

A LEI SECA E O CRIME ABSTRATO DE PERIGOSIDADE REAL

DIAS, Gabriela Cristina¹
FEISTLER, Ricardo Pinto²

RESUMO

O presente trabalho tem por fim expor conceituações da lei seca, desde sua primeira redação e demonstrar que não houve da parte do legislador a observância da técnica jurídica, visto que, como será analisado, segue com lacunas. O ponto nodal do trabalho é exatamente o fato da lei não distinguir se a infração trata-se de um crime de perigo concreto, abstrato ou ainda de uma nova categoria de crime de perigo, isto é, crime abstrato de perigosidade real. Portanto é objetivo esclarecer acerca desta nova categoria de crime (perigosidade real), e cogitar se esta seria forma hábil de sanar a problemática deixada pelo legislador ao redigirem o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. A pesquisa será desenvolvida com a utilização da técnica bibliográfica e busca em documentos jurídicos, artigos, revistas eletrônicas e jornais. Em confronto com a redação dada pelos legisladores ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e a dificuldade de classificação da modalidade de perigo a que pertence o crime, é que se verificará se esta subsume com perfeição a alguma das modalidades de perigo existentes até o momento de sua redação (perigo abstrato versus concreto). Contudo considera-se que, a nova categoria de crime, chamada de “crime abstrato de perigosidade real” idealizado pelo doutrinador Luiz Flavio Gomes, é a solução mais viável a problemática deixada pelos legisladores.

PALAVRAS-CHAVE: Nova Lei Seca. Artigo 306 do CTB. Crime de perigosidade real.

LA LEY SECA Y EL DELITO ABSTRACTO DE PELIGRO REAL

RESUMEN

El presente trabajo tiene por fin exponer las conceptualizaciones acerca de la ley seca, ya que su primera escritura y demostrar que no era parte del legislador la observancia de la técnica jurídica, ya que, tal y como se analiza, sigue con las lagunas. El punto nodal de la labor es exactamente el hecho de que la ley no se distingue si la infracción es un delito de peligro abstracto o incluso de una nueva categoría de delito de peligro abstracto, delito de peligro real. Por lo tanto, es objetivo aclarar acerca de esta nueva categoría de delito (peligro real), y cogitar si esto sería capaz de solucionar los problemas de legislador para redactar el artículo 306 del Código de Tráfico Brasileño. La investigación se desarrolló con el uso de técnicas y búsqueda bibliográfica en documentos jurídicos, artículos, revistas y periódicos electrónicos. En el enfrentamiento con la redacción dada por el legislador en el artículo 306 del Código de Tráfico Brasileño y la dificultad de la clasificación del tipo de riesgo a la que pertenece el delito, es que va a pasar si este cumple a la perfección en cualquiera de las modalidades de riesgo existente hasta el momento de su escritura (peligro abstracto y concreto). Sin embargo, se considera que un nuevo tipo de delito, llamado "delito de peligro real abstracto" concebido por doutrinador Luiz Flavio Gomes, es la solución más viable a los problemas de los legisladores.

PALABRAS CLAVE: Nuevo de prohibición. El artículo 306 de la CTB. Delito de peligro real.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a nova redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), estabelecida pela Lei 12.760/2012, principalmente a discussão acerca de qual categoria de crime o mesmo pertence, se é concreto, abstrato ou ainda se encaixaria na nova categoria: crime de perigosidade real.

A classificação doutrinária do crime abrange a forma de perigo causada ao bem tutelado, de um lado encontra-se o crime de perigo abstrato que presume de forma absoluta a ocorrência do ilícito, não admitindo prova em contrário, incrimina-se a conduta do agente não importando qual o resultado alcançado.

Por outro lado, há o crime de perigo concreto que necessita de prova pelo órgão acusador de que a conduta praticada pelo agente gerou uma situação de perigo específica.

Como podemos analisar a redação dada ao artigo 306 do CTB não se encaixa nas categorias de crime elencadas acima, logo, a qual categoria de crime pertence? Seria necessária a inclusão de uma nova categoria de crime? A solução seria a nova categoria apresentada pelo doutrinador Luiz Flavio Gomes, (perigosidade real)?

As respostas para esses questionamentos podem ser encontradas exatamente no explanado pelo Luiz Flavio Gomes, onde da junção das duas categorias de crime (concreto e abstrato), formou-se uma terceira, a qual a chamou de crime abstrato de perigosidade real.

De referida categoria se extrai que, muito embora o perigo exigido no tipo penal seja presumido para caracterização do crime, no caso específico do disposto no artigo 306 do CTB, a presunção deve ser suficiente a demonstrar que o perigo é eminente, sério e efetivamente capaz de, se não reprimido, provocar o dano que se supõe.

A elaboração do presente artigo se deu por meio de técnica bibliográfica e busca em documentos jurídicos, artigos, revistas eletrônicas e jornais. Analisando inicialmente a tentativa frustrada dos legisladores quanto à redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, onde na última tentativa não conseguiram deixar claro quanto a qual categoria de crime o referido artigo se pertence.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Assis Gurgacz. gabrielacristinadias@gmail.com

² Docente orientador – Faculdade Assis Gurgacz Curso de Direito

A relevância social do problema a ser investigado é quanto a possibilidade de a autoridade policial utilizar-se de outros indícios e meios de provas, além da aferição através do etilômetro, para detectar se o sujeito não possui condições de dirigir veículo automotor por estar com a capacidade psicomotora alterada, podendo, com base nestas circunstâncias, imputar-lhe a prática criminosa.

A contribuição que a pesquisa pode trazer é no sentido de proporcionar respostas aos problemas, na apresentação de uma nova categoria de crime qual seja perigosidade real.

Por fim, a redação dada ao artigo supracitado não sanou totalmente a problemática, deixando ainda lacunoso sobre a qual categoria de perigo pertence o artigo analisado: concreto ou abstrato? Lacuna essa, que se pretende aprofundar com os estudos, demonstrando como a doutrina e a jurisprudência resolvem a questão.

2. DESENVOLVIMENTO

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro trata da infração penal de Embriaguez ao Volante, sendo que diversas questões polêmicas rondam referido tipo legal desde a sua promulgação. Percebe-se que, a intenção do legislador não foi outra senão dar uma resposta para a sociedade no sentido de reduzir o grande número de acidentes automobilísticos envolvendo condutores embriagados, ou sob o efeito de outras substâncias que causam efeitos análogos ao álcool, levando a óbito e a lesões graves inúmeros cidadãos diuturnamente em nosso país.

Neste contexto, antes de qualquer abordagem crítica, cabe a explanação acerca de alguns conceitos fundamentais para o pleno entendimento dos apontamentos doutrinários e conclusões jurisprudenciais que serão adiante expostas.

O Direito Penal caracterizado como um ramo do Direito Público em que o Estado exerce o poder de “*imperium*”³, é constituído por um conjunto de normas, que definem as infrações e cominam sanções, com a finalidade de proteção de bens jurídicos qualificados como fundamentais, em caráter subsidiário e fragmentário (ESTEFAM, 2013).

Fragmentário porque tutela apenas as condutas humanas mais graves e que ofendam bens jurídicos considerados mais importantes; e subsidiário, pois somente quando esgotados os demais ramos do ordenamento jurídico existente, que se revelam insuficientes ou inadequados para proteção daquele bem jurídico atingido, é que se deverá recorrer ao Direito Penal, caracterizando a “*ultima ratio*” (CAPEZ, 2013).

O crime pode ser definido do ponto de vista material como: uma lesão, ou perigo de lesão, a um bem jurídico tutelado ou protegido pelo ordenamento jurídico. Para esta definição devemos observar com atenção, no momento de verificar se a conduta deve ou não ser abarcada pela esfera penal, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos fundamentais e o princípio da ofensividade⁴. Em contrapartida, o conceito de crime encontrado na legislação penal, mais precisamente no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal é o seguinte: “Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; (...)” (ESTEFAM, 2013).

Nelson Hungria conceitua que:

o crime é, antes de tudo, um fato, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o resultado (effectus sceleris), isto é, a conseqüente lesão ou periclitamento de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado (Hungria, 1978, p. 148).

Dentro do nosso ordenamento jurídico, além do Código Penal, é possível encontrar a tipificação de condutas consideradas infrações penais em diversas outras leis extravagantes, como por exemplo, a Lei 9.605/98 que trata de crimes ambientais e, ainda, de suma importância para o presente debate, encontra-se o Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97.

O Código de Trânsito traz em seu bojo, além de diversas normas de repercussão administrativa, os chamados crimes de trânsito que, como o próprio nome diz, cuidam das condutas que envolvem o trânsito e a condução de veículo automotor. Referidas infrações estão dispostas entre os artigos 302 e 312 do Código de Trânsito Brasileiro (GOMES; CUNHA, 2010).

³ É o Estado exercendo de fato e de direito o seu poder de soberania.

⁴ Significa que apenas lesões efetivas ou perigo de lesões ao bem jurídico é que podem dar ensejo à responsabilização penal. Devem ser sempre significativos e não insignificantes. Lesão: é a destruição ou diminuição total ou parcial de um bem jurídico.

2.1. CRIMES DE DANO X PERIGO

De acordo com a doutrina majoritária, a prática/consumação da infração, é dividida quanto ao resultado jurídico ou normativo, da seguinte forma: se para configuração do fato típico se exige o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, estamos diante de um crime de dano ou lesão, enquanto se, por outro lado, se exige apenas a ameaça de dano ou lesão, estamos diante de um crime de perigo.

André Estefam ensina que:

Assim, se o tipo exigir a lesão ou o dano ao bem juridicamente tutelado para que ocorra a consumação do crime, estaremos diante de um crime de dano ou lesão. É assim com a maior parcela das infrações penais. O homicídio, por exemplo, só se consuma com a ocisão da vida, o bem jurídico que ele tutela; a lesão corporal, com a lesão à saúde ou integridade corporal, bem tutelado na norma; (...)

Há crimes, por outro lado, cuja consumação se dá quando o bem jurídico sofre um perigo (ou ameaça) de lesão. A simples exposição do bem a tal perigo já é suficiente para que a infração esteja consumada (ESTEFAM, 2013, p. 98).

Quanto ao dano, diz Damásio de Jesus. (2013, p. 229) que: “Crimes de dano são os que só se consumam com a efetiva lesão do em jurídico. Exs.: homicídio, lesões corporais etc”.

No entanto, já visualizamos que para a caracterização da infração penal, não é sempre exigida configuração de um dano específico, pois há situações em que a simples ameaça ou perigo de lesão já pode fazer incidir em um crime.

Assim, quanto ao perigo, ensina CAPEZ (2013, p. 287): “Crime de perigo: para a consumação, basta a possibilidade do dano, ou seja, a exposição do bem a perigo de dano (crime de periclitación da vida ou saúde de outrem – art. 132 do CP”.

De toda forma, tem-se que o crime de perigo não se configura com a simples possibilidade do dano, deve-se existir a probabilidade do dano em potencial; afirma Francesco Carrara (1956, p.98), “*El daño potencial es, pues, una cosa distinta del peligro*”.

Enquanto Nelson Hungria (1955, p. 361), afirma que “a modificação do mundo exterior (resultado) voluntariamente causada ou não impedida (ação ou omissão), contendo a potencialidade (idoneidade, capacidade) de produzir a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse (dano)”.

Finalmente, a fim de se encerrar a explanação acerca da divisão entre dano e perigo, cita-se novamente Manuel Pedro Pimentel:

A diferença que se faz, entre o resultado de dano e o de perigo, dá margem à distinção, hoje consagrada na doutrina, entre os crimes de dano e de perigo. No qual os primeiros se consumam com a lesão efetiva de um bem ou de um interesse juridicamente protegidos. Os segundos, com a simples ameaça (possibilidade para uns autores e probabilidade para outros) dessa lesão (PIMENTEL, 1975. p. 36).

Com relação aos crimes de perigo, existem duas formas de se afetar o bem jurídico tutelado, o perigo abstrato ou presumido e o perigo concreto.

Os crimes pertencentes à categoria de perigo abstrato são imputados aos agentes que expõe o bem jurídico a um perigo que é presumido de forma absoluta pelo legislador, não admitindo prova em contrário pelo réu. Exemplo: porte ilegal de arma. Segundo a doutrina o bem jurídico protegido nestes casos é a incolumidade pública, tendo em vista que a simples conduta do acusado, que se subsume ao disposto no tipo penal, é suficiente a caracterizar a infração, não sendo necessário o resultado ou ainda a ameaça de dano determinado ao bem protegido pela norma. (NUCCI, 2013).

De outro lado, há o crime de perigo concreto, que por sua vez, significa que para haver ou existir responsabilidade penal o órgão acusador deve alegar e fazer prova de que da conduta praticada pelo réu ocorreu uma específica situação de perigo. Assim, a conduta do infrator deve ser hábil a configurar um perigo determinado (por isso dito concreto), específico, de dano a bem jurídico de vítima também determinada ou determinável. (CAPEZ, 2013).

Enfim, suficientemente distintos os conceitos, passamos ao estudo específico de cada modalidade de perigo apresentada.

2.2. CRIME DE PERIGO ABSTRATO

No crime de perigo abstrato o dano não é exigido, bastando simplesmente à presunção de violação da norma, não necessitando de um resultado específico.

Sobre crime de perigo abstrato, ensina André Estefam:

Os crime de perigo abstrato ou presumido são aqueles em que a lei não exige que a conduta provoque um perigo real. O legislador, diante de uma conduta potencialmente danosa e de reconhecida perniciosidade social, presume-se perigosa. Nesse caso, basta a comprovação de que o agente praticou a conduta para que o crime encontre-se consumado. Não se exige prova do perigo real, pois este é presumido pelo legislador (ESTEFAM, *op. cit.* p. 98)

Assim, verifica-se que foi uma tentativa de tratamento a criminalidade, sem critérios, sendo que a conclusão foi de que o perigo abstrato é uma antecipação da tutela penal.

Por exemplo, quando analisamos o crime de embriaguez ao volante, verifica-se que o legislador não exige que o dano aconteça e ainda não é necessário provar que alguém esteve em perigo, é descrito apenas um comportamento, independente de resultado (CAPEZ, 2013).

No contexto da moderna concepção do delito, os crimes de perigo abstrato são considerados inconstitucionais. A doutrina, ainda minoritária, que adere a referida teoria, entende que os fatos típicos devem ser interpretados em conformidade com a constituição, devendo então, também gerar o perigo de dano concreto, sendo que haveria a violação aos princípios da presunção de inocência, considerando que a defesa do acusado se mostra reduzida, ante a ausência de resultado naturalístico do fato, e o da intervenção mínima, tendo em vista que a sanção administrativa já se mostraria suficiente. Como no exemplo do porte de arma desmuniada, não poderá ser considerada como geradora de perigo concreto, bastando assim uma sanção administrativa (GOMES, 2013).

2.3. CRIME DE PERIGO CONCRETO

No crime de perigo concreto é necessário à comprovação da lesão e que alguém foi exposto a perigo, sendo esse alguém certo e determinado (CAPEZ, 2013).

O princípio da ofensividade significa que apenas lesões efetivas ou perigo de lesões mais graves ao bem jurídico é que podem dar ensejo à responsabilização penal, devendo ser sempre significativos e não insignificantes. Exemplo: homicídio consumado (GOMES, 2013) **Grifo nosso.**

Sobre crime de perigo concreto, André Estefam diz:

Os delitos de perigo se subdividem em crimes de perigo concreto ou real e crimes de perigo abstrato ou presumido. No primeiro caso, a lei expressamente exige que a conduta do agente provoque um perigo real. Pode-se citar como exemplos (...) o art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), assim redigido: Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano (ESTEFAM, *op. cit.* p. 98).

Nesta esteira, em não sendo comprovado que a conduta praticada pelo agente foi geradora de um perigo concreto de dano e, em sendo exigido tal perigo pelo dispositivo, o fato mostrar-se-á carecedor de tipicidade, não podendo ser considerado um tipo penal (NUCCI, 2013).

Veremos na sequência que a discussão acerca dos crimes de perigo, bem como a alteração do tipo penal incriminador da conduta de conduzir veículo automotor sob influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, ensejou no desenvolvimento de uma nova categoria de delito, em relação ao perigo causado ao bem jurídico tutelado. Preliminarmente, vejamos a evolução do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que trata da conduta acima descrita.

2.4. ANÁLISE DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A atenção legislativa com a segurança no trânsito de veículos automotores não é tema atual em nosso ordenamento jurídico, a Lei de Contravenções Penais (LCP) (Decreto-Lei 3688/41) já previa infrações penais praticadas no trânsito, como por exemplo, os artigos 32 e 34 da LCP.

Com o surgimento da Lei 9.503/97, dirigir veículo automotor de maneira anormal, gerando perigo abstrato ou concreto ou ainda provocando o dano, desde que de forma culposa, de maneira irregular, embriagado ou sem possuir a Carteira Nacional de Habilitação (citando como exemplos os artigos 306 e 309 do CTB), passou a ser considerado crime, conforme se verifica da interpretação legal dada por Guilherme de Souza Nucci:

Crimes de trânsito: é a denominação dada aos delitos cometidos na direção de veículos automotores, desde que sejam de perigo – abstrato ou concreto – bem como de dano, desde que o elemento subjetivo constitua culpa. Não se admite a nomenclatura de crime de trânsito para o crime de dano, cometido com dolo. Portanto, aquele que utiliza seu veículo para, propositadamente, atropelar e matar seu inimigo comete homicídio – e não simples crime de trânsito (NUCCI, 2013, p. 695).

Ainda, da interpretação legislativa, tem-se que alguns crimes necessitavam, além do perigo presumido, prova da efetiva probabilidade do dano para sua configuração, como se verifica nas palavras de NUCCI:

Perigo abstrato e perigo concreto: constitui-se delito de perigo abstrato a figura típica penal cuja probabilidade de ocorrência do dano (perigo) é presumida pelo legislador, independentemente de prova no caso concreto. Exemplo: entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada (art. 310) é crime de perigo abstrato. Basta a prova da conduta e presume-se o perigo. Por outro lado, considera-se crime de perigo concreto a figura típica que, fazendo previsão da conduta, exige prova da efetiva probabilidade de dano a bem jurídico tutelado. Exemplo: dirigir veículo automotor sem estar devidamente habilitado, gerando perigo de dano (art. 309). É indispensável que a acusação, além de descrever na denúncia ou queixa a conduta (dirigir o veículo), faça menção à concreta possibilidade de dano (invadindo a contramão ou subindo na calçada e quase atingindo pedestres, por exemplo) (NUCCI, *Op. cit.* p. 696).

O crime previsto no art. 306 do CTB (conduzir veículo automotor embriagado), em sua redação primitiva nos levava a interpretação de que, para que se fizesse caracterizado o crime, além de estar sob a influência do álcool, o agente deveria conduzir o veículo de forma perigosa, por exemplo, na contramão, em ziguezague, subir na calçada etc., conforme se verifica da exposição doutrinária:

Para Luiz Flavio Gomes, em análise formulada antes da *entrada* (sic) em vigor da Lei 11.705/08, o crime é de perigo concreto, fazendo, todavia, a seguinte ressalva ‘Mas é preciso bem compreender esse perigo concreto exigido pelo novos tipos penais. Não é necessário que a conduta praticada coloque em perigo a vítima ou a integridade física de uma vítima determinada (tal como acontece, por exemplo, com o art. 132 do CP). Basta a comprovação de que um conjunto de bens ou de pessoas (ainda que não identificados), concretamente sofreram o risco da lesão. Por exemplo: dirigir embriagado é uma conduta, em geral (abstratamente) perigosa. Mas no processo penal, agora, para além de se provar que o sujeito dirigia o veículo embriagado, impõe-se demonstrar que concretamente sua conduta trouxe perigo para ‘outrem’ (pessoas indeterminadas, que nem sequer, em geral, serão ouvidas, mas que passavam pelo local, estavam no local ou moravam no local). A comprovação de que o sujeito dirigia em ziguezague, de que pessoa o sinal vermelho, de que não conseguiu manter-se na faixa de rolamento, de que desenvolvia velocidade excessiva etc., revela que concretamente a sua conduta contou com potencialidade lesiva (o desvalor da ação está presente) [...] (GOMES; CUNHA, 2010. p. 1097-98).

Corroborando o dito acima, na mesma linha era o entendimento do STJ, (2004) conforme se verifica: “O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva” (Resp 608.078/RS Recurso Especial 2003/0181007-0, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, 23/06/2004, DJ 16.08.2004 p. 278).

Buscando responder ao clamor popular, contra o alto índice de acidentes automobilísticos envolvendo condutores embriagados, os legisladores apresentaram uma solução, a Lei nº 11.705/08, chamada de “Lei Seca”, que dava a seguinte redação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro: “*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*”.

Entretanto, à época se dizia uma lei mais rígida, embora a pena continuasse a mesma, não era necessário que o resultado fosse o dano, bastando somente a sua presunção, conforme entendimento de GOMES; CUNHA:

(...) Ou seja, o legislador optou por, francamente por excluir qualquer menção à exposição a dano potencial causada pelo motorista embriagado, satisfazendo-se com o mero fato dele apresentar taxa de álcool superior à permitida.

(...)

Daí entendermos que, em face da alteração operada no tipo penal, o delito de embriaguez ao volante passa a ser catalogado, inequivocadamente, como de perigo abstrato, no qual se pressupõe a ocorrência do perigo, pelo simples fato do motorista encontrar-se embriagado (GOMES; CUNHA, 2010 op. Cit. p. 1098).

Criticada por parte da doutrina, por considerá-la uma antecipação da repressão, haja vista que com referida presunção absoluta prejudicada estaria a defesa do acusado, violando desta forma o princípio da presunção de inocência.

De certa forma, estaria também facilitada a pretensão acusatória, pois o único requisito a ser comprovado era o de que o agente havia alcançado o limite objetivo de alcoolemia.

Nessa esteira, segue o posicionamento de NUCCI, (2013): “Essa redação inviabilizou, completamente, a apuração e punição, pois exigia do próprio acusado que realizasse o exame pericial, para apontar aquele nível de álcool no sangue, produzindo prova contra si mesmo, o que é inconstitucional.”

Com base no exposto, estudos insistiam que o crime previsto do art. 306 do CTB deveria continuar sendo considerado de perigo concreto, sob pena de inconstitucionalidade, por violar o princípio da ofensividade, vetor do princípio da intervenção mínima na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008).

No entanto, referido tipo penal mostrou-se ineficiente, pois pela observância do princípio da não obrigatoriedade de realização de prova contra si mesmo, a recusa do motorista em realizar o teste de alcoolemia a prejudicava. Vejamos:

[...] Com efeito, na medida em que o legislador optou por estabelecer, previamente, uma medida caracterizadora da embriaguez (...), a recusa do agente em se submeter ao teste de alcoolemia torna impossível a configuração do delito. É que, por mais meticulosa e atenta que seja uma testemunha, ela jamais poderá afirmar que o motorista se encontrava – ou não – com o nível de concentração de álcool acima mencionado. (...) Caso ele se negue, pelas razões já apontadas, a realizar o teste, a prova restará prejudicada, incapaz de ser suprida por outra de natureza complementar (exame clínico, prova testemunhal), levando o motorista à absolvição ou, antes mesmo, ao arquivamento do inquérito policial contra ele instaurado (GOMES; CUNHA. 2010 *Op. cit.* p. 1102).

É a jurisprudência da época:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.

1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.
2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas.
3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.
4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.
5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.
6. Ordem concedida.” (STJ, HC 166377-SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 1006.2010, DJe 1º.07. 2010)

Desta forma, publicou-se em 2012 a chamada “Nova Lei Seca” (Lei nº 12.760/2012), que deu a seguinte redação ao artigo 306 do CTB: “*Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência*”.

Fica evidente, da leitura do dispositivo legal supra, que se ampliaram os meios de prova da conduta típica, tendo em vista que, além de estar sob influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, o agente deve estar com sua capacidade psicomotora comprometida pelo uso da substância psicoativa.

No entanto, pela ampliação do leque de provas, não se mostra mais obrigatória a prova produzida pelo “bafômetro”. Inclusive, pelo fato de que a legislação não prevê mais um índice limite de álcool no sangue para configurar a infração, demonstrando dessa forma, a chamada “tolerância zero”, como afirma NUCCI:

Uso do bafômetro ou colheita de sangue: não é exigível, pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Entretanto, o Estado não perde o poder de polícia por conta disso. Se um motorista for flagrado colocando em risco a segurança viária, sob suspeita de estar dirigindo influenciado pelo álcool, pode ser impedido de prosseguir. A atual redação do art. 306, particularmente no tocante ao descrito nos §§ 1º e 2º, permite demonstrar a prática do crime por variados meios. O motorista pode ser compelido a sair do veículo, fazer testes de equilíbrio emocional e motor, respondendo a perguntas, pois cabe ao poder de polícia do Estado verificar seu estado (NUCCI, 2013 *Op. cit.* p. 716).

Portanto, podemos concluir que as elementares do tipo são a “*capacidade psicomotora alterada ou forma anormal de condução, pela ingestão de álcool*” (Código de Trânsito Brasileiro).

Nessa linha, não basta o Órgão Acusador comprovar que o agente estava conduzindo veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada para ensejar à condenação, e de igual forma não será suficiente demonstrar que o condutor havia consumido álcool antes de dirigir, tendo em vista que um requisito depende do outro. Nesse sentido, Jomar Martins, (2014) traz que:

Condutor de veículo que não demonstra redução na capacidade psicomotora, mesmo que tenha ingerido álcool além do limite tolerável, não comete crime de trânsito. Dessa forma, se a alteração não for comprovada, deve ser absolvido com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

E a jurisprudência:

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput)

em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora, notadamente em razão do depoimento do policial responsável pela abordagem, que afirmou que o réu conduzia a motocicleta normalmente. Absolvição decretada. (TJRS, Ap. Crim. 70051305852, j. 09.05.2013, rel. Des. Nereu Jose Giacomolli.)

Aqui encontramos um ponto de divergência doutrinária, a ofensa ao bem jurídico causada pela infração penal disposta no artigo 306 do CTB, pertence a qual categoria de perigo?

Nesta esteira, podemos afirmar que estamos diante de uma nova categoria de perigo, qual seja crime abstrato de perigosidade real (GOMES, 2013).

2.5 NOVA CATEGORIA DE PERIGO AO BEM JURÍDICO: CRIME DE PERIGO ABSTRATO DE PERIGOSIDADE REAL.

Com a elaboração da Lei 12.760/2012, ressurgiu a polêmica acerca de à qual categoria de perigo pertence à infração penal de embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB).

Do debate, tivemos a retomada de discussões acerca das modalidades de riscos, em virtude da divergência de posicionamentos, parte da doutrina optou por desenvolver uma nova categoria, chamada de “perigo abstrato de perigosidade real”, conforme dispõe GOMES, (2013):

Estamos diante de um *tercius*, de um novo paradigma de ilícito, que exige uma adequada e constitucional interpretação, observando-se desde logo que fato não se presume: ou acontece ou não acontece. As duas novas exigências formais contidas no art. 306 (alteração da capacidade psicomotora do agente e influência do álcool ou outra substância) devem ficar devidamente comprovadas em juízo. Isso, no entanto, não significa perigo concreto determinado (com vítima certa).

Nesse sentido CUNHA, (2013) nos traz:

De acordo com essa nova espécie de infração penal, teríamos não apenas dois tipos de crime de perigo (abstrato e concreto), mas sim três! No crime de perigo abstrato (ou puro), o risco advindo da conduta é absolutamente presumido por lei, bastando a violação da norma. Já no crime de perigo concreto, o risco deve ser comprovado. A acusação tem o dever de demonstrar que da conduta houve perigo real para vítima certa e determinada. No crime de perigo abstrato de perigosidade real, o risco ao bem jurídico tutelado deve ser comprovado, dispensando vítima certa e determinada. É indispensável a superação de um determinado risco-base ao bem jurídico protegido. Vamos trabalhar essa discussão com o auxílio de um exemplo: sabemos que o crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) é de perigo. Mas de qual espécie? Se de perigo abstrato (ou puro), basta a condução de veículo sob efeito de álcool, pois o risco advindo da conduta é absolutamente presumido por lei (haverá crime ainda que ausente a condução anormal do veículo). Se de perigo concreto, deve ser comprovado que a conduta gerou risco (condução anormal do veículo), periclitando vítima certa e determinada. Se de perigo abstrato de perigosidade real, exige-se a prova de condução anormal (rebaixando o nível de segurança viário), mas dispensa a demonstração de perigo para vítima certa e determinada. Sem essa perigosidade real para a coletividade, que é concreta, caracteriza mera infração administrativa.

Assim, de acordo com a interpretação acima, passamos a contar com três modalidades de riscos possíveis de serem criados pelas infrações penais: o risco abstrato, o concreto e o abstrato de perigosidade real (CUNHA, 2013).

Para tal categoria ora em comento, não é necessária a criação de um perigo para uma pessoa ou um grupo determinado, no entanto, também não basta uma presunção de perigo devendo ser comprovado de forma geral, isto é, não existe um sujeito passivo determinado. Isso conforme jurisprudência abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO. (...)

A Lei nº 12.760/2012, alterou o disposto no artigo 306 do CTB. O tipo já não se realiza pelo simples fato de o condutor estar com uma determinada concentração de álcool no sangue e sim, por ele ter a capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool, seja ela qual for. A concentração que antes constituía elemento do tipo passou a ser apenas um meio de prova dessa alteração. O resultado do exame constitui presunção relativa, em um sentido ou noutro. Houve descontinuidade típica, mas não abolição criminis. Para os processos que ainda se encontrem em andamento, especialmente as condenações impostas antes da vigência da alteração pendentes de recurso, como no caso dos autos, deve-se verificar se há evidência da alteração da capacidade psicomotora, sem o que não pode ser mantida a condenação. Caso em que há evidência nesse sentido. Condenação mantida. Penas aplicadas com parcimônia. Sentença confirmada. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Crime Nº 70052903184,

Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tov, Julgado em 27/06/2013).

Ainda, pode-se traçar um paralelo entre o crime abstrato de perigosidade real e a moderna concepção de crime. A exigência da criação de um risco sério, realmente perigoso e, além disso, de uma conduta anormal do agente, vai ao encontro do que dispõe os princípios fundamentais. Deve ser garantida a necessidade de ofensa intolerável e suficiente a fazer ensejar o direito penal ao caso concreto, resguardando o direito ao contraditório e a ampla defesa, na medida em que se permite a produção de provas diversas. (GOMES; CUNHA, 2013)

Desta teoria que prevê a subsunção do tipo aqui tratado à modalidade de risco abstrato de perigosidade real, para que se possa imputar o fato típico descrito no artigo 306 do CTB, é necessária a comprovação da criação de um risco proibido, que pode ser demonstrado por uma diversidade de provas.

Nessa linha, é possível observar julgados em que há a absolvição de acusados da prática da infração penal disposta no art. 306 do CTB, sendo aplicada a Lei 12760/2012 retroativamente para beneficiar o réu, com o fundamento de que ao tempo do fato não foi verificada a capacidade psicomotora alterada, tendo sido observado apenas o teor de álcool no organismo, conforme jurisprudência que segue:

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora, notadamente em razão do depoimento do policial responsável pela abordagem, que afirmou que o réu conduzia a motocicleta normalmente. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA (Apelação Crime Nº 70056615958, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013).

O juiz Paulo Afonso Vieira Gomes (2014), ao rejeitar denúncia do Ministério Público contra um homem flagrado dirigindo alcoolizado, sendo que o teste de alcoolemia apontou 0,595 mg de álcool por litro de sangue, esclareceu que:

Pela clareza lunar do dispositivo em comento, claramente se extrai não bastar, para configuração do crime, esteja o condutor com concentração de álcool no sangue superior ao limite previsto legalmente, mas, sim, que também esteja com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de substância psicoativa.

Por fim, referido risco deve se mostrar capaz de gerar um perigo comum, de forma real e séria, apto a comprometer a segurança viária.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo a exposição das lacunas na redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e apresentação da nova categoria de crime de perigosidade real conceituada pelo doutrinador Luiz Flavio Gomes, como solução da problemática ora apresentada.

A nova categoria foi apresentada como possível solução. É certo que outros meios de prova, para a comprovação da embriaguez ao volante, foram trazidos pela modificação da lei, não sendo mais necessário o indivíduo ser submetido ao teste do bafômetro ou até mesmo a exame de sangue, pois, o que deve estar presente é a “capacidade psicomotora alterada ou forma anormal de condução, pela ingestão de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.”

Dessa forma, a modificação legal, somada a nova interpretação doutrinária à redação codificada, indica evolução na pretensão de aumentar a segurança viária.

Além disso, é possível vislumbrar a maior segurança jurídica da norma, tendo em vista que a simples realização do teste do etilômetro pelo agente, constatando o consumo de álcool, isoladamente não é capaz de imputar-lhe a prática do ato ilícito, com a certeza que exige o decreto condenatório. De outra banda, a sua não realização, não é capaz afastar a tipicidade da conduta, considerando a ampliação dos meios de prova para que se possa configurar a prática do delito.

Somando-se ao dito acima, verifica-se que a segurança viária é elevada pelo fato de que não se exige um percentual de álcool no organismo do agente para tornar o seu ato de conduzir veículo automotor com a capacidade

psicomotora alterada criminoso, pode-se comprovar o perigo de sua condução naquele estado de outras formas já aqui mencionadas.

Espera-se que, com a continuidade da aplicação da norma penal especial aqui estudada, seja afastada sensação social de impunidade trazida pelo pouco efeito prático na repressão da prática criminosa visto na vigência das legislações anteriores.

REFERÊNCIAS

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves, **Álcool no sangue não prova alteração psicomotora**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-15/thiago-albeche-teor-alcoolico-sangue-nao-prova-alteracao-psicomotora>>. Acesso 10 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 608.078 - RS (2003/0181007-0)**. Relator: FISCHER, Felix. Publicado no DJ de 16-08-2004, Documento: 1302511. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1302511&num_registro=200301810070&data=20040816&tipo=5&formato=PDF>. Acessado em 12-03-2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 166377 - SP (2010/0050942-8)**. Relator: FERNANDES, Og. Publicado no DJ de 01/07/2010, Documento: 1302511. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=166377&ref=ART+ADJ+%270306%27&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acessado em 11-03-2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70051305852**. Relator: GIACOMOLLI, Nereu Jose. Publicado no DJ de 24/06/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Apela%E7%E3o+Crime+N%BA+70051305852&tb=jurisnova&pesq=juris&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acrime&requiredfields=Relator%3ANereu%2520Jos%25C3%25A9%2520Giacomolli&as_q=&ini=20>. Acessado em 13-03-2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70052903184**. Relator: TOVO, João Batista Marques. Publicado no DJ de 21/08/2013, Disponível em <

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, **A falácia do denominado “crime de perigo abstrato de perigosidade real”**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/03/25/a-falacia-do-denominado-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>>. Acesso em 12 de setembro de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORRÊA, Fabrício da Mata, **O novo Art.306 do CTB, suas consequências e implicações**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2013/03/07/o-novo-art-306-do-ctb-suas-consequencias-e-implicacoes/>>. Acesso 25 de setembro de 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”?** Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/03/21/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>>. Acesso em 10 setembro 2013.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



GOMES, Luiz Flávio, **Embriaguez ao volante: não basta o perigo presumido**. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/embriaguez-ao-volante-nao-basta-o-perigo-presumido/10378>>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

GOMES, Luiz Fávio; CUNHA, Rogério Sanches, **Legislação criminal especial**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Fávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito** 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio, **Nova Lei Seca: comentários à Lei nº 12.760**, de 20-12-2012, 1º São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Paulo Afonso Vieira. **Com nova lei seca, juízes absolvem motoristas flagrados no bafômetro**. Disponível em <<http://aparecida1.com.br/portal/com-nova-lei-seca-juizes-absolvem-motoristas-flagrados-no-bafometro/>>. Acesso em 24 de abril de 2014.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v.1, Tomo II, 5. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1978.

JESUS, Damásio de, **Direito Penal: parte geral**, 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato, **Nova Lei Seca não pode ser aplicada retroativamente**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-antecedentes-edicao>>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

MARTINS, Jomar. **Só ingestão de álcool não configura crime de trânsito**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/ingestao-alcool-comprovacao-alteracao-psicomotora-nao-configura-crime>>. Acesso em 26 de setembro de 2013.

MOREIRA, Haroldo. **Abuso de autoridade na apreensão de veículo antes do devido processo legal administrativo....** Disponível em <<http://www.blogsoestado.com/heraldomoreira/tag/transito/page/4/>>. Acesso em 25 de setembro de 2013).

NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis penais e processuais penais comentadas**, 7ª ed., Revista dos tribunais, 2013.

PIMENTEL, Manuel Pedro, **Crimes de mera conduta**, 3ª ed., São Paulo, Revista dos tribunais, 1975.

VALENTE, Fabiano Augusto. **Artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro: Uma análise crítica**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7600 Acesso em 26 de setembro de 2013.