008, p. 51, grifos do autor) considera que: “Em nossa visão, os conceitos legais indeterminados, em geral se relacionam com a *hipótese de fato* posta em causa (*fattispecie, tatbestand*), cabendo ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros [sic] e dizer se aquela norma atua ou não no caso concreto. [...] na operação lógica de interpretação da lei, depois de preenchido pelo hermeneuta o conceito jurídico indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao intérprete apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma outra função criadora, porque se a lei apenas enuncia o conceito, permitindo o preenchimento no caso concreto, por outro lado fornece todas as consequências [sic] dele advindas. Não haveria, assim, espaço para que o intérprete criasse os efeitos decorrentes da aplicação do conceito.”. Já para Mello (2001 *apud* SAMPAIO, 2011, p. 28), “[...] muitas, e exatamente porque o conceito é fluido, é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, em que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Por isso o autor não aceita a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos seja estranho ao tema da discricionariedade.”. Analisando a questão sob o âmbito da boa-fé, Carvalho Filho (2001, p. 113) observa que: “[...] diante da norma que indica sobre conduta de boa-fé, a grande dificuldade em sua aplicação se situa em saber se a conduta concreta está ou não dotada de boa-fé. Se concluirmos que houve boa-fé, incidirá a norma; caso contrário, estará afastada sua incidência. O problema que se põe, contudo, é justamente o de fazer a subsunção do fato concreto à norma. Em outras palavras, a dificuldade está em se saber se a conduta foi realizada com boa ou má-fé. E não há qualquer determinação nisso. Ao contrário, o que para uns pode representar ação de boa-fé, idêntico valor pode não ocorrer para outros. Há que se admitir, de qualquer modo, certo juízo de valoração na análise do fato concreto.”

verdadeira pena” (SANGUINÉ, 2012, s. p., *online*), pois “[...] a coerção direta não se habilita por presunções, mas sim valorando cada situação concreta.” (SANGUINÉ, 2012, s. p., *online*).

4 A APLICABILIDADE DO ART. 294 DO CTB EM CASOS DE CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

O Direito Penal, como “[...] conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica” (NORONHA, 2004, p. 4), caracteriza-se por atribuir a certos bens³⁶ proteção jurídica específica, criminalizando condutas contrárias aos bens por ele protegidos,

35 “Toda vez em que o sacrifício da liberdade vem imposto não por fatores em concreto incidentes, mas em nome de abstratas exigências com absoluto automatismo, ressurge a irracional equação entre gravidade da acusação e necessidade da prisão preventiva para impor ao imputado imediatamente uma pena antecipada, que deixa transparecer uma camuflada função de prevenção especial própria da pena. A presunção de inocência não é menor pelo simples fato de se tratar de uma imputação mais grave, porque ela é sempre absoluta. A mera imputação de um delito grave não significa que o acusado seja menos inocente, uma vez que, em uma sociedade organizada, não é certo que o direito fundamental à presunção de inocência seja um valor do processo penal que só tenha validade para alguns imputados. Pelo contrário, deve ter validade para todos. Disso resulta a falta de fundamento de toda disposição legal que limite, em função da gravidade do delito, a liberdade provisória.” (SANGUINÉ, 2012, s. p., *online*)

considerados essenciais ao indivíduo e à comunidade³⁷. Logo, as condutas que violem esses bens (vida, patrimônio, honra etc.) são passíveis de sanções de natureza penal, sendo que a “[...] pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos para a sociedade.” (GRECO, 2008, p. 4).

Insta ressaltar que, embora o critério de escolha dos bens essenciais à comunidade dependa da política criminal adotada pelo Estado, podendo haver forte conotação subjetiva (GRECO, 2008, p. 6), a Constituição Federal de 1988³⁸ abriga os valores considerados fundamentais para o Estado Democrático de Direito no qual se constitui a República Federativa do Brasil, sendo certo que:

[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhe as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais (GRECO, 2008, p. 6).

Nesse sentido, Ferrajoli (2012, p. 24, grifos do autor) aduz que:

Como *modelo de direito*, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao modelo paleo-juspositivista, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. Por isso, configura-se como um sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu exercício.

Diante desse contexto, importa frisar que o Direito Penal é regido pelo princípio da lesividade, pelo qual se proíbe a incriminação de condutas que, embora desviadas, isto é, condutas moralmente condenáveis, não afetam nenhum bem juridicamente protegido de terceiros (GRECO, 2008).

Greco (2008, p. 140), então, considera o crime sob dois aspectos, o formal e o material, sendo que, em relação ao primeiro, o crime seria qualquer conduta que “[...] colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado. Considerando-se o aspecto

36 Para Noronha (2004, p. 5, grifos do autor), “*Bem* é tudo quanto pode satisfazer uma necessidade humana, e *interesse* é a relação que se estabelece entre o indivíduo e o bem”, sendo que “Esses bens e interesses pertencem não só ao indivíduo, mas à sociedade, e de sua coordenação e harmonia resulta a *ordem jurídica*”.

37 Nesse sentido, Greco (2008, p. 4) informa que “A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”, sendo medida de *ultima ratio*.

38 Greco (2008, p. 6-7) adverte que “[...] segundo a concepção garantista do Direito Penal, [a Constituição] impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição.”

material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes”, sendo estritamente necessária a tipificação da conduta por meio da lei penal, vez que: “[...] mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade” (GRECO, 2008, p. 141).

Assim, o delito é formado, segundo os defensores do conceito analítico de crime, por três elementos: ação típica (tipicidade), antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade) (NORONHA, 2004), sendo que “todos os elementos que compõem o conceito analítico do crime são pressupostos para a aplicação da pena, e não somente a culpabilidade” (GRECO, 2008, p. 145).

Noronha (2004, p. 106) salienta que: “A pena [...] não integra o delito, por ser este seu pressuposto. Realmente, tê-la como constitutiva do crime é considerar como elemento da causa o efeito.”

Considera, ainda, que: “Em regra, tem-se como condição objetiva (estranha, portanto, à culpa do agente) de punibilidade a circunstância extrínseca ao delito, da qual depende a punição deste.” (NORONHA, 2004, p. 107).

Nesse azo, não apenas o Código Penal estabelece condutas típicas, mas também a legislação extravagante, que trata de matérias específicas, regulando-as sob os mais variados aspectos, inclusive penais, como ocorre com o CTB, tendo em vista que o trânsito seguro foi instituído como direito da cidadania, formado pela conjugação do direito fundamental de livre circulação no território nacional com o dever estatal de prestar segurança pública aos cidadãos (na mesma medida em que é direito dos cidadãos a garantia da segurança pública), devendo receber proteção do Estado contra quaisquer violações à sua efetivação.

Nesse contexto, a conduta de dirigir embriagado, intimamente relacionada ao ambiente de trânsito, foi tipificada como crime pelo art. 306 do CTB, o qual será estudado com mais detalhes neste capítulo.

4.1 A tipificação do delito de embriaguez ao volante: art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro

A necessidade de tipificação da conduta de dirigir embriagado como ilícito penal surgiu em razão da necessidade premente de se preservar o ambiente de trânsito das condutas violadoras dos preceitos normativos específicos acerca da matéria. Isso porque, até primeira metade do século XX, “não existia nenhuma legislação que regulamentasse o trânsito de

veículos e pessoas pelas vias terrestres” (LAIBER, 2007, p. 42), sendo que, segundo comenta Laiber (2007, p. 42-43), com o advento do Código Nacional de Trânsito, em 1966, tratou-se de penalizar, administrativamente, a conduta de dirigir embriagado, conformando o limite máximo de concentração de álcool por litro de sangue em 8 dg/L (oito decigramas por litro).

Contudo, “não existia previsão de punição penal para tal conduta de modo isolado, somente havendo para os eventos conseqüentes [sic], como homicídio e lesão corporal culposos na direção de veículo automotor” (LAIBER, 2007, p. 43).

Ademais, não havia previsão legal³⁹ para a forma de aferição da concentração de álcool por litro de sangue, isto é, desde o Código Nacional de Trânsito, o condutor não era obrigado a se submeter ao teste do etilômetro (mais conhecido como bafômetro), para a aferição da concentração de álcool no ar dos pulmões (LAIBER, 2007, p. 36).

Ocorre que, com o aumento substancial da frota de veículos, com a expansão da indústria automobilística, bem como em razão do crescimento demográfico, com o aumento do número de usuários das vias terrestres, o número de acidentes de trânsito cresceu em ritmo acelerado, envolvendo a ingestão de bebidas alcoólicas, o que denotou a dificuldade de implementação da legislação de trânsito, que, por sua vez, reprovava a conduta apenas no âmbito administrativo.

Assim, o Código de Trânsito Brasileiro, de 1997, passou a criminalizar a conduta de dirigir embriagado, ao mesmo passo em que afirmou, como direito da cidadania, o trânsito em condições seguras, formado pelo binômio: liberdade de ir e vir *versus* segurança pública. Portanto, o próprio CTB procurou efetivar o direito ao trânsito em condições seguras, preceituando regras de conduta e imputando sanções para o seu descumprimento, elegendo certas condutas mais gravosas – à vida, à liberdade, à propriedade –, dentro e em razão do ambiente do trânsito, como crimes.

Em sua redação original, o art. 306 do CTB apresentava a seguinte redação:

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 habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

39 A determinação da aferição da concentração de álcool no sangue ou no ar alveolar era remetida à regulamentação infralegal, por meio da Resolução nº 737/89, do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), a qual estabelecia que: “Art. 2º. Fica estabelecido que a concentração de oito decigramas de álcool por litro de sangue, ou de 0,4 mg por litro de ar expelido dos pulmões, comprovam que o condutor de veículo se acha sob a influência do estado de embriaguez alcóolica [sic]. Parágrafo único. O teste com o aparelho sensor de ar alveolar (bafômetro) o exame clínico, com laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador ou outros quaisquer meios técnico-científicos que possam certificar o teor alcóolico [sic] constituirão provas para todo e qualquer efeito.” (BRASIL, Conselho Nacional de Trânsito, Resolução nº 737, 1989).

Veja-se que, diante da redação original do dispositivo, a concentração de álcool no sangue ou no ar alveolar não compunha o tipo penal, sendo a concentração de 6 dg/L de sangue apenas um valor de referência, indicado pelo art. 276 do mesmo Código à época⁴⁰, para a comprovação da embriaguez.

Ademais, “Tendo em vista a redação do mencionado dispositivo legal, o crime de embriaguez ao volante não poderia ser considerado crime de perigo abstrato ou concreto.” (CAPEZ, 2010, p. 341). Isso porque o risco à segurança viária não era presumido (perigo abstrato), nem era suficiente a demonstração da probabilidade de dano a pessoa certa e determinada (perigo concreto) (CAPEZ, 2010, p. 341).

Nesse sentido, era necessário perquirir se o “modo de dirigir” atentaria contra a segurança dos usuários das vias públicas. Logo, “[...] o tipo exigia que o agente expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem, e, por isso, não bastava que o agente se embriagasse, sendo necessário que se demonstrasse que ele dirigia de forma anormal” (CAPEZ, 2010, p. 342).

Assim, a materialidade do delito restaria configurada desde que comprovada a direção anormal, sob a influência do álcool, a fim de expor a dano potencial a incolumidade dos demais usuários das vias públicas, o que poderia ser aferível por todos os meios disponíveis em direito, além da prova pericial do etilômetro, como o exame clínico e a prova testemunhal (KARAM JÚNIOR, 2008, *online*).

Contudo, ainda diante da tipificação da conduta de dirigir embriagado, a violência no trânsito continuava a aumentar, segundo pesquisas⁴¹, sendo que, considerando o total de 45.000 (quarenta e cinco mil) acidentes de trânsito envolvendo mortes no local do acidente e as ocorridas nos hospitais até 24 (vinte e quatro) horas após o acidente no ano de 2000, “[...] em cerca de 70% dos acidentes com mortes a bebida alcoólica estava presente, ou seja, o álcool foi responsável por 31.500 (trinta e uma mil e quinhentas) mortes naquele ano.” (LAIBER, 2007, p. 72).

40 O art. 276 do Código de Trânsito Brasileiro, em sua redação original, dispunha que: “Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.” (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

41 O autor ressalva, em diversas passagens, a dificuldade de utilização dos dados estatísticos, pois, na época, não havia dados completos, considerando que: “Diverge-se muito acerca do *quantum* referente a mortes em acidentes de trânsito.” (LAIBER, 2007, p. 11). Assim, os números aqui indicados foram retirados de pesquisa realizada pelo Portal do Trânsito Brasileiro, com base em dados de 2000. Moura (2012, p. 13), por sua vez, apresenta dados distintos, sendo que, segundo a autora, “[...] a Associação Brasileira de Medicina de Tráfego – ABRAMET realizou uma pesquisa onde concluiu que 30% dos acidentes de trânsito estão ligados à ingestão de bebida alcoólica por parte do condutor de veículo automotor.”

Nesse sentido, Laiber (2007, p. 72) aponta que: “Por si só, os dados comentados no parágrafo anterior já demandariam um [sic] atuação firme e rigorosa por parte do Estado no combate à embriaguez ao volante.”

Portanto, em razão dessa triste realidade, houve a necessidade premente de alteração dos dispositivos legais acerca da embriaguez ao volante, tanto em relação ao seu aspecto de infração administrativa quanto criminal, surgindo a Lei nº 11.705/2008, popularmente denominada “Lei Seca”.

Assim, o art. 306 do CTB passou a apresentar nova redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

É de se notar, então, que a concentração de álcool por litro de sangue passou a integrar o núcleo do tipo penal de embriaguez ao volante, pelo que, surgiu, na doutrina e na jurisprudência, amplo questionamento acerca da necessidade de aferição da concentração de álcool no sangue como condição de punibilidade do agente, bem como, consequentemente, dos meios prova pelos quais seria possível a constatação de embriaguez do agente, a fim de se verificar se a legislação poderia ser ou não efetivada.

Para Capez (2010, p. 342), não seria mais necessário que:

[...] a conduta do agente exponha a dano potencial a incolumidade de outrem, bastando que dirija embriagado, pois presume-se o perigo. Assim, não se exigirá que a acusação comprove que o agente dirigia de forma anormal, de forma a colocar em risco a segurança viária. Basta a prova da embriaguez.

Nesse sentido, o delito passou a ser classificado como crime de mera conduta, ou sem resultado, ou formal, ou de simples atividade, nos dizeres de Noronha (2004, p. 110, grifos do autor), vez que “Sua característica é que a lesão ao bem jurídico (evento) se dá tão-só com a *simples ação* ou *conduta*, ao passo que os outros só o conseguem com a consequência [sic] ou efeito da ação.”

Com a redação dada pela Lei nº 11.705/2008, Capez (2010, p. 343-344) passou a sustentar que:

No momento em que o nível de alcoolemia (6 decigramas de álcool por litro de sangue) foi inserido como elementar do tipo incriminador, tornou-se imprescindível a comprovação cabal dessa dosagem sob pena de atipicidade da conduta. O nível de álcool, por se tratar de medida técnica, necessita de demonstração pericial. Em outras palavras, não se consegue extrair o exato nível de alcoolemia mandando o agente ‘fazer o quatro’ ou ‘dar uma andadinha’ ou ainda ‘falar 33 no consultório médico’. A Lei fala em 6 decigramas de álcool por litro de sangue. Não há como substituir essa prova, nem mesmo pelo etilômetro, vulgarmente denominado

bafômetro. [...] O certo é que a prova testemunhal será incapaz de suprir o exame de corpo de delito e qualquer outro exame pericial, que não meça diretamente a concentração de álcool por litro de sangue, tornando dúbia a presença da elementar de natureza objetiva, imprescindível para a configuração do fato típico.

No entanto, Honorato (2009, p. 357) comunga da opinião de Cruz (2008, s. p., *online*), para quem:

[...] a prova da concentração de álcool no sangue do motorista, por meio de etilômetro ou alcoolemia não constitui condição de procedibilidade para a ação penal, ou mesmo para a lavratura do flagrante. [...] Se a recusa a fornecer prova contra si é, por um lado, indubitavelmente legítima, entendemos que não pode tal comportamento, por diversa angulação, impedir que o Estado busque a prova da ocorrência e autoria do crime por outro meio, dentre os previstos em lei, que não dependa da ativa participação do suspeito. A não ser assim, o poder punitivo somente se exercitaria contra o infrator da lei penal que se dispusesse a ser punido, o que, convenhamos, é um *nonsense* jurídico.

Paralelamente, a construção jurisprudencial acerca do assunto, apesar de vacilante⁴², consolidou-se de acordo com o entendimento de que a concentração de álcool no sangue passou a integrar o tipo penal, pelo que seria necessária a comprovação por meio de laudo pericial, isto é, através de teste de alcoolemia (exame de sangue) ou por etilômetro (bafômetro), conforme se depreende do julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.111.566/DF, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 28 de março de 2012⁴³.

Diante da consolidação, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, do entendimento de que é imprescindível a aferição da concentração de álcool no sangue por meio de prova pericial, reconhecendo a precariedade da redação legal, diante do princípio da legalidade, pelo que seria vedada ao magistrado a ampliação do preceito legal incriminador, o Congresso Nacional houve por bem aprovar o Projeto de Lei nº 5.607/2009, originário da Câmara dos Deputados, e posteriormente denominado no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara nº 27/2012, o qual foi sancionado, sem vetos, pela Presidenta Dilma Rousseff, em 20 de dezembro de 2012.

A Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, publicada no Diário Oficial da União em 21 de dezembro de 2012, data a partir da qual passou a vigorar, segundo o seu art. 4º (BRASIL, Lei nº 12.760, 2012, *online*), alterou diversos dispositivos já outrora modificados pela Lei nº 11.705/2008.

Contudo, o aspecto principal da nova lei é a alteração do preceito incriminador do delito de embriaguez ao volante, a fim de suprir as lacunas encontradas na legislação anterior,

42 Cf. STJ, HC nº 166.377/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes, julgado em 10.06.2010, quanto à imprescindibilidade de prova técnica para comprovar o estado de embriaguez. Em sentido contrário, quanto à desnecessidade de realização de exame específico para aferição da concentração de álcool, possibilitando a utilização de outros meios de prova, como o exame clínico e a prova testemunhal, cf. STJ, RHC nº 26.432/MT, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19.11.2009.

para conferir maior efetividade à norma penal incriminadora de embriaguez ao volante.

Assim, o art. 306, atualmente, detém a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

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

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

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

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

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

Nesse sentido, a nova redação do tipo penal de embriaguez ao volante determina a

43 PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. 4. O grau de embriaguez é elemento objetivo do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. 6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 9. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, REsp nº 1.111.566/DF, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, Rel. para Acórdão Min. Adilson Vieira Macabu, desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2012, *online*).

alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool como elementar do tipo⁴⁴, delimitando, por meio da própria lei, os meios de prova aptos a caracterizar o delito (teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal etc.), mantendo a comprovação técnica da concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar, mas, agora, apenas como uma das possibilidades, sendo que a comprovação também pode se dar por meio de sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora.

É de se notar, assim, que, de certa forma, a redação do delito de embriaguez ao volante restabeleceu as características do tipo penal introduzido pela redação original do dispositivo, sobretudo por ter retirado de seu núcleo a concentração de álcool no sangue, pelo que esta passou a ser apenas uma das formas de comprovação do estado de embriaguez (à semelhança da antiga redação do art. 276 do CTB), não obrigatória, portanto, para a punição do agente.

Contudo, ao contrário da redação original, o dispositivo manteve a caracterização de crime de mera conduta, à semelhança da redação dada pela Lei nº 11.705/2008, vez que não há, sequer, referência ao resultado da conduta perpetrada pelo agente como elementar do tipo, bastando, para a sua consumação, a condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada⁴⁵.

Assim, vem à tona a necessidade de se perquirir o que configuraria alteração da capacidade psicomotora, haja vista que essa qualidade passou a integrar o núcleo do tipo penal de embriaguez ao volante. Questiona-se, então, *a priori*: a alteração da capacidade psicomotora confunde-se com a direção anormal, segundo a redação original do artigo?

Jesus (1998, s. p., *online*), ao comentar as características do delito de embriaguez ao volante, ainda sob a égide da Lei nº 9.503/97, em sua redação original, indicava, dentre os elementos do tipo, a “[...] alteração, por estimulação ou depressão, do sistema nervoso central,

44 No mesmo sentido, Sannini Neto e Cabette (2012, s. p., *online*) comentam: “Percebe-se, portanto, que a ‘alteração da capacidade psicomotora’ passa a ser elementar do tipo. Em outras palavras, caso o motorista tenha ingerido bebidas alcoólicas, mas não esteja com a sua capacidade psicomotora alterada, o crime não estará configurado.”

45 Gomes (2012, s. p., *online*), por sua vez, manifesta-se em sentido contrário: “De modo algum nos parece correta a interpretação de que estamos diante de um crime de perigo abstrato. No mínimo, um perigo real, ou seja, uma conduta revestida de periculosidade concreta, efetiva (tanto que a lei fala em *influência e capacidade psicomotora alterada*). São essas exigências legais que revelam a periculosidade real da conduta. Não é qualquer conduta que configura o crime do art. 306”. Para Sannini Neto e Cabette (2012, s. p., *online*), “[...] o crime previsto no artigo 306 do CTB continua sendo de perigo abstrato, ao menos em seu § 1º, inciso I, o que, segundo alguns entendimentos, fere o princípio da ofensividade. Entendemos que o ideal seria que o legislador fizesse menção ao perigo de dano na tipificação da conduta, o que estaria de acordo com diversos conceitos modernos do crime, como a teoria de tipicidade conglobante, por exemplo. Já no caso do inciso II do mesmo § 1º, do artigo 306, CTB, o crime é de perigo concreto já que são exigidos ‘sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora’”.

com redução da capacidade da função motora, da percepção ou do comportamento”, com a “[...] afetação da capacidade de dirigir veículo automotor (modificação significativa das faculdades psíquicas ou sua diminuição) em razão da alteração mencionada”, sendo necessária a caracterização da “[...] condução anormal, de acordo com as regras de circulação viária: conduta imprudente, descuidada ou perigosa; e [...] nexo de causalidade entre a condução anormal e a ingestão de substância alcoólica”.

Assim, é que:

Não é suficiente a causa (embriaguez; requisito biológico). A lei também não se satisfaz com o efeito (afetação do sistema nervoso central; requisito psicológico). A norma adotou o sistema biopsicológico, exigindo nexo de causalidade entre a causa e o efeito: é preciso que o sujeito esteja dirigindo veículo automotor ‘sob a influência do álcool’, com afetação do modo de conduzir, desrespeitando o código de conduta. (JESUS, 1998, s. p., *online*).

Quanto à questão da condução anormal, Jesus (1998, s. p., *online*) afirmava que não era suficiente a prova da concentração de álcool no sangue, visto que:

[...] é imprescindível a demonstração da influência etílica na condução; que a influência tenha se manifestado na forma de afetação efetiva da capacidade de dirigir veículo automotor, reduzindo a capacidade sensorial, de atenção, de reflexos, com propensão ao sono, etc. (modificação significativa das faculdades psíquicas ou sua diminuição no momento da direção), consistente numa condução imprudente, descuidada, temerária ou perigosa, de acordo com as regras da circulação viária.

França (2004, p. 317), analisando a embriaguez alcoólica, sob o prisma da medicina legal, conceitua a embriaguez alcoólica como “[...] o conjunto de manifestações neuropsicossomáticas resultantes da intoxicação etílica aguda, de caráter episódico e passageiro.”

Nesse sentido, parece coerente a recente mudança da redação do dispositivo legal, para retirar do núcleo do tipo penal a concentração de álcool no sangue, vez que: “Salvo exceções, as perturbações produzidas pelo uso excessivo do álcool estão mais em razão direta da tolerância do que da quantidade ingerida.” (FRANÇA, 2004, p. 317)⁴⁶.

46 No mesmo sentido, Souza e Muñoz (2000-2002, p. 28) informam que: “É consenso entre os melhores tratadistas que existe grande variabilidade pessoal na expressão sintomática dos efeitos causados pela ingestão do álcool etílico, especialmente em doses baixas. Os níveis de alcoolemia capazes de influenciar ou inabilitar uma pessoa na condução de veículos são assim bastante variáveis, na dependência de diversos fatores, destacando-se, sobretudo a tolerância.” Ademais: “A tolerância depende de vários fatores: a) considerando que aproximadamente dois terços do corpo são constituídos de líquidos, quanto maior o peso, mais diluído ficará o álcool. Daí ser a concentração mais elevada nos indivíduos de menos peso; b) o sistema digestivo absorve o álcool, que passa para o sangue num fenômeno bastante rápido. A absorção varia de acordo com a concentração alcoólica da bebida, o ritmo da ingestão, a vacuidade ou plenitude do estômago e os fenômenos de boa ou má absorção intestinal; c) o hábito de beber deverá ser levado em conta, pois o abstinência, o bebedor moderado e o grande bebedor toleram o álcool em graus diferentes; d) os estados emotivos, a estafa, o sono, a temperatura, o fumo, as doenças e os estados de convalescença são causas que alteram a sensibilidade às bebidas alcoólicas.” (FRANÇA, 2004, p. 318).

É necessária, pois, a partir do advento da Lei nº 12.760/2012, a análise das alterações físicas, neurológicas e psíquicas em cada caso, para se concluir pela alteração ou não da capacidade psicomotora.

Para Rangni (2011, p. 41), comparando as terminologias de psicomotricidade e capacidade psicomotora, compreende que a capacidade psicomotora envolve “aquisições cognitivas, orgânicas”, não abrangendo a área afetiva.

Assim, pode-se afirmar que a alteração da capacidade psicomotora está intimamente relacionada às manifestações neurológicas, as quais “Estão ligadas a alterações clínicas do equilíbrio, da marcha e das perturbações da coordenação motora” (FRANÇA, 2004, p. 317), podendo-se evidenciar “[...] alterações no tônus muscular caracterizadas pela lentidão dos movimentos” (FRANÇA, 2004, p. 317).

Portanto, a capacidade psicomotora compreende aspectos relacionados à coordenação motora, à tonicidade, à organização espacial e percepção visual, à percepção auditiva, à atenção, à concentração, à memória e à linguagem.

Ponce e Leyton (2008, p. 68), por sua vez, quanto à combinação do álcool e da direção, consideram que a comprovação da alteração psicomotora significa que: “[...] deve-se provar que a concentração da droga encontrada era suficiente para causar prejuízos na condução.”

Com efeito, ao se comparar as características necessárias à conclusão de condução anormal, nos dizeres de Jesus (1998, *online*), em relação ao tipo penal de embriaguez ao volante da redação original do CTB, e àquelas relacionadas à alteração da capacidade psicomotora, segundo França (2004), Rangni (2011) e Ponce e Leyton (2008), cuja constatação é necessária para ocorrência do crime de embriaguez ao volante, em sua redação atual, percebe-se que se trata de qualidades semelhantes, ambas ligadas à alteração efetiva da capacidade de dirigir, em razão dos efeitos etílicos no organismo, alterando-se as funções neurológicas, o que, conseqüentemente, acaba por alterar as funções motoras e sensoriais.

Logo, a alteração da capacidade psicomotora pode configurar, sim, condução anormal do veículo, de modo imprudente e perigoso, configurando a conduta típica do art. 306 do CTB.

Ademais, surge, ainda, outro questionamento:

Se a nova redação do art. 306 do CTB retira do núcleo penal a concentração de álcool no organismo, determinando apenas a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, o indivíduo que se submeteu ao teste de alcoolemia ou ao teste do bafômetro pode ser punido, ainda que a concentração de álcool esteja dentro dos limites tolerados pela legislação? E caso a concentração de álcool seja de 6 dg/L de sangue ou 0,3 mg/L de ar

alveolar, já estaria configurado o crime de embriaguez ao volante?

Para responder a essa pergunta, torna-se necessário o estudo dos meios de prova admitidos para a tipificação da conduta como crime de embriaguez ao volante.

4.2 Os meios de prova admitidos para comprovação do estado de embriaguez e a contraprova

Aparentemente, a nova redação da legislação de trânsito buscou criminalizar a conduta de dirigir embriagado tanto quando o condutor se submete ao teste do etilômetro (bafômetro), resultando em concentração superior àquela estabelecida pela legislação de trânsito, como nas situações em que há a recusa de realização do teste – fundada no princípio da não autoincriminação, pelo qual o indivíduo não pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo –, mas a autoridade policial, cujos atos detêm presunção *juris tantum* de veracidade, atesta o estado de embriaguez, ou melhor, a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

Gomes (2012, *online*) considera que, diante da alteração do dispositivo legal, o critério de interpretação deve seguir as novas características do tipo penal inserto no art. 306 do CTB, sendo que, para o autor, o órgão acusatório deve comprovar que o condutor dirigia sob o efeito de álcool (forma de condução do veículo), bem como a alteração da capacidade psicomotora do condutor, a qual não pode ser presumida, apenas comprovada no caso concreto.

Nesse sentido, Gomes (2012, *online*) entende que, mesmo diante da concentração de álcool acima do limite estabelecido pela legislação, deve ser constatada a alteração da capacidade psicomotora, pois esta compõe o núcleo do tipo penal, não sendo cabível a presunção do estado de embriaguez em decorrência meramente da concentração de álcool no organismo⁴⁷, considerando que: “O direito penal não admite presunções contra o réu. [...] A taxa etílica comprova o grau da intoxicação, mas não revela, por si só, a forma de condução do veículo, nem a alteração da capacidade psicomotora” (GOMES, 2012, s. p., *online*).

Em sentido contrário, Sannini e Cabette (2012, s. p., *online*) entendem que:

[...] no inciso I, do §1º, do artigo 306, há uma presunção por parte do legislador no

47 “Além da ingestão da substância, é preciso comprovar a forma de condução do veículo (influência) bem como a capacidade psicomotora alterada do condutor. Um é objetivo [a ingestão da substância, constatando-se a concentração de álcool no sangue ou no ar alveolar] enquanto o outro é subjetivo [a influência e alteração da capacidade psicomotora]. Os órgãos repressivos tendem a buscar facilidades, por meio de presunções. Mas nada disso vale para o juiz. Dentro do processo criminal, ou há provas de todos os requisitos legais, ou não há. E a dúvida, como sabemos, favorece o réu.” (GOMES, 2012, s. p., *online*).

sentido de que o motorista flagrado na condução de veículo automotor com a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar, esteja com a sua capacidade psicomotora reduzida. Trata-se, nesse caso, de uma regra clara.

Vê-se, pela nova redação do dispositivo legal, que há, de fato, presunção legal da alteração psicomotora com a aferição da concentração de álcool no organismo acima do limite legalmente estabelecido, embora não haja, necessariamente, alteração psicomotora nesses casos, em razão do nível de tolerância do indivíduo à substância, pelo que se abre à discussão a questão da (in)constitucionalidade do dispositivo, o qual, nos dizeres de Gomes (2012, *online*), malfere o princípio da presunção de não culpabilidade.

Nesse diapasão, merece destaque a determinação legal do § 2º, *fine*, do art. 306 do CTB, que estabelece a observância do direito à contraprova. Assim, como a concentração de álcool no organismo não integra mais o núcleo do tipo penal em análise, ainda que haja a presunção de alteração da capacidade psicomotora do agente diante da constatação de taxa etílica superior a 6 dg/L de sangue ou 0,3 mg/L de ar alveolar, tal presunção não pode ser absoluta, podendo o condutor valer-se, até mesmo do exame clínico (o qual, se é meio hábil para a verificação da alteração da capacidade psicomotora, também o é para a verificação da normalidade da capacidade psicomotora), para comprovar a manutenção de suas condições normais de direção, isto é, que a sua capacidade psicomotora está intacta.

Sannini e Cabette (2012, s. p., *online*) sustentam que a referência expressa ao direito de contraprova demonstra a introdução do contraditório durante a fase pré-processual:

Nesse contexto, é dever da Autoridade Policial atender as solicitações do investigado no momento de requisitar o exame pericial. Mais do que isso, o sujeito passivo da investigação poderá submeter-se a um exame feito por perito particular, sendo que o resultado do laudo será apreciado pelo Delegado de Polícia ou pelo Juiz no momento da formação de seus convencimentos. (SANNINI; CABETTE, 2012, s. p., *online*).

Ressalte-se, ainda, que a presunção da alteração da capacidade psicomotora diante da concentração de álcool no organismo superior ao limite legalmente estabelecido, ao mesmo passo em que tenta traduzir critérios objetivos para a constatação da alteração psicomotora, pode ser encarada como uma burla ao princípio da presunção de inocência, corolário do Direito Penal e do Direito Processual Penal, vez que, apenas em razão da concentração de álcool no sangue ou no ar alveolar, o que, sequer, compõe o núcleo do tipo penal de embriaguez ao volante, passa-se a considerar que o condutor está com sua capacidade psicomotora alterada, abrindo margem para discussão da constitucionalidade do dispositivo.

Quanto à questão que se põe em relação ao condutor que se submete ao exame pericial (bafômetro), constatando-se concentração inferior ao limite legalmente estabelecido,

Sannini e Cabette (2012, s. p., *online*) entendem que “[...] não haverá embriaguez geradora de punição na seara penal.”

Contudo, impende salientar, mais uma vez, que a concentração de álcool no organismo (sangue ou ar alveolar) não integra mais o núcleo do tipo penal de embriaguez ao volante, sendo certo que a presunção da alteração da capacidade psicomotora por meio da concentração de álcool no sangue ou no ar alveolar superior ao limite de 6 dg/L ou 0,3mg/L não implica interpretação *contrario sensu*, isto é, de que a concentração inferior ao limite estabelecido presume a normalidade da capacidade psicomotora do condutor, ao menos de forma absoluta, vez que a acusação pode, ainda, comprovar, por outros meios, a alteração da capacidade psicomotora do condutor⁴⁸.

Sannini e Cabette (2012, s. p., *online*) consideram, ainda, que o exame clínico é a forma mais indicada de constatação da alteração psicomotora do condutor. Para os autores, “testemunhas, vídeos e outros meios de prova seriam utilizados apenas de maneira subsidiária, quando não for possível a realização de perícia [alcoolemia, etilômetro e exame clínico], de acordo com o já citado artigo 167, CPP ou mesmo como coadjuvantes dos exames periciais mais adequados.”.

No mesmo sentido, Souza e Muñoz (2000-2002, p. 29), ao consideraram que:

[...] o exame clínico [...] permite, quando apropriadamente realizado, extrair de forma mais adequada, elementos que atestem o grau de intoxicação. Além de comprovar as inúmeras variáveis individuais com relação aos efeitos do etanol, o exame clínico permite também que se evidenciem os efeitos de outras drogas psicoativas, assim como a presença de enfermidades que comprometem as funções psicomotoras.

Para França (2004, p. 320):

[...] a caracterização do estado de embriaguez é sempre um critério clínico em que se procura evidenciar a capacidade de autodeterminar-se normalmente, revelada pelo agente ao tempo do evento criminoso, competindo ao perito averiguar se as suas condições somatoneuropsíquicas configuram as especificações da lei.

[...]

A perícia da embriaguez é, na verdade, uma tarefa difícil devido justamente à sua complexidade em seus aspectos pessoais e circunstanciais.

Quanto à prova testemunhal, Laiber (2007) defende que: “O ideal é que o agente de trânsito se valha de pessoas idôneas e desinteressadas para a produção da prova testemunhal”, muito embora os próprios agentes públicos façam as vezes de testemunhas, atestando – com fé pública – a alteração psicomotora do condutor, de acordo com sua

48 Sannini e Cabette (2012, s. p., *online*) corroboram esse entendimento, haja vista que, para os autores, “[...] se a perícia apontar nesse sentido, o crime estará caracterizado independentemente do resultado obtido pelo exame de etilômetro.”

convicção subjetiva, sem necessidade de embasamento teórico algum, devendo ser valorada como mero indício do estado de embriaguez, sem que possa, exclusivamente, embasar uma condenação penal.

Honorato (2007, p. 476), acerca da prova testemunhal, assevera que:

A prova testemunhal precisa ser séria, objetiva e, preferencialmente, técnica (na hipótese de embriaguez ao volante); prestada por policial (rodoviário federal ou militar) ou por terceiros arrolados no Boletim de Ocorrência que possam trazer informações precisas e dotadas de caráter científico; evitando-se expressões ambíguas [...] e impressões pessoais.

Ademais, Honorato (2007, p. 479-480, grifos do autor), conclui, acerca da utilização dos diversos meios de prova autorizados pela lei, que:

[...] se considerarmos de forma isolada cada um desses meios de prova (*i.e.*, provas periciais, documentos e testemunhas) do crime de Embriaguez ao Volante, talvez tenhamos apenas meros indícios, incapazes de fundamentar a sentença condenatória e romper o *princípio da presunção de inocência*. No entanto, se esses meios de prova forem apresentados em um conjunto harmônico, dotado de seu indispensável caráter científico, certamente termos elementos suficientes para que seja promovida Justiça, afastado-se [*sic*] o sentimento de impunidade que tem assolado esta grande Nação.

Portanto, importa reconhecer que os novos meios de prova instituídos expressamente pela Lei nº 12.760/2012 são destinados à comprovação da alteração psicomotora do agente, sendo que, para se alcançar um processo penal justo, em conformidade com os princípios que regem o devido processo legal penal, deve-se evitar, ao máximo, a subjetividade do magistrado, vez que este deve, necessariamente, valorar as provas trazidas aos autos.

4.3 A aplicabilidade do art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro em casos de crime de embriaguez ao volante sob a ótica da jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros

Insta destacar que a embriaguez ao volante é tratada como infração, no CTB, sob dois aspectos: o administrativo, como infração de trânsito, e o penal, como crime de trânsito, afora a repercussão na esfera cível, na hipótese de ocorrência de danos.

Nesse sentido, o CTB estabelece, em seu art. 165, que a conduta de dirigir “sob a influência de álcool” (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*), caracteriza infração de trânsito, cuja penalidade é multa e suspensão do direito de dirigir (*rectius*: suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ou proibição de obtê-la) por 12 (doze) meses.

O art. 276, por sua vez, determina que: “Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165” (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*), sendo que o art. 277 estabelece quais os meios de

prova admitidos para a aplicação da sanção administrativa, *in verbis*:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

§ 1º (Revogado).

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

§ 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. (BRASIL, Lei nº 9.503, de 27 de setembro de 1997, redação dada pela Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, § 3º incluído pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, 2012).

Assim, a infração de trânsito pode ocorrer, segundo a dicção do CTB, quando o condutor submeter-se ao teste do etilômetro ou de alcoolemia e o resultado for inferior ao limite de 6 dg/L de sangue ou 0,3 mg/L de ar alveolar, bem como – dada a interpretação isolada dos dispositivos – quando o condutor recusar-se a realizar o teste do etilômetro ou de alcoolemia, desde que a autoridade de trânsito ateste que houve alteração da capacidade psicomotora do condutor, por meio de imagens, vídeos, ou pela prova testemunhal, com a indicação da existência de sinais notórios de embriaguez, e quando, submetendo-se ao exame pericial, constatou-se a concentração igual ou superior ao limite legalmente estabelecido.

Logo, ignorada a discussão doutrinária acerca da ocorrência do *bis in idem* quanto à penalidade de suspensão da habilitação para dirigir veículo (ou, na linguagem do Código, do direito de dirigir), haja vista tenha sido a mesma penalidade administrativa cominada para a infração de trânsito e para o crime de trânsito, diferenciando-se apenas no aspecto do *quantum* da medida, importa salientar que, a suspensão administrativa do direito de dirigir (art. 165, do CTB) não se confunde com a suspensão cautelar da habilitação (art. 194, do CTB), vez que a primeira tem natureza de sanção (penalidade) administrativa, imposta após o decurso do devido processo administrativo, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, enquanto a segunda se trata de medida judicial, de natureza cautelar, isto é, temporária e precária, de ordem exclusiva do órgão jurisdicional (ao contrário da suspensão administrativa, que é aplicada pela autoridade de trânsito competente), quando em curso investigação policial ou ação penal.

Quanto ao crime de embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do CTB, este é, obviamente, classificado como crime de trânsito, o qual admite, *a priori*, a decretação da medida cautelar de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de obtê-la, nos termos do art. 294 do CTB.

Contudo, diante de todos os aspectos estudados neste trabalho, sobretudo no que tange à necessidade de ajustamento da medida cautelar do art. 294 do CTB às exigências do devido processo legal – notadamente quanto à observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, que compõem o modelo constitucional de processo –, sob o prisma do módulo processual de urgência e seus requisitos específicos, bem como no que tange às particularidades do crime de embriaguez ao volante, tipificado no art. 306 do CTB, o qual sofreu significativas alterações ao longo do tempo, sobretudo quanto ao aspecto da prova, torna-se didático o estudo de casos concretos, apresentados pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça⁴⁹ do país, que envolvem o delito de embriaguez ao volante e a suspensão cautelar da habilitação para dirigir veículo automotor (ou proibição de obtê-la), em que houve a manutenção ou a revogação da ordem proferida pelo juízo *a quo*, confrontando os entendimentos jurisprudenciais aos ensinamentos doutrinários apresentados neste trabalho.

Nesse azo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) já enfrentou a matéria, mantendo a decretação da medida cautelar determinada pelo juízo *a quo*, em razão dos fortes indicativos de embriaguez (*fumus boni juris*), bem como em decorrência da reincidência do condutor no delito de embriaguez ao volante, em duas ocasiões, e, em outra, o cometimento de crime de dirigir sem habilitação, cujas ocorrências foram registradas na certidão de antecedentes criminais do acusado. Veja-se a ementa do acórdão do Recurso em Sentido Estrito nº 70023167265:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. **ART. 306 DO CTB. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL OU SUBSTÂNCIA DE EFEITOS ANÁLOGOS. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DA PERMISSÃO OU DA HABILITAÇÃO PARA CONDUZIR VEÍCULO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.**

O artigo 294 do CTB dá amparo a aplicação da medida cautelar de suspensão da CNH. Afinal, há uma acusação contra o ora recorrente, no caso, de infração ao artigo 306 do Código de Trânsito, sendo **evidentes os indicativos de que ele estivesse sob embriaguez alcoólica quando desse evento do dia 08.01.2007. As ocorrências similares aludidas na decisão recorrida estão estampadas na certidão de antecedentes, momento em que alude à falta de habilitação e embriaguez ao volante, esta em duas ocasiões. Logo, estão presentes os motivos que determinam a viabilidade da manutenção da medida acautelatória deferida pelo Juízo a quo.**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO IMPROVIDO. (Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso em Sentido Estrito nº 70023167265, Segunda Câmara Criminal, Relatora Des. Laís Rogéria Alves Barbosa, julgado em 24 de abril de 2008, *online*, grifos nossos).

Note-se que a referida decisão foi proferida ainda sob a égide da redação original

⁴⁹ A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos sítios eletrônicos de todos os Tribunais de Justiça brasileiros, utilizando-se as palavras-chave “art. 294 embriaguez”, “embriaguez suspensão cautelar” e “embriaguez suspensão”. Contudo, foram encontrados resultados apenas nos Tribunais de Justiça de Rondônia, Minas Gerais, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

do delito de embriaguez ao volante, em que era necessária a comprovação da condução anormal, à semelhança da redação atual do dispositivo. Assim, o TJRS acatou o entendimento de que a medida cautelar do art. 294 do CTB tem por finalidade a garantia da ordem pública, pelo que o seu fundamento basilar, não seria, *a priori*, a garantia da efetividade do processo, mas o acautelamento do meio social, a fim de impedir o cometimento de novos delitos, promovendo, no caso concreto, o dever de segurança pública em detrimento do princípio da presunção de inocência, o que é aceito, em casos excepcionais (OLIVEIRA, 2009).

É certo, aliás, que a Constituição Federal de 1988 não determina, expressamente, a possibilidade de restrição legal dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, pelo que se caracterizam como direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal. Em assim sendo, somente seria possível a sua restrição em casos de colisões com outros princípios de índole constitucional, bem como com direitos de terceiros (CARA, 1994 *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 314).

Destarte, exatamente em razão da ausência de previsão constitucional expressa de reserva legal para os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 314) asseveram que: “[...] a ação limitadora – de índole legislativa, judicial ou administrativa – há de ser imantada por todo tipo de cautela, tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa.”.

Assim, para caracterizar o risco à ordem pública, o Tribunal utilizou-se da certidão de antecedentes criminais, que atestava a ocorrência de reincidência no mesmo crime e o cometimento de crime de dirigir sem habilitação, tipificado no art. 309 do CTB. Para a constatação do *fumus boni juris*, o Tribunal considerou que, havia nos autos, indícios fortes de cometimento do delito, tendo sido o acusado submetido a exame clínico, existindo, ainda, prova testemunhal prestada pela autoridade policial responsável pela abordagem do acusado, indicando que o acusado realizava direção perigosa⁵⁰.

Em outro julgado, o TJRS entendeu por manter a decisão do juízo *a quo* que determinou a suspensão da habilitação do condutor, o qual sofria a acusação dos delitos de embriaguez ao volante e lesões corporais na direção de veículo automotor (art. 303, do CTB), por fundamentos semelhantes ao julgado transcrito alhures.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRÁTICA, EM TESE, DOS DELITOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E LESÕES CORPORAIS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SUSPENSÃO CAUTELAR DA HABILITAÇÃO. ARTIGO 294, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO

50 Cf. Inteiro teor do acórdão.

BRASILEIRO. MEDIDA EXCEPCIONALMENTE ADMITIDA, FORMA CAUTELAR, QUANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DEMONSTREM REAL NECESSIDADE, PARA O FIM DE RESGUARDAR A SEGURANÇA NO TRÂNSITO. INFORMAÇÕES TRAZIDAS AOS AUTOS DANDO CONTA DA INADEQUADA POSTURA DO ACUSADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. MOTORISTA PROFISSIONAL, CUJA CAUTELA DEVERIA SER REDOBRADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso em Sentido Estrito nº 70044060960, Primeira Câmara Criminal, Relator Des. Newton Brasil de Leão, julgado em 28 de março de 2012, *online*).

Ressalte-se que, nesse caso concreto, o Tribunal evidenciou circunstância “agravante”, qual seja, a condição de motorista profissional do acusado, pela qual deveria o condutor apresentar perícia⁵¹ quando da direção do veículo automotor, dada a sua profissionalização. Assim, presumiu-se que o condutor deveria possuir noções técnicas de direção, tendo deixado de observar o seu dever de cuidado (GRECO, 2008).

Contudo, deve-se frisar que, muito embora o Tribunal, aparentemente, tenha realizado um juízo de valor definitivo, não há que se concluir, *a priori*, pela imperícia do acusado em razão da influência do álcool, isto é, no momento processual em que foi proferida a decisão colegiada, a instrução probatória ainda não havia se esgotado, vez que se trata de Recurso em Sentido Estrito, o qual é cabível contra algumas decisões interlocutórias⁵² (OLIVEIRA, 2009, p. 756), razão pela qual o TJRS não poderia proferir juízo definitivo acerca da delinquência do acusado (objeto principal da ação).

Veja-se que é necessária cautela por parte do magistrado (ou do colegiado) quanto à análise das circunstâncias do caso, vez que, se, por um lado, a profissionalização da atividade de conduzir veículo automotor enseja a um juízo maior de reprovação da conduta delitiva do agente, por outro, do deferimento da cautelar decorre não apenas uma restrição à liberdade de ir e vir no trânsito, mas ao direito constitucional ao exercício de qualquer profissão, consoante disposto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, por ocasião do julgamento definitivo do processo penal, dever-se-ia constatar, em caso de condenação do acusado, se a conduta danosa – de lesões corporais – foi

51 Greco (2008, p. 205, grifos do autor) conceitua imperícia da seguinte forma: “Fala-se em *imperícia* quando ocorre uma inaptidão, momentânea ou não, do agente para o exercício de arte, profissão ou ofício. Diz-se que a imperícia está ligada, basicamente, à atividade profissional do agente.”

52 Oliveira (2009, p. 756) comenta que esse “[...] recurso foi elaborado para aplicação restrita, ou seja, estritamente nos casos assinalados pela lei”, sendo que o parágrafo único do art. 294 do CTB prevê expressamente a possibilidade de interposição de recurso em sentido estrito contra as decisões que concederem ou denegarem a providência de urgência de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de sua obtenção.

resultado da direção sob a influência de álcool, do qual resultou a alteração da capacidade psicomotora do acusado – caso o evento tivesse ocorrido sob o pálio da atual redação do dispositivo. Considerando que os fatos ocorreram durante o período de vigência da Lei nº 11.705/2008 quanto ao delito de embriaguez ao volante, classificado como crime de mera conduta, havia a necessidade de se constatar se houve, de fato, a ingestão de bebida alcoólica por parte do acusado.

No caso em análise, dentre as circunstâncias que fundamentaram a decisão do Tribunal, destaca-se que o acusado foi preso em flagrante, tendo sido constatada a concentração etílica de 0,36 mg/L de ar alveolar (0,06 mg/L acima do limite estabelecido, à época, apenas pelo Decreto nº 6.488/2008, que regulamenta a equivalência entre os testes de alcoolemia e do etilômetro). Além disso, o acusado, conforme certidão de antecedentes criminais, já respondia ao crime de trânsito capitulado no art. 307 do CTB⁵³, pelo que se infere que o acusado já havia tido a sua habilitação suspensa anteriormente e, posteriormente, violado a determinação (da autoridade policial ou do Poder Judiciário), já tendo respondido, ainda, pela infração dos arts. 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor)⁵⁴ e 306 do CTB, em outras ocasiões⁵⁵.

Nesse sentido, infere-se do respectivo julgado que a manutenção da suspensão cautelar da habilitação do condutor fundou-se tanto em razão da reincidência anterior do acusado em crimes considerados gravosos, como o homicídio culposo na direção de veículo automotor, como em razão da lesividade do delito no qual está sendo acusado, sendo a suposta embriaguez circunstância “agravante”⁵⁶, sendo certo que a jurisprudência majoritária

53 “Art. 307. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código: Penas - detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.” (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

54 “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.” (BRASIL, Lei nº 9.503, 1997, *online*).

55 Cf. Inteiro teor do acórdão.

56 Usaram-se as aspas porque a causa de aumento de pena prevista no art. 302 do CTB remete-se ao parágrafo único do artigo anterior (art. 301), no qual constava a direção sob a influência de álcool, o que, contudo, foi revogado pela Lei nº 11.705/2008.

vem reconhecendo a “noção de ordem pública como risco ponderável de repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão”⁵⁷ (OLIVEIRA, 2009, p. 452).

Ademais, o TJRS reconhece que a imposição da suspensão liminar da habilitação é medida de caráter excepcional, conforme se apreende do respectivo julgado⁵⁸.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) entendeu que, em razão dos fortes indícios de embriaguez, combinados com a constatação de que houve direção perigosa, pois o acusado conduzia o veículo com os faróis apagados durante a noite e em alta velocidade, haveria a necessidade de garantir a ordem pública⁵⁹. Evidencia-se que o condutor estava sendo acusado pela suposta prática do delito de lesões corporais culposas (de natureza grave) na direção de veículo automotor, valendo, para este caso concreto, as considerações realizadas para o Recurso em Sentido Estrito nº 70044060960/RS.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), por sua vez, entendeu de forma semelhante ao TJRS e ao TJSC, sendo que a decisão que manteve a suspensão cautelar da habilitação fundou-se em argumento mais radical, apenas a verificação de reincidência do acusado⁶⁰. Contudo, em análise ao inteiro teor do acórdão, o voto condutor, do Desembargador Relator, este identificou, através da certidão de antecedentes criminais, que: “[...] em um período de cerca de seis meses, foram duas ocorrências de embriaguez ao volante envolvendo o recorrente. Assim, deve-se reconhecer que é correto assegurar a ordem pública, uma vez que o agente reincidiu na conduta perigosa.” (MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Recurso em Sentido Estrito nº 7693, Primeira Turma Criminal, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 6 de abril de 2010, *online*).

Quanto ao *fumus boni juris*, o Desembargador Relator considerou que, no momento da suposta ocorrência do delito, “[...] o recorrente, saindo de uma conveniência,

57 No mesmo sentido, cf. Recurso em Sentido Estrito nº 70049336274, TJRS.

58 No mesmo sentido, cf. Recurso em Sentido Estrito nº 70050088525, TJRS.

59 “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA GRAVE EM ACIDENTE DE TRÂNSITO (CTB, ARTS. 303, *CAPUT* E 306). SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. MOTORISTA QUE TRAFEGAVA EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ, EM ALTA VELOCIDADE E COM OS FARÓIS APAGADOS DURANTE A NOITE. REQUISITOS DO ART. 294 DO CTB. NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.” (BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Recurso em Sentido Estrito nº 2011.083653-3, Relator Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, julgado em 15 de maio de 2012, *online*). Cf. Recurso Criminal n.º 2010.036436-9, TJSC.

60 Cf. RESE nº 7693, Proc. nº 2010.007693-8/0000-00, TJMS.

derrubou uma palmeira ao manobrar o veículo, e só parou depois de ser interceptado por policiais, restando evidente que ofereceu risco à coletividade.” (MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Recurso em Sentido Estrito nº 7693, Primeira Turma Criminal, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 6 de abril de 2010, *online*).

De outra senda, voltando-se à análise da jurisprudência do TJSC, merece destaque decisão do Tribunal que entendeu pela decretação da medida cautelar que suspende a habilitação para dirigir veículo automotor do acusado, fundamentando-se na “periculosidade do agente”.

Contudo, muito embora aparentemente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tenha violado o princípio da presunção de inocência, vez que, segundo a doutrina, a consideração de periculosidade do agente denota um duplo juízo de culpabilidade do acusado, de que o indivíduo seria perigoso em razão da gravidade do(s) delito(s) supostamente cometido(s), bem como de que o indivíduo voltará a delinquir. (DELMANTO JÚNIOR, 1998 *apud* SILVA, 2005, s. p., *online*), a análise da “periculosidade do agente” foi realizada em face do caso concreto, considerando o estado individual do acusado, o qual apresentava depressão e alcoolismo, ambos considerados, pela sociedade médica, como doenças, as quais devem ser devidamente tratadas (e não meramente reprimidas).

Assim, França (2004, p. 321) identifica o alcoolismo como um estado, o qual tem:

[...] como causa a ingestão continuada e imoderada de bebida alcoólica, a qual vai produzindo no paciente uma série de perturbações, terminando por configurar um perfil anormal não psicótico que poderia ser chamado de *personalidade alcoolista*.

Nesse sentido, a decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB tem nítida finalidade de proteção do meio social, em virtude do estado de alcoolismo do agente. Note-se que, a depender do caso concreto, o alcoólatra pode até mesmo ser considerado inimputável, haja vista que o § 1º do art. 28 do Código Penal ressalva que o estado de embriaguez completa, derivada de caso fortuito ou força maior, no momento do cometimento do delito, torna o agente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento, ocorrendo, portanto, a sua inimputabilidade, isentando-o de pena.

Assim, o Código Penal, cuja parte geral é aplicável a toda a legislação extravagante, inclusive ao Código de Trânsito Brasileiro, isenta de pena o agente embriagado, desde que a embriaguez seja acidental, involuntária e completa, enquadrando-se, neste ponto, a embriaguez patológica (FRANÇA, 2004).

Acerca do assunto, França (2004, p. 321) reconhece que:

Muitos consideram que a embriaguez habitual (alcoolismo) não exclui nem diminui a imputabilidade. Todavia, é necessário saber que o alcoólatra não é somente um

bebedor incontrolado, mas, acima de tudo, um doente, um desequilibrado, e, por isso, merece tratamento penal diferenciado. O atual Código Penal determina a medida de segurança para tratamento imprescindível do agente, a fim de restaurar a ordem comum, fazer a profilaxia do crime e recuperar o indivíduo. É a conclusão prognóstica da periculosidade.

Logo, no caso em questão, a periculosidade do agente funda-se, na realidade, em argumento patológico, e não em presunção de culpabilidade (até porque pode ser que o acusado não seja, sequer, condenado). Veja-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS - CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB EFEITO DE ÁLCOOL (CTB, ART. 306) - LESÕES CORPORAIS LEVES (CP, ART. 129, CAPUT) - PRISÃO EM FLAGRANTE - PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - PACIENTE ALCOÓLATRA E DEPRESSIVO - CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PARA FINS DE INTERNAÇÃO E SUBMISSÃO AO TRATAMENTO ADEQUADO - SUSPENSÃO CAUTELAR DA CNH (CTB, ART. 294) - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Em tese, justificar-se-ia a detenção cautelar de acusado preso em flagrante pelo crime de lesões corporais (CP, art. 129) praticados na condução de veículo sob efeito de álcool (CTB, art. 306), para fins de garantia da ordem pública (CPP, art. 312), caso demonstrado nos autos a reiteração da conduta no tocante à embriaguez no volante, de sorte a autorizar a medida excepcional e no sentido de precaver a sociedade de novas ocorrências. No entanto, em restado evidenciado que o paciente sofre de dependência alcóolica [sic] grave, reputar-se-ia imprestável impingir-lhe a prisão preventiva, para fins a que efetivamente se destina, o que somente poderia contribuir para o agravamento do quadro depressivo, de sorte que a melhor solução adotada ao caso seria a de impor-lhe a imediata internação para tratamento do vício, em vista à função ressocializadora inerente ao sistema repressivo penal e ao preceito constitucional que eleva a dignidade da pessoa humana como fundamento republicano. Ademais, jpa [sic] se decidiu que "casos há, entretanto, de caráter excepcional, em que a submissão do paciente ao cárcere antecipado revela-se verdadeiramente incompatível com o direito, ainda que seja, em tese, adequada à regra. Nesses casos, e após aquilatar a peculiaridade do caso concreto, torna-se imperioso conferir, à exceção, exato tratamento, diferenciando-a da regra geral e permitindo, em caráter excepcional, a liberdade provisória" (TJDF, HC n. 20090020076173, rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis, j. em 23-7-2009) **Assim, restando comprovada a dependência do paciente ao álcool, bem como sua inequívoca vontade em submeter-se ao tratamento adequado para o combate da doença, a medida que mais atende a função ressocializadora do direito penal é a permissão para que o paciente se submeta à internação em nosocônio, aplicando-se, cautelarmente, o art. 294 do CTB, que permite ao magistrado, de ofício, em qualquer fase da investigação, havendo necessidade de garantia da ordem pública, decretar a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor.** (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Habeas Corpus nº 2010.008732-6, Relator Des. Salete Silva Sommariva, julgado em 2 de março de 2010, *online*, grifos nossos).

Com efeito, até este momento foram colacionados entendimentos jurisprudenciais que, de acordo com o caso concreto, em análise aos requisitos necessários à decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB, viabilizam a sua aplicação ao delito de embriaguez ao volante.

No entanto, a jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros também experimenta entendimentos contrários à aplicação da medida, de acordo com as circunstâncias específicas do caso concreto, pelo que se torna premente a análise de alguns julgados que

norteiam o entendimento jurisprudencial de inaplicabilidade da medida cautelar do art. 294 do CTB em crimes de embriaguez ao volante.

Destarte, o Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), por ocasião de julgamento de Recurso em Sentido Estrito, considera que o risco à ordem pública consubstancia-se no enquadramento de uma situação fática, comprovadamente existente, e não hipotética⁶¹ (ou melhor, meramente teórica) ao conceito de ordem pública – delimitado no caso concreto, sendo que a simples instauração de inquérito policial não enseja a decretação da medida.

Código de Trânsito Brasileiro. Embriaguez. Suspensão cautelar da CNH. Imprescindível fundamentação. Reincidência específica. Inocorrência. Para a decretação da medida cautelar de suspensão da CNH é imprescindível a demonstração de que existe uma hipótese fática que ponha em risco comprovado a ordem pública, sendo insuficiente à sua fundamentação a simples instauração de inquérito policial. (RONDÔNIA, Tribunal de Justiça de Rondônia, Recurso em Sentido Estrito nº 0024519-17.2009.8.22.0008, Primeira Câmara, Relator Des. Valter de Oliveira, julgado em 26 de agosto de 2010, *online*, grifos nossos).

No caso dos autos, a decretação da medida cautelar de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor foi realizada pelo juízo de primeiro grau, em razão de o ainda investigado “[...] ter sido autuado por dirigir em visível estado de embriaguez, condição esta confirmada pelo teste de bafômetro, fazendo manobras perigosas em via pública com um veículo S-10, que foi estacionado na contramão de direção a fim de facilitar o acesso a um bar para compra de cervejas” (RONDÔNIA, Tribunal de Justiça de Rondônia, Recurso em Sentido Estrito nº 0024519-17.2009.8.22.0008, Primeira Câmara, Relator Des. Valter de Oliveira, julgado em 26 de agosto de 2010, *online*).

Contudo, o Tribunal identificou que a suposta direção perigosa perpetuada pelo agente não foi comprovada pelas autoridades policiais, vez que foi apenas informada por populares, por meio de “denúncia” anônima. Assim, quando a viatura policial chegou ao local indicado, encontrou o veículo de propriedade do investigado estacionado na contramão de direção em frente a um bar, comprando uma cerveja e apresentando sinais visíveis de embriaguez, segundo aduzem os policiais.

Assim, a fundamentação da decisão de decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB baseou-se única e exclusivamente na presunção (situação hipotética, pois) de direção perigosa do condutor, vez que não houve provas, sequer, testemunhais, que pudessem comprovar o alegado, dado o anonimato da “denúncia”.

Com efeito, o Desembargador Relator, cujo voto conduziu o acórdão, reconheceu que:

⁶¹ Cf. Recurso em Sentido Estrito nº 376.268-3, TJMG.

[...] mesmo não havendo dúvida quanto ao estado de embriaguez do recorrente, da sua atitude não decorreu consequência significativa, aliás ele sequer estava na direção do veículo quando foi detido, e não há uma única testemunha que tenha presenciado a trajetória em ziguezague, da qual se teve notícia tão somente por meio de uma denúncia anônima. (RONDÔNIA, Tribunal de Justiça de Rondônia, Recurso em Sentido Estrito nº 0024519-17.2009.8.22.0008, Primeira Câmara, Relator Des. Valter de Oliveira, julgado em 26 de agosto de 2010, *online*).

Aliás, o Desembargador Relator aduz que a decretação da medida teve por lastro probatório o inquérito policial, que ainda aguarda manifestação do Ministério Público, sendo que as provas colhidas durante a fase pré-processual não forem objeto do contraditório e da ampla defesa, bem como que não há, nelas, comprovação de que o investigado realizou direção perigosa, em “zigue-zague”, mas apenas o resultado do teste do etilômetro, demonstrando que o investigado, no momento em que foi autuado, estava embriagado, com concentração de 0,75 mg/L de ar alveolar. Contudo, no momento da autuação, o investigado não estava na direção de veículo automotor, mas, dentro de um bar, comprando bebida alcoólica.

Nesse sentido, observe-se a situação hipotética de que o sujeito conduziu o veículo de sua propriedade até o bar, sem que ainda tivesse ingerido qualquer quantidade de bebida alcoólica, mas ao adentrar o bar, iniciou a ingestão da bebida, até que alcançasse o estado de embriaguez aguda, no momento em que foi abordado pelas autoridades policiais, que mesmo sem o conhecimento efetivo (ou, sequer, indícios razoáveis) sobre se o investigado conduziu ou não o veículo sob a influência do álcool, ou melhor, com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool (de acordo com a nova redação do crime de embriaguez ao volante), conduziu o sujeito à delegacia, determinando, inclusive, a sua prisão em flagrante.

Ora, o que se pune é a embriaguez combinada à direção de veículo automotor, não o estado de embriaguez *per si*, o qual se insere no âmbito das liberdades individuais dos sujeitos, que não podem ser obrigados a fazer ou a deixar de fazer coisa alguma caso não haja lei que proíba o seu comportamento, sendo patente a precariedade do conjunto probatório apresentado como fundamento (ir)razoável (*fumus boni juris*) para a decretação da medida, sendo certo que o ônus da prova é exclusivamente do órgão de acusação.

Outrossim, o Desembargador Relator concluiu que:

[...] por constatar que não ficou comprovado estreme de dúvida que o recorrente fazia manobras perigosas, sequer que no momento em que dirigia estava embriagado, uma vez que foi encontrado em tais condições dentro de um bar, fora, portanto, do veículo, considerando ainda que inexistente a reincidência que deu azo à decisão em que foi decretada a medida cautelar, deve ser ela cassada, restituindo-se o direito do recorrente de obter novamente sua carteira nacional de habilitação. (RONDÔNIA, Tribunal de Justiça de Rondônia, Recurso em Sentido Estrito nº 0024519-17.2009.8.22.0008, Primeira Câmara, Relator Des. Valter de Oliveira,

julgado em 26 de agosto de 2010, *online*).

Assim, é cabível, nesse caso concreto, a discussão acerca da decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB de ofício pelo magistrado, vez que a iniciativa probatória, conforme preconiza o sistema acusatório de persecução penal, deve ser de responsabilidade exclusiva do órgão de acusação, devendo o Estado-juiz funcionar com a máxima imparcialidade, na busca da verdade dos fatos dentro do processo.

Acerca do assunto, Cabette (2011c, *online*) reconhece a dificuldade do exercício do contraditório no âmbito das decisões cautelares *ex officio*, haja vista que, quando da decretação da medida cautelar, o magistrado já está convencido da decisão, sem que antecipe ou comunique a sua “intenção”, para que as partes se manifestem.

Note-se que essa perplexidade sobre o exercício do contraditório nas decretações cautelares de ofício é mais um argumento a indicar a impropriedade da atuação do magistrado ‘*ex officio*’ no Processo Penal. A situação indica claramente que o Juiz acaba assumindo uma condição de “parte” privilegiada no processo, infringindo flagrantemente o Sistema Acusatório integrante do Devido Processo Legal Substantivo. Mesmo que se possa exercer uma “contestação” diferida da decisão do magistrado isso não retira de cena o fato de que este atua como se fora um acusador, o qual ao mesmo tempo toma decisões cruciais no andamento processual. É até mesmo inviável falar-se em exercício sequer de um ‘contraditório diferido’ porque para isso seria preciso admitir que o Juiz é ‘parte’ no processo, integra o polo acusador, ainda que episodicamente, o que à obviedade não se coaduna com o Devido Processo Legal de índole acusatória. (CABETTE, 2011c, s. p., *online*).

De forma semelhante, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul proferiu decisões nas quais determinou a cassação da medida cautelar do art. 294 do CTB, restabelecendo o “direito de dirigir” dos acusados, com fundamento na carência de fundamentação⁶² da decisão do juízo de piso que decretou a medida:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – SUSPENSÃO CAUTELAR DA CNH – PRETENDIDO EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO – INVIABILIDADE – ART. 294 DA LEI N. 9.503/97 – CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PERIGO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR PELO AGENTE – DESNECESSIDADE DA MEDIDA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MOTORISTA PROFISSIONAL – DECISÃO CASSADA – DOCUMENTO DEVOLVIDO – PROVIDO.

Por expressa disposição legal (art. 294 da Lei n. 9.503/97), “da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo”.

⁶² O Relator, por ocasião do seu voto, transcreveu trecho da decisão proferida pela magistrada *a quo*, para evidenciar a carência da fundamentação, nos seguintes termos: “Quanto ao pedido cautelar de suspensão da habilitação, tenho que deve ser deferido o pedido. A medida requerida se justifica, para que se tenha um trânsito seguro e consciente, sobretudo para que o acusado possa refletir e tomar consciência do que representa dirigir. Assim, na forma do art. 294 da Lei n.º 9.503/97, determino, como medida cautelar, a suspensão da habilitação para dirigir veículo do réu, de forma a preservar o direito da sociedade a um trânsito seguro.” (MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Recurso em Sentido Estrito nº 2011.023001-6/0000-00, Segunda Turma Criminal, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, trecho do voto do Relator, 2011, *online*).

Carecendo de fundamentação a decisão da juíza que determinou como medida cautelar a suspensão da habilitação para dirigir veículo, na forma do art. 294 da Lei n. 9.503/97, porquanto não houve demonstração concreta do efetivo perigo que a condução de veículo automotor por parte do agente vem causando à regularidade do trânsito naquela cidade, **é de rigor a sua cassação, com a imediata devolução do documento, seja em razão da desnecessidade da medida para a garantia da ordem pública, seja por tratar-se de motorista profissional, dependendo da CNH para trabalhar e sustentar-se.** (MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Recurso em Sentido Estrito nº 2011.023001-6/0000-00, Segunda Turma Criminal, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, 29 de agosto de 2011, *online*, grifos nossos).

É de se observar, nesse caso concreto, também se tratava de motorista profissional, à semelhança do Recurso em Sentido Estrito nº 70044060960, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já apresentado neste tópico. Contudo, a solução adotada pelo TJMS foi o exato oposto daquela proferida pelo TJRS.

Enquanto o TJRS considerou o fato de que se tratava de motorista profissional uma circunstância que agravava a situação do acusado, vez que, para o Tribunal, este deveria ter mais conhecimento acerca das técnicas e riscos do trânsito, exercendo o seu dever de cuidado de motorista profissional, o TJMS entendeu que, por se tratar de motorista profissional, a suspensão da sua Carteira Nacional de Habilitação (CNH) lhe seria ainda mais prejudicial, por depender o seu trabalho e o seu sustento da sua condição de condutor, demonstrando, portanto, o *periculum in mora* reverso⁶³.

Portanto, o TJRS interpretou o fato sob o prisma da gravidade do suposto delito, enquanto o TJMS o interpretou sob a ótica das consequências da decretação da medida, a qual carecia de fundamentação, vez que não houve a demonstração da situação de perigo à ordem pública, consubstanciada na condução perigosa (ou anormal).

Neste segundo julgado, o TJMS também entendeu por cassar a decisão de primeiro grau de decretou a suspensão da habilitação do acusado, fundamentando-se, de igual modo, pela ausência de fundamentação do *decisum*:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ARTIGO 306 DO CTB – PLEITO DEFENSIVO – DECISÃO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DA CNH – **AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NÃO EVIDENCIADA** – *DECISUM* CASSADO – RECURSO PROVIDO.

A medida cautelar de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, prevista no artigo 294 do Código de Trânsito Brasileiro, **somente poderá ser decretada quando evidenciado a necessidade de garantir a ordem pública, sendo que meras conjecturas não embasam para decretar a medida extremada.** (MATO GROSSO DO SUL,

63 Assim, “Sob outro enfoque, a apreensão da CNH poderá causar um dano irreparável ao recorrente, isso é se já não causou, já que é motorista profissional (CTPS – f. 83)) e depende do trabalho para sustentar-se.” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Recurso em Sentido Estrito nº 2011.023001-6/0000-00, Segunda Turma Criminal, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, trecho do voto do Relator, 2011).

Diante de todas as considerações realizadas neste tópico, constata-se que, muito embora o delito de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) seja considerado, por parte da doutrina, como crime de mera conduta (tal como o era durante a vigência da Lei nº 11.705/2008, neste ponto), a decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB é condicionada à existência, no caso concreto, de fundados receios de danos à ordem pública, o que, na maior parte das vezes, consubstancia-se em um juízo de periculosidade concreta do agente, o qual determina, em última análise, a existência de provas acerca da lesividade do delito pelo qual está sendo acusado (bem como a de outros delitos anteriormente praticados), para que seja viável o juízo de risco à ordem pública.

Coelho (2009, s. p., *online*) comenta que:

Por ‘periculosidade concreta’ tem-se entendido como sendo aquela que está devidamente respaldada em suporte fático robusto constante dos autos, como, p.ex., certidão de antecedentes criminais indicativa da prática reiterada de delitos pelo agente, ou, ainda, dados concretos indicando a extrema crueldade e vileza do indiciado/acusado na prática de determinada infração penal, indicativos, pois, de que se trata de pessoa perigosa cuja liberdade merece ser restringida até o término do processo, a fim de se resguardar a própria ordem na sociedade e restabelecer a paz social.

Nesse contexto, para que seja possível o juízo acerca da “periculosidade do agente”, como fundamento do risco ou da efetiva lesão à ordem pública, a valoração da situação de perigo deve ser concreta, lastreada em situações fáticas e comprovadas por meio de provas robustas trazidas aos autos, sendo vedada a consideração hipotética, teórica, da periculosidade do agente. Esse é o posicionamento da jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros, respaldado pelo Supremo Tribunal Federal, que rechaça a “periculosidade presumida ou abstrata”, nos termos do acórdão proferido em sede de Habeas Corpus, em que restou consignado que: “A atuação do Judiciário é provocada e vinculada, não podendo, a partir de capacidade intuitiva quanto a julgamento a ser formalizado, pressupor a periculosidade do acusado.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 86.599/PE, Primeira Turma, Relator Min. Marco Aurélio, 2006, *online*).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se que a fórmula do devido processo legal, vislumbrada segundo os valores constitucionalmente assegurados ao processo, formando, por sua vez, o modelo constitucional de processo, pode ser revelada sob dois aspectos distintos. Impõe-se, então, de um lado, a atuação negativa do Estado, a fim de evitar invasões excessivas nas esferas das liberdades dos indivíduos, e de outro, a atuação positiva do Estado, para que, por meio do processo, os indivíduos possam ter por realizados os seus direitos subjetivos.

Assim, a ingerência do Poder Judiciário nas esferas das liberdades do indivíduo antes do momento em que deve ser prestada a efetiva tutela jurisdicional deve ser encarada como uma medida de caráter sempre excepcional, a fim de combater uma “urgência processual”, observando-se, porém, as garantias constitucionais do processo e, consequentemente, os valores componentes do modelo constitucional de processo na ótica do módulo processual de urgência.

Assim, não se deve negar aplicação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, sobretudo no âmbito do processo penal, bem como aos requisitos específicos que compõem o módulo processual de urgência, que é considerado o arcabouço normativo mínimo necessário a legitimar a ingerência “antecipada” do Poder Judiciário nas esferas de liberdades dos acusados.

Isso porque, para que o órgão julgador possa, a partir do seu livre convencimento

motivado, decidir, definitivamente (ao menos *prima facie*), a demanda, a ambas as partes devem ser oportunizadas as práticas de certos atos – desde que lícitos – aptos a influenciar o *decisum* do julgador, de forma a construir uma estrutura dialética no processo, possibilitando, portanto, o acesso do magistrado a todas as provas aportadas aos autos, de onde este apanhará a solução mais adequada à controvérsia.

Com a certeza de que o juiz não pode eliminar a duração normal do processo, no qual vai formar o seu livre convencimento de acordo com as provas produzidas nos autos, em obediência ao princípio do contraditório, bem como da ampla defesa, possibilitando ao réu a ampla produção de quaisquer provas (até mesmo aquelas consideradas ilícitas, caso sejam a única possibilidade de comprovação de sua inocência), a decretação da medida cautelar do art. 294 do CTB deve ser feita com a máxima cautela, sobretudo diante do crime de embriaguez ao volante que, com a recente modificação da sua redação, passou a apresentar forte complexidade, notadamente, quanto às formas de aferição do estado de embriaguez com a alteração da capacidade psicomotora do acusado.

A alteração da capacidade psicomotora em muito se assemelha à condução anormal de veículo, de modo a por em risco a incolumidade física dos demais usuários das vias terrestres, traduzida no bem juridicamente protegido da segurança viária.

Assim, quanto ao delito do art. 306 do CTB, deve-se considerar que, de um lado, a multiplicidade dos meios de provas admitidos para a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, e que, de outro, todos esses meios de prova admitidos podem cair no critério subjetivo, tanto da autoridade policial, como do órgão acusador e julgador, dada a necessidade de valoração judicial de provas não técnicas, como fotografias, vídeos, prova testemunhal, bem como em relação aos próprios exames periciais, como o teste do bafômetro, haja vista que a concentração de álcool no sangue nem sempre evidencia alteração da capacidade psicomotora, em razão da tolerância de cada sujeito ao álcool.

Logo, para o deferimento da medida cautelar do art. 294 do CTB, a acusação deve trazer provas robustas tanto em relação ao cometimento do crime, preenchendo o requisito do *fumus boni juris*, quanto acerca do risco de dano à ordem pública, pois a medida volta-se ao acautelamento do meio social, visando à prevenção de delitos e a proteção dos cidadãos que utilizam as vias públicas, de forma promover a segurança pública.

Ademais, quanto ao requisito da garantia da ordem pública, é de se verificar que esta denota um conceito jurídico indeterminado, a ser preenchido pelo juiz de acordo com o caso concreto, sendo certo que não pode ser utilizada como fundamento para a condenação antecipada do acusado, tolhendo-lhe o direito de ir e vir, através da suspensão da sua licença para dirigir (aliás, como foi visto, ainda que a habilitação seja um ato administrativo de

licença, por ser ato vinculado, há direito subjetivo do administrado à concessão da licença, caso preenchidos os requisitos legais específicos).

A jurisprudência vem consignando o entendimento de que, para fundamentar a decretação de medida cautelar penal para garantir a ordem pública, sobretudo no que tange ao art. 294 do CTB, a delimitação do conceito e do alcance de ordem pública só pode ser realizada em cada caso concreto, bem como demanda a constatação de periculosidade concreta do agente, consubstanciada no exame dos antecedentes criminais (verificação da reincidência do agente), da gravidade do delito objeto da acusação e da repercussão do caso concreto no meio social, ainda que se considere que o crime de embriaguez ao volante é crime de mera conduta.

Outrossim, o art. 306 do CTB determina expressamente a observância obrigatória ao direito à contraprova, possibilitando que, mesmo durante a fase de inquérito policial, momento em que também seria possível a concessão da medida cautelar do art. 294 do CTB, o investigado (e posterior indiciado e acusado) possa produzir provas que refutem aquelas produzidas pela autoridade policial (ou pela acusação), instituindo o contraditório na fase pré-processual. Aliás, a possibilidade de produção de contraprova deve ser encarada, ainda, como subsídio para a decretação ou não da medida cautelar do art. 294 do CTB, vez que, o juiz deve se valer de todas as provas trazidas aos autos até o momento da decretação da medida, a fim de avaliar a sua necessidade ou não.

Logo, a medida cautelar do art. 294 do CTB não pode ser justificada apenas sob o pálio da periculosidade abstrata do agente ou, isoladamente, da predisposição à reincidência, sobretudo no que tange ao crime de embriaguez ao volante, com sua nova redação legal, vez que a mera recusa à submissão ao teste do bafômetro não presume o cometimento do delito, devendo, obrigatoriamente, a acusação valer-se de outros meios de prova legalmente admitidos para a demonstração da materialidade do delito (que já deve estar de pronto demonstrada, quando do ajuizamento da ação penal) e dos indícios de autoria.

O que se deve buscar, na realidade, é, não só a adequação da medida cautelar do art. 294 do CTB às circunstâncias específicas do crime, mas também é necessária a adequação do instituto ao módulo processual de urgência, formado sob o olhar do modelo constitucional de processo, efetivando-se, assim, os direitos e garantias fundamentais, em especial, o devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ABREU, F. do V. Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10, n. 674, 10 maio 2005](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6674>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução por Torrieri Guimarães. 2. ed. 5. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BOTELHO, J. B. **Princípios tutelares do processo penal**. 2003. Monografia (Curso de Especialização em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Ceará. Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior do Ministério Público. Ministério Público do Estado do Ceará. Fortaleza, 2003. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/proc.civil/principios.tutelares.do.processo.penal%5B2003%5D.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. **Resolução nº 737**, de 10 de dezembro de 1989. Disciplina as ações e os meios para a comprovação de embriaguez de condutor de veículo. Revogada pela Resolução nº 52/98. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/resolucoes.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Com as alterações trazidas pela Lei nº 12.403, de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. **Lei nº 9.503**, de 27 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. Ministério da Justiça. Exposição de Motivos nº 045/93, de 29 de janeiro de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. Texto que integra a Mensagem nº 205, de 1993, do Poder Executivo, a qual submete à deliberação do Senado Federal o texto do Projeto de Lei que institui o “Código de Trânsito Brasileiro”. **Diário do Congresso Nacional**: 06.07.1993, Seção I, p. 14471-14473.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.111.566/DF. Município de São Paulo e Joyce Cristina Melo Oliveira. Relator: Ministra Laurita Vaz. Relator para acórdão: Adilson Vieira Macabu, desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Quinta Turma, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**: 07.03.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1125710&sReg=200801702551&sData=20120307&formato=PDF>. Acesso em: 12 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.719/SP. Antônio Marcos Pimenta Neves (paciente), Antônio Carlos Mariz de Oliveira e outros (impetrantes) e Superior Tribunal de Justiça (coator). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 de junho de 2001. **Diário da Justiça**: 28.09.2001, p. 37. Ementário vol. 2045-01, p. 143. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78493>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2.041/MG. Ministério Público Federal e Lael Vieira Varella. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 30 de setembro de 2003. **Diário da Justiça**: 06.10.2003, p. 58. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000031047&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86.599/PE. Eduardo Gomes da Silva (impetrante), Tânia Carneiro de Moraes (paciente) e Presidente do Superior Tribunal de Justiça (coator). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de março de 2006. **Diário da Justiça**: 05.05.2006a, p. 18. Ementário vol. 2231-02, p. 312. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368217>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 1.409-3/SP. DPC Medlab Produtos Médico-hospitalares Ltda. e União Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 28 de novembro de 2006. **Diário da Justiça**: 19.12.2006b, p. 38. Ementário vol. 2261-1, p. 218. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395702>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

CABETTE, E. L. S. Terminologia dos pressupostos das medidas cautelares penais: uma visão crítica das posturas críticas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2677, 26 ago. 2011a. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19854>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

_____. Presunção de inocência: uma terminologia adequada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3001, 19 set. 2011b. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/20013>>. Acesso em 4 jan. 2013.

_____. Contraditório nas medidas cautelares processuais penais: um avanço e alguns tropeços. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011c. Disponível

em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10443&revista_caderno=3>. Acesso em: 18 jan. 2013.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais de direito administrativo**. Reimpressão da edição brasileira de 1977. 1. reimp. portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19 ed. int. rev. 1 v. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 6. ed., v. 4., São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, J. dos S. O controle jurisdicional da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 109-120, 2001.

_____. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

CASTRO JÚNIOR, R. A. **A razoável duração dos procedimentos e a celeridade processual frente às garantias fundamentais**. 2011. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CastroJuniorRA_1.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução por J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, A. G. Prisão preventiva: ordem pública e periculosidade do agente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13082>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

CORREIA, C. da R. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 60, p. 223-253, mai/jun 2006.

CRUZ, R. S. M. Embriaguez ao volante: recusa a produzir prova não exclui o crime. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1856, 31 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16861>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

CRUZES, M. S. S. O sincretismo do processo civil brasileiro: uma análise da viabilidade de um sistema processual único e multifuncional. **Cadernos de Ciências Sociais**, Vitória da Conquista, Bahia, n. 5/6, p. 13-31, 2009. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernodeciencias/article/viewFile/854/861>>. Acesso

em: 4 jan. 2013.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO. **Frota 1998**. Brasília, 1998. Disponível: <<http://www.denatran.gov.br/frota.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. **Frota 1999**. Brasília, 1999. Disponível: <<http://www.denatran.gov.br/frota.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. **Frota 2012**. Brasília, 2012. Disponível: <<http://www.denatran.gov.br/frota.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed., 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

FABRI, J. C. **A prova do periculum in mora e algumas peculiaridades em direito processual público**. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito) – Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal. Niterói, 2007. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/43166>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

FERRAJOLI, L. Terceira Parte – A TRÉPLICA. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FREITAS, S. H. Z. **Medidas cautelares judiciais e de polícia no processo constitucional penal**: abordagem no Estado Democrático de Direito. 2008. 308f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSH_1.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.) *et al.* **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, L. F. 6 decigramas de álcool já significam crime? Ou não?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23320>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 10. ed., v. 1., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. rev. ampl. e atual., 4. tir., com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Tutela de urgência no direito brasileiro**. [S.l]: [s.n], 2012. Mimeografado.

HONORATO, C. M. Crimes de trânsito: análise crítica da doutrina e da jurisprudência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 859, ano 96, p. 457-484, maio 2007.

_____. Dois crimes de embriaguez ao volante e as alterações introduzidas pela Lei 11.705/2008. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 880, ano 98, p. 341-374, fev. 2009.

_____. Trânsito seguro: direito fundamental de segunda dimensão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 911, ano 100, p. 107-169, set. 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, D. E. de. Notas ao art. 306 do Código de Trânsito: crime de embriaguez ao volante. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 26, 1 set. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1737>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

KARAM JÚNIOR, F. A. O. Lei nº 11.705/08: o crime (?) do novo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e a sua retroatividade. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 13](#), [n. 1846](#), [21 jul. 2008](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11516>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução por João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAIBER, G. de P. **O Código de Trânsito Brasileiro, o álcool e as mortes no trânsito: consequências prático-jurídicas, no contexto evolutivo do combate ao álcool no trânsito, do advento da causa de aumento de pena em virtude da influência alcoólica no crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor**. 2007. Monografia (Especialização em Gestão, Educação e Segurança no Trânsito) – Instituto A Vez do Mestre (IAVM). Programa de Pós-graduação *latu sensu* em Gestão, Educação e Segurança no Trânsito. Vitória, 2007. Disponível em: <<http://www.posgraduar.com.br/Monografias/P%F3s-Gradua%E7%E3o/Gest%E3o,%20Educa%E7%E3o%20e%20Seguran%E7a%20do%20Tr%E2nsito/O%20C%C3DIGO%20DE%20TR%C2NSITO%20BRASILEIRO,%20O%20C1LCOOL%20E%20AS%20MORTES%20NO%20TR%C2NSITO-%20Goberly%20de%20Pra%20Laiber.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

LIMA, F. M. O jus puniendi e o jus libertatis em face da transgressão da norma penal: entendimento doutrinário e jurisprudencial. **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará**, Fortaleza, v. 1, ano 11, n. 21, jan/jun. 2007.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 2010.007693-8/0000-00, originário da Comarca de Deodápolis. Adriano Schiroff e Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador Dorival Moreira dos Santos, Primeira Turma Criminal, Campo Grande, MS, 06 de abril de 2010. **Diário da Justiça**: 14.04.2010, n. 2174. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 2011.023001-6/0000-00, originário da Comarca de Nova Alvorada do Sul. André Rodrigues Santana e Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador Romero Osme Dias Lopes,

Segunda Turma Criminal, Campo Grande, MS, 29 de agosto de 2011. **Diário da Justiça:** 08.09.2011, n. 2499. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 2010.033471-3/0000-00, originário da Comarca de Sindrolândia. Márcio Mário Garcia de Souza e Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador Manoel Mendes Carli, Segunda Turma Criminal, Campo Grande, MS, 22 de novembro de 2010. **Diário da Justiça:** 29.11.2010, n. 2322. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOURA, A. B. P. de. **Lei seca: uma abordagem sobre sua constitucionalidade**. 2012. Monografia (Curso de Especialização em Direito Público) – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2012. Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/handle/123456789/589>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: introdução e parte geral**. 38 ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. v. 1., São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PONCE, J. de C.; LEYTON, V. Drogas ilícitas e trânsito: problema pouco discutido no Brasil. **Revista de Psiquiatria Clínica**, São Paulo, v. 35, supl. 1, p. 65-69, 2008. Disponível em: <<http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol35/s1/65.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

RANGNI, R. de A. Altas habilidades/superdotação no contexto das políticas nacionais de educação especial (1994 e 2008): pontos e contrapontos. **Revista Acadêmica de Educação do ISE Vera Cruz**, São Paulo, v. 1, n. 1, 2011, p. 35-46. Disponível em: <<http://iseveracruz.edu.br/revistas/index.php/revistaveras/article/view/4>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70023167265, originário da Comarca de Sananduva. Gilberto Luiz Copelli e Ministério Público Estadual. Relatora: Desembargadora Lais Rogéria Alves Barbosa, Segunda Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 24 de abril de 2008. **Diário da Justiça:** 14.05.2008. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70023167265&num_processo=70023167265&codEmenta=2320770&temIntTeor=true>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70044060960, originário da Comarca de Lagoa Vermelha. Rafael de Souza e Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador Newton Brasil de Leão, Primeira Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 28 de março de 2012. **Diário da Justiça**: 14.04.2012. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70044060960&num_processo=70044060960&codEmenta=4635212&temIntTeor=true>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia. Recurso em Sentido Estrito nº 0024519-17.2009.8.22.0008, originário da Comarca de Espigão do Oeste. Irineu Luiz Thomas e Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador Valter de Oliveira, Primeira Câmara Criminal, Porto Velho, RO, 26 de agosto de 2010. **Diário da Justiça**: [s.d.]. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/cj/faces/jsp/exibeDocumento.jsp>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Atividades e atos administrativos** [Apostila Direito Rio]. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/4/4b/Atividades_e_Atos_Administrativos.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2013.

SANGUINÉ, O. Acusação não é justificativa para prisão preventiva. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-25/odone-sanguine-acusacao-traffic-nao-justificativa-prisao-preventiva>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

SANNINI NETO, F.; CABETTE, E. L. S. Lei nº 12.760/2012: a nova Lei Seca. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23321>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso em Sentido Estrito nº 2011.083653-3, originário da Comarca de Criciúma. Aguinaldo Pereira Gonzalez e Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador Substituto Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara Criminal, Florianópolis, SC, 15 de maio de 2012. **Diário da Justiça**: [s.d.]. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAL9lxAAH&categoria=acordao>. Acesso em: 22 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 2010.008732-6. Edson Luis Macari (impetrante), Walter Francisco da Silva Filho (paciente) e MM. Juiz de Direito da Comarca de São José (coator). Relator: Desembargadora Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, Florianópolis, SC, 02 de março de 2010. **Diário da Justiça**: [s.d.]. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAEREZAAA&categoria=acordao>. Acesso em: 22 jan. 2013.

em: 22 jan. 2013.

SILVA, B. C. G. da. Uma vez mais: da garantia da ordem pública como fundamento de decretação da prisão preventiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6965>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007). São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, T. P. da. **Controle judicial do ato administrativo praticado com base em dispositivo legal contendo conceito jurídico indeterminado**. 2008. 257p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo. Programa de Pós-graduação de Direito Processual. Vitória, 2008. Disponível em: <<http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacaothaisprata.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

SOUZA, M.; MUÑOZ, D. R. A influência do álcool e outras drogas na condução de veículos automotores e a utilização do exame clínico como meio de prova nas infrações e crimes de trânsito. **Revista Saúde, Ética & Justiça**, 5/7:24-31, 2000-2002. Disponível em: <http://medicina.fm.usp.br/gdc/docs/iof_26_05_drogas.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2013.

UNITV. Debate sobre o novo Código de Processo Civil: o Judiciário gaúcho foi o escolhido da região sul do país para sediar a audiência pública que está discutindo o tema. **Programa Justiça Gaúcha**. Porto Alegre, 20 abr. 2010. Trecho de entrevista coletiva do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Presidente da Comissão de Juristas do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=7Xbu3n09Lts>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

VASQUES, L. D.; BELARMINO, A. R. M. Decretação ex officio das medidas cautelares penais à luz da Lei 12.403/2011. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11460>. Acesso em: 27 nov. 2012.

ZAUPA, F. M. A aplicação cautelar da proibição de obtenção ou suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor em crimes de trânsito: instituto para efetividade do Código de Trânsito Brasileiro. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 56, ago. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5039>. Acesso em: 4 jan. 2013.

ANEXO

ANEXO A – Resolução CONTRAN nº 432, de 23 de janeiro de 2013

RESOLUÇÃO Nº 432, DE 23 DE JANEIRO DE 2013.

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

O CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 12, inciso I, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e nos termos do disposto no Decreto nº 4.711, de 29 de maio de 2003, que trata da coordenação do Sistema Nacional de Trânsito.

CONSIDERANDO a nova redação dos arts. 165, 276, 277 e 302, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, dada pela Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012;

CONSIDERANDO o estudo da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego, ABRAMET, acerca dos procedimentos médicos para fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência pelos condutores; e

CONSIDERANDO o disposto nos processos nºs 80001.005410/2006-70, 80001.002634/2006-20 e 80000.000042/2013-11;

RESOLVE,

Art. 1º Definir os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Art. 2º A fiscalização do consumo, pelos condutores de veículos automotores, de bebidas alcoólicas e de outras substâncias psicoativas que determinem dependência deve ser procedimento operacional rotineiro dos órgãos de trânsito.

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

I – exame de sangue;

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

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

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

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

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

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

DO TESTE DE ETILÔMETRO

Art. 4º O etilômetro deve atender aos seguintes requisitos:

I – ter seu modelo aprovado pelo INMETRO;

II – ser aprovado na verificação metrológica inicial, eventual, em serviço e anual realizadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;

Parágrafo único. Do resultado do etilômetro (medição realizada) deverá ser descontada margem de tolerância, que será o erro máximo admissível, conforme legislação metrológica, de acordo com a “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I.

DOS SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

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

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

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

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

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

DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6º A infração prevista no art. 165 do CTB será caracterizada por:

I – exame de sangue que apresente qualquer concentração de álcool por litro de

sangue;

II – teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,05 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,05 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I;

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

Parágrafo único. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB ao condutor que recusar a se submeter a qualquer um dos procedimentos previstos no art. 3º, sem prejuízo da incidência do crime previsto no art. 306 do CTB caso o condutor apresente os sinais de alteração da capacidade psicomotora.

DO CRIME

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

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

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

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

IV – sinais de alteração da capacidade psicomotora obtido na forma do art. 5º. § 1º A ocorrência do crime de que trata o **caput** não elide a aplicação do disposto no art. 165 do CTB.

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

DO AUTO DE INFRAÇÃO

Art. 8º Além das exigências estabelecidas em regulamentação específica, o auto de infração lavrado em decorrência da infração prevista no art. 165 do CTB deverá conter:

I – no caso de encaminhamento do condutor para exame de sangue, exame clínico ou exame em laboratório especializado, a referência a esse procedimento;

II – no caso do art. 5º, os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o Anexo II ou a referência ao preenchimento do termo específico de que trata o § 2º do art. 5º;

III – no caso de teste de etilômetro, a marca, modelo e nº de série do aparelho, nº do teste, a medição realizada, o valor considerado e o limite regulamentado em mg/L;

IV – conforme o caso, a identificação da (s) testemunha (s), se houve fotos, vídeos

ou outro meio de prova complementar, se houve recusa do condutor, entre outras informações disponíveis.

§ 1º Os documentos gerados e o resultado dos exames de que trata o inciso I deverão ser anexados ao auto de infração.

§ 2º No caso do teste de etilômetro, para preenchimento do campo “Valor Considerado” do auto de infração, deve-se observar as margens de erro admissíveis, nos termos da “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I.

DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Art. 9º O veículo será retido até a apresentação de condutor habilitado, que também será submetido à fiscalização.

Parágrafo único. Caso não se apresente condutor habilitado ou o agente verifique que ele não está em condições de dirigir, o veículo será recolhido ao depósito do órgão ou entidade responsável pela fiscalização, mediante recibo.

Art. 10. O documento de habilitação será recolhido pelo agente, mediante recibo, e ficará sob custódia do órgão ou entidade de trânsito responsável pela autuação até que o condutor comprove que não está com a capacidade psicomotora alterada, nos termos desta Resolução.

§ 1º Caso o condutor não compareça ao órgão ou entidade de trânsito responsável pela autuação no prazo de 5 (cinco) dias da data do cometimento da infração, o documento será encaminhado ao órgão executivo de trânsito responsável pelo seu registro, onde o condutor deverá buscar seu documento.

§ 2º A informação de que trata o § 1º deverá constar no recibo de recolhimento do documento de habilitação.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 11. É obrigatória a realização do exame de alcoolemia para as vítimas fatais de acidentes de trânsito.

Art. 12. Ficam convalidados os atos praticados na vigência da Deliberação CONTRAN nº 133, de 21 de dezembro de 2012, com o reconhecimento da margem de tolerância de que trata o art. 1º da Deliberação CONTRAN referida no **caput** (0,10 mg/L) como limite regulamentar.

Art. 13. Ficam revogadas as Resoluções CONTRAN nº 109, de 21 de Novembro de 1999, e nº 206, de 20 de outubro de 2006, e a Deliberação CONTRAN nº 133, de 21 de dezembro de 2012.

Art. 14. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Morvam Cotrim Duarte
Presidente em Exercício

Jerry Adriane Dias Rodrigues

Ministério da Justiça

Guiovaldo Nunes Laport Filho
Ministério da Defesa

Rone Evaldo Barbosa
Ministério dos Transportes

Luiz Otávio Maciel Miranda
Ministério da Saúde

José Antônio Silvério
Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação

Paulo Cesar de Macedo
Ministério do Meio Ambiente

João Alencar Oliveira Júnior
Ministério das Cidades

ANEXO I

TABELA DE VALORES REFERENCIAIS PARA ETILÔMETRO

Firefox | Entrada (577) - lissialopes@gmail.co... | (resolução 432.2013c).pdf (objeto app... x) | www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolução 432.2013c).pdf | ntários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011

MR	VC*	MR	VC*	MR	VC	MR	VC
mg/L	mg/L	mg/L	mg/L	mg/L	mg/L	mg/L	mg/L
0,05	0,01	0,54	0,49	1,03	0,94	1,52	1,39
0,06	0,02	0,55	0,50	1,04	0,95	1,53	1,40
0,07	0,03	0,56	0,51	1,05	0,96	1,54	1,41
0,08	0,04	0,57	0,52	1,06	0,97	1,55	1,42
0,09	0,05	0,58	0,53	1,07	0,98	1,56	1,43
0,10	0,06	0,59	0,54	1,08	0,99	1,57	1,44
0,11	0,07	0,60	0,55	1,09	1,00	1,58	1,45
0,12	0,08	0,61	0,56	1,10	1,01	1,59	1,46
0,13	0,09	0,62	0,57	1,11	1,02	1,60	1,47
0,14	0,10	0,63	0,58	1,12	1,03	1,61	1,48
0,15	0,11	0,64	0,58	1,13	1,04	1,62	1,49
0,16	0,12	0,65	0,59	1,14	1,04	1,63	1,50
0,17	0,13	0,66	0,60	1,15	1,05	1,64	1,50
0,18	0,14	0,67	0,61	1,16	1,06	1,65	1,51
0,19	0,15	0,68	0,62	1,17	1,07	1,66	1,52
0,20	0,16	0,69	0,63	1,18	1,08	1,67	1,53
0,21	0,17	0,70	0,64	1,19	1,09	1,68	1,54
0,22	0,18	0,71	0,65	1,20	1,10	1,69	1,55
0,23	0,19	0,72	0,66	1,21	1,11	1,70	1,56
0,24	0,20	0,73	0,67	1,22	1,12	1,71	1,57
0,25	0,21	0,74	0,68	1,23	1,13	1,72	1,58
0,26	0,22	0,75	0,69	1,24	1,14	1,73	1,59
0,27	0,23	0,76	0,69	1,25	1,15	1,74	1,60
0,28	0,24	0,77	0,70	1,26	1,15	1,75	1,61
0,29	0,25	0,78	0,71	1,27	1,16	1,76	1,61
0,30	0,26	0,79	0,72	1,28	1,17	1,77	1,62
0,31	0,27	0,80	0,73	1,29	1,18	1,78	1,63
0,32	0,28	0,81	0,74	1,30	1,19	1,79	1,64
0,33	0,29	0,82	0,75	1,31	1,20	1,80	1,65
0,34	0,30	0,83	0,76	1,32	1,21	1,81	1,66
0,35	0,31	0,84	0,77	1,33	1,22	1,82	1,67
0,36	0,32	0,85	0,78	1,34	1,23	1,83	1,68
0,37	0,33	0,86	0,79	1,35	1,24	1,84	1,69
0,38	0,34	0,87	0,80	1,36	1,25	1,85	1,70
0,39	0,35	0,88	0,81	1,37	1,26	1,86	1,71
0,40	0,36	0,89	0,81	1,38	1,27	1,87	1,72
0,41	0,37	0,90	0,82	1,39	1,27	1,88	1,73
0,42	0,38	0,91	0,83	1,40	1,28	1,89	1,73
0,43	0,39	0,92	0,84	1,41	1,29	1,90	1,74
0,44	0,40	0,93	0,85	1,42	1,30	1,91	1,75
0,45	0,41	0,94	0,86	1,43	1,31	1,92	1,76
0,46	0,42	0,95	0,87	1,44	1,32	1,93	1,77
0,47	0,43	0,96	0,88	1,45	1,33	1,94	1,78
0,48	0,44	0,97	0,89	1,46	1,34	1,95	1,79
0,49	0,45	0,98	0,90	1,47	1,35	1,96	1,80
0,50	0,46	0,99	0,91	1,48	1,36	1,97	1,81
0,51	0,46	1,00	0,92	1,49	1,37	1,98	1,82
0,52	0,47	1,01	0,92	1,50	1,38	1,99	1,83
0,53	0,48	1,02	0,93	1,51	1,38	2,00	1,84

MR = Medição realizada pelo etilômetro VC = Valor considerado para autuação EM = Erro máximo admissível

* Para definição do VC, foi deduzido da MR o EM (VC = MR - EM). No resultado do VC foram consideradas apenas duas casas decimais, desprezando-se as demais, sem arredondamento, observados os itens 4.1.2 e 5.3.1 do Regulamento Técnico Metroológico (Portaria n.º 06/2002 do INMETRO), visto que o etilômetro apresenta MR com apenas duas casas decimais.

Erro máximo admissível (EM):

1. MR inferior a 0,40mg/L: 0,032 mg/L
 2. MR acima de 0,40mg/L até 2,00mg/L: 8%
 3. MR acima de 2,00mg/L: 30%

ANEXO II

SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Informações mínimas que deverão constar no termo mencionado no artigo 6º desta Resolução,

para constatação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito:

I. Identificação do órgão ou entidade de trânsito fiscalizador;

II. Dados do condutor:

a. Nome;

b. Número do Prontuário da CNH e/ou do documento de identificação;

c. Endereço, sempre que possível.

III. Dados do veículo:

a. Placa/UF;

b. Marca;

IV. Dados da abordagem:

a. Data;

b. Hora;

c. Local;

d. Número do auto de infração.

V. Relato do condutor:

a. Envolveu-se em acidente de trânsito;

b. Declara ter ingerido bebida alcoólica, sim ou não (Em caso positivo, quando);

c. Declara ter feito uso de substância psicoativa que determine dependência, sim ou não (Em caso positivo, quando);

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador:

a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:

i. Sonolência;

ii. Olhos vermelhos;

iii. Vômito;

iv. Soluços;

v. Desordem nas vestes;

vi. Odor de álcool no hálito.

b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta:

i. Agressividade;

ii. Arrogância;

iii. Exaltação;

iv. Ironia;

v. Falante;

vi. Dispersão.

c. Quanto à orientação, se o condutor:

i. sabe onde está;

ii. sabe a data e a hora.

d. Quanto à memória, se o condutor:

i. sabe seu endereço;

ii. lembra dos atos cometidos;

e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta:

i. Dificuldade no equilíbrio;

ii. Fala alterada;

VII. Afirmação expressa, pelo agente fiscalizador:

a. De acordo com as características acima descritas, constatei que o condutor acima qualificado, está () sob influência de álcool () sob influência de substância psicoativa.

b. O condutor () se recusou () não se recusou a realizar os testes, exames ou perícia que permitiriam certificar o seu estado quanto à alteração da capacidade psicomotora.

VIII. Quando houver testemunha (s), a identificação:

a. nome;

b. documento de identificação;

c. endereço;

d. assinatura.

IX. Dados do Policial ou do Agente da Autoridade de Trânsito:

a. Nome;

b. Matrícula;

c. Assinatura.