



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS SALES GAVAZA SILVA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DIREÇÃO
SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL**

Salvador
2015

LUCAS SALES GAVAZA SILVA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE DIREÇÃO SOB A
INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Baiana de Direito como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Thaís Bandeira

Salvador
2015

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

Aos 14 dias do mês de agosto de dois mil e quinze realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraay 989 – em Salvador/ Bahia, às 16h , a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelando (a) **Lucas Sales Gavaza Silva**, intitulada **A (in) constitucionalidade do crime de direção sob a influência de álcool**, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) **Thais Bandeira Oliveira** os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Roberto Almeida Borges Gomes** e Prof(a) **Rudá Santos Figueiredo** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Thais Bandeira Oliveira	9,0	
Roberto Almeida Borges Gomes	9,0	
Rudá Santos Figueiredo	9,0	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Thais Bandeira O. Pereira

Orientador(a)

Roberto Almeida Borges Gomes

Membro da Banca Examinadora
Roberto Almeida Borges Gomes

Rudá Santos Figueiredo

Membro da Banca Examinadora
Rudá Santos Figueiredo

Salvador, 14 de agosto de 2015

 **FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO**

“Ainda que tenha de andar por vales tenebrosos, não temerei mal algum, porque Vós estais comigo”. (David 23:4)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e dedico este trabalho à minha admirada família, pelo eterno amor, incentivo e apoio incondicional. À minha orientadora, Thaís Bandeira, exemplo de educadora e suporte nas pesquisas realizadas, e aos colegas e amigos que me acompanharam no decorrer destes cinco anos de graduação.

“É muito melhor arriscar coisas grandiosas, alcançar triunfos e glórias, mesmo expondo-se à derrota, do que formar fila com os pobres de espírito que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem nessa penumbra cinzenta que não conhece vitória nem derrota”.

Theodore Roosevelt

RESUMO

O presente trabalho trata dos desdobramentos do crime de *Direção Sob a Influência de Álcool*, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito, no ordenamento jurídico brasileiro. A importância da análise do dispositivo consiste no fato de este configurar uma clara ofensa aos princípios constitucionais do Direito Penal, diante da ausência de materialidade legal desta espécie delitiva, bem como da inexistência de um bem jurídico lesado quando da ocorrência do fato típico previsto na norma incriminadora. Desta forma, o objetivo do estudo consiste na realização de uma análise crítica do artigo 306 a partir do exame dos princípios penais. Ainda, cumpre avaliar a classificação legal e doutrinária do artigo, os elementos do tipo e as suas consequências, bem como a sua caracterização enquanto crime de perigo, como resultado da política legislativa brasileira. Parte-se, portanto, de uma análise principiológica da figura delitiva, compreendendo-a como resultado de uma tendência à criminalização excessiva de condutas, consequência de um Direito Penal cada vez menos utilizado como *ultima ratio*.

Palavras chave: Direção Sob a Influência de Álcool; Bem jurídico penal; Crimes de perigo; Direito Penal de Emergência; Princípios Penais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF	Constituição Federal da República
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
des.	desembargador
rel.	relator
STF	Supremo Tribunal Federal
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA TUTELA PENAL NA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS	13
2.1 O BEM JURÍDICO PENAL: CONCEITO	13
2.1.1 Bem jurídico e objeto material dos tipos penais	17
2.1.2 As funções do bem jurídico penal	20
2.2 CLASSIFICAÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO	23
2.2.1 O crime de Direção Sob a Influência de Álcool: contexto de surgimento	23
2.3 O TIPO PENAL	26
2.3.1 Distinção para com a infração administrativa prevista no artigo 165 do CTB	28
2.3.2 Bem jurídico tutelado	30
2.3.3 Sujeitos do delito	32
2.3.4 Os elementos do tipo	33
3 O ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA	37
3.1 A SUBSIDIARIEDADE PENAL	43
3.2 A FRAGMENTARIEDADE PENAL	45
3.3 O ARTIGO 306 E OS CRIMES DE PERIGO	46
3.3.1 Os crimes de perigo concreto	48
3.3.2 Os crimes de perigo abstrato	49
3.3.3 Embriaguez ao volante: classificação	51
4 ARTIGO 306 DO CTB À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIS	55
4.1 A OFENSA AO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE PENAL	55
4.1.1 A Direção Sob a Influência de Álcool e o princípio da intervenção mínima	58
4.2 O ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO X A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	60
4.2.1 O ônus de demonstração da periculosidade	62

4.3 A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	64
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Em 20 de Dezembro de 2012, foi alterado o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro atualmente vigente, mediante a Lei nº 12.760. A norma em questão, sob a alcunha de *Direção Sob a Influência de Álcool*, possui 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.

A introdução deste tipo incriminador, na legislação penal, trouxe como corolário uma margem às mais variadas interpretações jurídicas, em razão da amplitude e indeterminação dos crimes caracterizados como de perigo. Contudo, da análise do tipo em questão, ressaí patente que a sua excessiva abrangência evidencia a adoção de uma política criminal simbólica, em detrimento de uma concepção penal garantista, na qual a mera presunção de ameaça aos bens juridicamente tutelados, ainda que ante a inexistência de qualquer lesão efetiva, já encontra guarida da legislação repressora.

A importância da análise do artigo 306 reside, precipuamente, no fato de o dispositivo configurar-se numa evidente ofensa aos princípios estruturantes do Direito Penal. É inegável que o legislador, ao adotar uma técnica legislativa abstrata, espelhada no acolhimento dos crimes de perigo, comprometeu tanto a aplicabilidade do artigo e sua eficácia social, quanto as garantias constitucionais fundamentais dos cidadãos.

Nesta vertente, a importância da análise da norma incriminadora em questão provém, destarte, da necessidade de examinar a compatibilidade de uma política criminal tendente à criminalização excessiva de condutas com o ordenamento constitucional brasileiro, sob égide dos princípios norteadores do Direito Penal.

A fim de inspirar a discussão, o capítulo inicial repousar-se-á no elemento basilar para a compreensão do tema abordado. Neste sentido,

será feita uma análise acerca da tutela penal dos bens jurídicos, delineando o bem jurídico tutelado pelo artigo 306, bem como sua classificação legal e doutrinária e seu contexto de surgimento. Ao fim, proceder-se-á a um exame relativo ao tipo penal do crime de Direção Sob a Influência de Álcool, abarcando as elementares da figura delitiva.

O segundo capítulo irá abordar o crime de Direção sob a Influência de Álcool como reflexo da política legislativa contemporânea, fruto de um Direito Penal de Emergência. Assim, serão apresentadas as diferenciações doutrinárias entre as modalidades de crimes de perigo em confronto com princípios norteadores da legislação penal.

O último capítulo atravessará o núcleo do presente trabalho, apreciando o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Nesta toada, será procedida uma apreciação das características do tipo e sua compatibilização com o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, pretende-se analisar o dispositivo em comento a partir do seu contexto de surgimento, isto é, enquanto um espelho de um Direito Penal Simbólico, fruto da tendente e dissociação da legislação repressora das diretrizes penais garantistas.

Ante o exposto, faz-se mister salientar que o presente estudo não tem a altiva pretensão de esgotar a problemática suscitada, por demais controvertida. No entanto, procura-se fomentar o debate acerca do tema, perfazendo uma nova visão, à luz da principiologia penal, passível de guiar o entendimento doutrinário pátrio.

2 DA TUTELA PENAL ENQUANTO PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

2.1 O BEM JURÍDICO PENAL: CONCEITO

Os bens jurídicos constituem o interesse primordial, seja individual ou coletivo, de qualquer tutela juridicamente relevante, caracterizando-se como tudo aquilo passível de ser resguardado pelo Direito. Nesta senda, bem jurídico é aquele que, por ser relevante para o direito, entrou para o mundo jurídico. “É o bem que, por ter sido selecionado como essencial, tornou-se portador de tutela jurídica”¹.

Em geral, tudo que possui valor, preço, dignidade, a qualquer título. Na verdade bem é a palavra tradicional para indicar o que, na linguagem moderna, se chama valor. Um bem é um livro, um cavalo, um alimento, qualquer coisa que se possa vender ou comprar; um bem também é beleza, dignidade ou virtude humana, em como a ação virtuosa, um comportamento aprovável. (...) A palavra pode ainda, num significado mais específico, num recorte, se referir a moralidade, isto é, dos mores, da conduta, dos comportamentos humanos intersubjetivos, designando, assim, o valor específico de tais comportamentos²

Evidente, pois, que os bens jurídicos “encontram sua origem e fundamento nos valores culturais socialmente dominantes, e os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica”³. Outrossim, a função do direito penal é estabelecer limites protetivos aos valores éticos de um determinado conjunto social, de modo que somente em virtude destes valores que se justifica qualquer reprimenda penal, seja ela de matiz mandamental ou mesmo proibitiva.

Na esteira do pensamento de Luís Greco⁴, existem três elementos vitais a serem considerados quando da definição do conceito de

¹ MIRANDA, Pontes. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 36.

² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

³ Cf. LAMPE, E. J. *Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis*, p. 151 *et seq.* *Apud* PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.

⁴ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: n. 39, 2004.

bem jurídico. O primeiro deles faz menção ao interesse tutelado com a existência da norma incriminadora: o bem jurídico relacionado a esta norma deve ser dotado de tamanha importância que a sua inexistência causaria um prejuízo aos indivíduos. O segundo fator a ser considerado toca ao sujeito que gozará desta proteção: a coletividade, o indivíduo ou ambos. Finalmente, o bem jurídico deve ser compreendido como uma realidade fática, e não apenas como uma entidade meramente ideal.

No entanto, imperioso salientar que não se afigura cabível ao direito penal proteger todos os interesses tutelados pela norma jurídica, isto é, todos os bens erigidos à qualidade de juridicamente relevantes. Deve o direito penal, isto sim, resguardar os bens essenciais, os bens que se entendem, a partir de uma política legislativa, mais importantes para o convívio social, noção esta que se extrai do princípio da fragmentariedade, a ser analisado, no presente estudo, em momento posterior.

Neste sentido, a legislação repressora somente se faz presente em circunstâncias extraordinárias e face a relevância de determinado bem jurídico, seu caráter indispensável, imprescindível para a sociedade, que enseja a formulação de um conjunto de normas voltadas à manutenção da incolumidade social. De tal modo, o Direito Penal somente deverá se ver operado quando estritamente necessário, o que leva à noção de que nem todo bem jurídico exige a tutela penal, de modo que nem todos os elementos juridicamente protegidos serão alçados à categoria de bem jurídico penal.

Assim, é pacífico que a concepção de que uma conduta só é penalmente relevante para o Direito Penal quando lesa determinado bem jurídico. Luiz Régis Prado, perseguindo uma elaboração conceitual acerca do referido instituto, o considerou como “a realização de um juízo de valor realizado acerca de um objeto ou situação social relevantes, norteados por valores considerados fundamentais em um Estado Democrático de Direito”⁵.

A guarda penal dos bens jurídicos destina-se, portanto, a assegurar a paz, o equilíbrio social, salvaguardando os bens encimados à categoria de essenciais - ou sensivelmente relevantes - de potenciais ou efetivas lesões. Destarte, “a designação dos bens jurídicos essenciais parte de

⁵ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

uma análise dos interesses individuais e comuns de um determinado grupamento social, com vistas, sob uma ótica teleológica, à auto realização dos indivíduos enquanto agentes sociais”⁶ e ao estabelecimento de diretrizes de uma sociedade específica, identificando-se, em última análise, como um elemento de teor programático.

Os bens jurídicos são pressupostos inafastáveis para a existência em comum, de modo que “se identificam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece e o Estado Social deve também proteger penalmente”⁷.

Assim, o fundamento do direito penal, seu precípua escopo é a proteção de valores sociais identificados nos bens jurídicos. Logo, conceitua-se o bem jurídico do Direito Penal como “o bem valorado como essencial à convivência social de certa comunidade, em dado momento histórico, e por isso tutelado pela norma penal”⁸. Neste sentido, “os bens jurídicos mais relevantes são assim valorados a depender do contexto social em que se encontram”⁹, fato que evidencia que a proteção jurídico-penal atribuída a determinados bens será ditada pelos valores sociais reinantes à uma determinada época, refletindo, por conseguinte, na orientação e atuação estatal.

Com efeito, os bens jurídicos encontram-se na base da criação dos tipos penais. “Esta resulta da necessidade de proteção daqueles bens indispensáveis ao convívio ordenado dos homens”¹⁰, decorrendo das necessidades dos cidadãos, emergentes do trato social, da experiência concreta e efetiva de socialização.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito, a defesa dos bens socialmente mais relevantes, essenciais - a partir da consagração dos tipos penais - configura elemento fundamental para o exercício do poder

⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho Penal*, p. 48

⁷ ROXIN, C. *Problemas fundamentais de Direito Penal*, p. 27-28

⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

⁹ BORBA, Maurício. *A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato*. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc. Acessado em: 21 de Setembro de 2014.

¹⁰ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

punitivo pelo Estado. Consoante enuncia Zaffaroni, “o tipo penal exprime as fórmulas utilizadas pela lei para apontar os pragmas conflitantes cujas ações ameaça com pena”³². Deste modo, “o legislador, ao eleger os comportamentos penalmente relevantes, orienta a conduta do cidadão, de modo a evitar a interferência despótica do Estado na sua esfera de liberdade”¹¹.

Deveras, sendo a repreensão penal a atuação, por parte do Estado, mais intensa e vigorosa na esfera pessoal dos indivíduos, deve-se utilizar desta intervenção apenas frente a situações inevitáveis, isto é, desde que não haja instrumentos jurídicos diversos capazes de proteger os agentes sociais e, tão logo, os bens tutelados pela norma. Portanto, a tutela penal dos bens jurídicos limita a criminalização das condutas para aqueles bens mais importantes para o indivíduo e a sociedade, de modo a evitar que condutas menos importantes sejam criminalizadas. Em verdade, a intervenção estatal nos direitos individuais, garantidos em sede constitucional, só deve acontecer quando for estritamente necessário.

Ocorre que, com a crescente edição dos tipos penais de perigo abstrato – que vêm sendo adotados pelo legislador brasileiro contemporâneo, a exemplo do artigo 306 do CTB, foco do presente estudo – o legislador tem retirado a necessidade de ocorrência de uma efetiva lesão aos bens tutelados pela lei penal, entendendo bastar, para a caracterização do crime, a exposição do bem a uma situação de perigo legalmente presumida, ou seja, suposta pelo legislador.

O que se vê atualmente é a edição de tipos penais vazios, que não resguardam qualquer bem jurídico, tendo em vista que, com a presunção prévia e abstrata do perigo inerente à conduta dos indivíduos, a norma passa a criminalizar e cominar sanções para meras atividades humanas. Destarte, os tipos penais passam a não ter um bem jurídico como objeto de proteção, para além de ofender diretamente os princípios basilares do Direito Penal.

No crime de *Direção Sob a Influência de Álcool*, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o bem jurídico tutelado, de acordo com o entendimento da doutrina majoritária é a *incolumidade pública*. Assim, o objeto de proteção do tipo é qualquer criatura, pessoa ou coisa que, em

¹¹ VARGAS, José Cirilo. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

determinada situação, venha a ter sua higidez ameaçada pela condução de veículo automotor praticada por sujeito que se encontre sob o efeito de substâncias alcóolicas ou de efeitos similares. Nota-se, pois, a característica marcante da política legislativa adotada pelo legislador pátrio atualmente, qual seja, a antecipação de uma (eventual, conjectural) lesão ao bem jurídico tutelado, de forma que qualquer conduta considerada arriscada no trânsito está apta a representar uma ofensa à segurança viária.

2.1.1 Bem jurídico e objeto material dos tipos penais

Da análise do bem jurídico penal se faz imprescindível, inicialmente, distingui-lo do conceito de objeto material do crime, vez que constituem elementos distintos que, deste modo, não se confundem.

O objeto material do crime representa a pessoa ou objeto sobre o qual recai a conduta lesiva levada a efeito pelo agente, isto é, pelo sujeito ativo. Neste ponto, caracteriza-se como o sujeito passivo da ação ou omissão passível de repressão punitiva. Nas lições de Magalhães Noronha “são eles que suportam a ação do delinquente. Objeto material do delito é, pois, o homem ou a coisa sobre que incide a conduta do sujeito ativo. Mais adequado seria, talvez, chama-lo objeto de ação”¹²

Em contrapartida, conforme explicitado alhures, o bem jurídico penal se identifica como o interesse, o valor objeto de proteção da norma penal e alçado a esta categoria pela Lei Maior de determinado ordenamento. A nomeação de um bem da vida para a categoria de bem jurídico penal decorre de escolhas políticas, sendo reflexo de um contexto histórico, social e econômico específico. A título de exemplo, em um crime de furto o bem jurídico tutelado é o patrimônio de um sujeito, enquanto, por sua vez, o objeto material pode ser um automóvel, um livro, em suma, qualquer objeto de sua propriedade. Neste sentido são as lições de Enrico Ferri:

¹² NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.v.1.

Nos crimes contra as pessoas, contra os bons costumes e a ordem das famílias (menos nos previstos pelos arts. 338 e 339), nos crimes contra a liberdade individual, é objeto material a pessoa física do ofendido; nos crimes contra a propriedade (e também no peculato, na falsidade de número e documentos, etc.), é a coisa móvel ou imóvel; nos crimes contra a honra, é a palavra pronunciada ou escrita; e esta o é também – com ou sem outras coisas materiais – noutros crimes, como os praticados contra um direito ou bem jurídico público ou do Estado.¹³

Neste íterim, o objeto material do crime configura uma espécie de materialização fática dos bens jurídicos protegidos pela lei penal. “O Direito subjetivo ou bem jurídico, que é violado pelo crime, concretiza-se sempre num objeto material (pessoa viva ou morta, animal, coisa móvel ou imóvel, coisa não tangível)”¹⁴.

Deste modo, evidente que a Constituição se caracteriza como o elemento norteador e determinante tanto na definição dos bens jurídicos penais, quanto na determinação do objeto material dos delitos. Assim, o legislador deve inarredavelmente ter como ponto de partida os princípios e valores consagrados pela Constituição, servindo estes como norte em todos os níveis de sua atuação.

Todavia, com a tipificação do crime de *Direção Sob a Influência de Álcool*, bem como dos demais crimes de perigo abstrato encontrados no nosso ordenamento, o legislador vem ferindo de morte a Carta Constitucional. Isto porque, em um Estado Democrático de Direito, apenas é admissível a existência de infrações penais quando há real, concreta e efetiva lesão ou perigo de lesão a um certo bem jurídico.

Na medida em que o bem jurídico e o objeto material constituem o cerne do tipo penal, ditando o sentido constitucional da lei penal, não se pode considerar um fato como típico quando este não afeta um bem jurídico. Admitir uma presunção prévia e abstrata de lesão na conduta do motorista que conduz automóvel sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos viola frontalmente diversos princípios estruturantes do Direito Penal, dentre os quais, principalmente, os princípios da lesividade e da culpabilidade.

¹³ FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

¹⁴ FERRI, op. cit.

A presunção contida no artigo 306 do CTB busca manifestamente a simples subsunção de um fato ao tipo penal. Contudo, é de importância vital salientar que a antijuridicidade formal não é suficiente para a caracterização do ilícito penal. Para além disso, se faz igualmente necessária a ocorrência da antijuridicidade material, isto é, a existência de um objeto material a ser violado, ofendido, sujeito a dano pela conduta de dirigir embriagado.

Nesse sentido, a dita incolumidade pública se verifica impassível de constituir o objeto material do crime de direção sob efeito de álcool, tendo em vista que é um conceito abstrato, não palpável e, portanto, suscetível a interpretações irrestritas. Assim, de acordo com a Lei Magna e os princípios penais, não pode a norma criminal ter por base elementos intangíveis, posto que a tutela penal demanda a concreta violação a um bem jurídico de maior relevância, sob pena de, caso contrário, estabelecer uma regulação arbitrária, desarrazoada e que poderia ser melhor realizada através da utilização de meios extrajurídicos ou ramos diversos – e menos gravosos – da ciência jurídica.

Tendo em vista que a Carta Magna deve fixar os bens jurídicos essenciais e impor que sejam estes protegidos pelo Direito Penal, os bens constitucionais primordiais – e somente estes, fixados com base em critérios concretos, jamais abstratos e sujeitos a interpretações extensivas – serão objeto da mais extrema forma de proteção jurídica, o Direito Penal. Neste sentido, importante trazer ao estudo as palavras de Luiz Flávio Gomes¹⁵:

[...] de pouco serve a construção de um sistema liberal (e formal) de garantias (de limites ao *ius puniendi*) se depois o legislador conta com ampla margem para, sem nenhum constrangimento nem censura, ser autoritário (ou vago, ou impreciso) na seleção do bem jurídico.

A concepção constitucional do bem jurídico e, por conseguinte, do objeto material dos tipos penais impõe um óbice ao *ius puniendi* estatal, condicionando a atuação legislativa no que tange à seleção dos bens jurídicos dotados de dignidade penal. Assim, evidente que o tipo penal de *Direção Sob a Influência de Álcool*, expresso no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro,

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1.

constitui forte mácula à Constituição Federal do Brasil, posto que se encontra fundado em presunções legais e elementos meramente abstratos.

2.1.2 As funções do bem jurídico penal

A principal função do bem jurídico é a de regular a utilização do Direito Penal, como esclarecido anteriormente, visto que a normatividade penal encontra o seu fundamento integral na proteção dos bens jurídicos tidos como socialmente mais relevantes.

Destarte, ressaí patente a função de garantia do bem jurídico penal, na medida que uma de suas primordiais funções é vedar a censura de condutas que não afetem um bem jurídico. Assim, o legislador infraconstitucional encontra-se limitado a tipificar apenas as condutas mais graves que possam vir a lesionar ou colocar em perigo os bens jurídicos essenciais para a sociedade.

O bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal. O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado Democrático e Social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos¹⁶

A função garantidora, portanto, revela nítido teor político-criminal, tendo em vista que restringe o legislador no momento da produção normativa, informando a sua atividade de acordo com o quanto estabelecido na Lei Magna e excluindo certos fatos do âmbito de abrangência dos tipos penais.

Ademais, salutar discorrer acerca da função teleológica, exegética ou interpretativa dos bens jurídicos. Claro está que toda infração penal deverá, de forma irrefutável, lesionar ou mesmo ameaçar a higidez de um bem jurídico. Neste sentido, para fins de interpretação do regramento penal, deve-se, necessariamente, partir do pressuposto de que este resguarda um bem jurídico essencial. Destarte, o bem jurídico serve como um critério de compreensão do tipo penal, delimitando o seu sentido e determinando o alcance da sua finalidade.

¹⁶ PRADO, op. cit.

Nas palavras de Luiz Regis Prado, “Tem-se que o bem jurídico constitui o núcleo da norma e do tipo. Não é possível interpretar, nem, portanto, conhecer a lei penal sem lançar mão da ideia de bem jurídico”¹⁷. Nesta direção, o bem jurídico “é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos e, portanto, um importante instrumento de interpretação”¹⁸.

No que toca à função individualizadora, tem-se o bem jurídico como método de aferição das penas quando do momento da sua fixação em concreto, na medida em que se verifica a gravidade, o grau de ofensividade, a extensão da lesão ocasionada ao bem jurídico. É, portanto, fator determinante no instante da persecução penal, da dosimetria da pena do praticante de um dado delito.

Ainda, importante tratar da função sistemática ou classificatória, o que importa dizer que a nomeação de certos elementos à categoria de bens jurídicos penais também possui serventia para agrupar os crimes elencados na parte especial do Código Penal pátrio em diferentes categorias, sendo imprescindível para determinar “seções” aos tipos penais.

Outrossim, a seleção do bem jurídico apresenta utilidade “como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente”¹⁹. Em sendo o bem jurídico elemento basilar para definição do tipo penal, compondo o seu núcleo, permite, assim, a organização estrutural dos tipos penais em diferentes categorias, atentando ao objeto de proteção de cada norma.

Finalmente, no que tange à sua função crítica, o bem jurídico possui ampla utilidade para analisar a política legislativa de determinado ordenamento, na medida que, a partir da identificação de um bem jurídico salvaguardado pelo tipo penal, se pode facilmente questionar os motivos que levaram o legislador a selecionar um bem em detrimento de outro, viabilizando, desta maneira, um olhar crítico sobre a totalidade de um sistema penal. Deste

¹⁷ PRADO, *Ibidem*.

¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed. rev. e ampl. Granada: Comares, 2001, p. 256.

¹⁹ PRADO, *op. cit.*

modo, a partir da análise dos aspectos erigidos à categoria de bens jurídicos penais, em uma ordem constitucional, pode-se notar, por exemplo, se os tipos penais visam a preservar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos ou, do contrário, pautam-se em vontades legislativas aleatórias, interesses de terceiros ou mesmo comoção social.

Não obstante, o entendimento da doutrina contemporânea, atenta à evolução social e do próprio Direito, vem assinalando as inúmeras funções ostentadas pelo bem jurídico. Jescheck enumera as funções exercidas pelos bens jurídicos da seguinte forma:

I) o bem jurídico é o conceito central dos tipos de acordo com o qual são determinados todos os seus elementos objetivos e subjetivos e, com ele, simultaneamente, vem a ser um importante meio de ajuda para interpretação; II) como peça básica da estrutura do tipo seria um ponto de vista decisivo para classificação em distintos grupos de tipos penais (ex. crimes contra a vida, crimes contra a honra, etc.); III) o bem jurídico teria relevância ainda para o conceito de continuidade delitiva e para a determinação do ofendido, para efeitos no campo do processo penal.²⁰

Para mais, nos dizeres de Luiz Flávio Gomes²¹, o bem jurídico exerce “função fundamentadora do injusto, pois este (tipicidade valorada pela antijuridicidade) gira em torno do bem jurídico, e função sistemática, pois orienta a classificação dos tipos penais”. Além disto, prossegue enumerando a “função interpretativa e a função de garantia, uma vez que o poder punitivo só pode castigar a conduta que lesiona ou expõe a perigo um bem jurídico relevante”.

Nilo Batista ainda assevera que o bem jurídico desempenha as funções “axiológica, sistemática, exegética, crítica e dogmática, pois o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime”²².

De todo o exposto, é possível concluir que a função premente dos bens jurídicos é a garantidora, posto que a razão de ser do Direito Penal não é outra senão tutelar bens jurídicos que foram alvo de uma conduta danosa. Desta função eminentemente garantidora decorrem as demais funções, que têm por escopo guiar a classificação, interpretação e aplicação da

²⁰ JESCHECK, op. cit., p. 275/277.

²¹ GOMES, op. cit., p. 138/140.

²² BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

norma penal em acordo com os ditames constitucionalmente estipulados, evitando, assim, abusos de qualquer natureza, seja no momento de tipificação das normais penais, na fase de persecução penal, ou mesmo no cumprimento do poder punitivo estatal.

Em vista disso, não pode um Direito Penal garantista, proeminente que é no contexto do Estado Democrático de Direito, consentir com a formulação de tipos penais – tais quais o artigo 306 do CTB – fundados em abstrações, em suposições feitas pelo legislador infraconstitucional. Comportar tal política legislativa abre espaço para uma legislação penal expansiva, autoritária, casuística e descabida, fato que acaba por violar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e negligenciar os dispositivos extrapenais, tais como o direito civil, o direito administrativo e a ética.

2.2 CLASSIFICAÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO

2.2.1 O crime de Direção Sob a Influência de Álcool: contexto de surgimento

A vertiginosa e recorrente frequência dos acidentes de trânsito tornou o Brasil um dos países líderes em números de mortes no trânsito, de modo que são verificados diariamente inúmeros casos de mortos, feridos e danos de natureza material nas rodovias brasileiras. Esses elevados números fizeram dos acidentes de trânsito um problema social de primeira ordem, culminando na aplicação da norma penal para situações que, anteriormente, constituíam meras infrações administrativas.

Diante deste cenário de desordem verificado no trânsito brasileiro, os acidentes provocados pela condução de veículos por motoristas sob o efeito de álcool ganharam especial relevo. Isto porque, no ano de 2012, de acordo com pesquisas amplamente divulgadas, 31% das mortes no trânsito tiveram como causa a embriaguez ao volante²³, fato bastante repercutido pela mídia e pelos meios de comunicação nacionais.

²³ Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/alcool-e-velocidade-causam-65-das-mortes-no-transito-caqaqo704vrda8j9eukewtnbi>>. Acesso em 11/02/2015

Todavia, é importante notar que, conforme dados estatísticos fornecidos pela Polícia Rodoviária Federal a respeito da totalidade dos acidentes de trânsito ocorridos no Brasil durante o referido período – fatais ou não –, somente em 4% destes os condutores apresentavam sinais indicativos de alcoolemia²⁴. Além disso, em poucos deles restou comprovada a causalidade entre o consumo de bebida alcóolica e o acidente. Ou seja, os acidentes provocados por motoristas embriagados geram um considerável número de mortes – assim como os provocados pelo excesso de velocidade, por exemplo – contudo, do total de acidentes ocorridos no Brasil, estes representam um número bastante modesto.

Porém, as constantes exposições televisivas dos acidentes, fatais ou não, provocados por motoristas embriagados, bem como das consequências destes, acabou por fomentar na população um clamor pelo recrudescimento da lei penal, a fim de punir os condutores que dessem causa aos acidentes de trânsito em razão dos efeitos de bebidas alcóolicas, ainda que estes casos representem um número estatisticamente inexpressivo no universo de acidentes de trânsito no Brasil.

Assim o legislador, sem parâmetros devidamente sólidos, verossímeis, valeu-se da lei penal na tentativa de mitigar as numerosas fatalidades ocorridas no caótico trânsito do país, elegendo a embriaguez ao volante, em virtude da repercussão midiática, como situação principal a ser combatida. Em vista disso, o indivíduo que conduzir veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, na forma do artigo 306 do CTB, enquadra-se no tipo penal de *Direção sob a Influência de Álcool*.

Do exposto, ressaí evidente que o caótico cenário do trânsito brasileiro é visto há anos na nossa sociedade, sem, entretanto, encontrar qualquer providência do Poder Público no sentido de amenizar este quadro. Somente diante do clamor social, estimulado pela influência dos meios de comunicação, que o legislador buscou adotar alguma medida. Porém, a medida tomada pelo legislador se revelou equivocada, posto que atribuiu um tratamento excessivamente emergencial e arbitrário, a partir da utilização da

²⁴ Disponível em <<http://www.dnit.gov.br/rodovias/operacoes-rodoviaras/estatisticas-de-acidentes/pesquisa-medico-hospitalar-relatorio-especifico-2012.pdf>> Acesso em 12/02/2015

norma penal, a uma situação passível de ser regulada por ramos diversos do Direito, como o Direito Administrativo.

Nesta toada, clara é a finalidade unicamente simbólica do artigo 306 do Código de Trânsito, sendo o tipo uma reação legislativa imediata para uma situação de forte comoção coletiva. Trata-se, então, da aplicação do famigerado Direito Penal de Emergência, que se encontra fundado em normas penais meramente simbólicas. Ante a ocorrência de determinado acontecimento social, “o Estado elabora leis penais severas, - em geral, aprovadas às pressas -, para tranquilizar o cidadão e a opinião pública, afastando a sensação de insegurança”²⁵.

Neste contexto, a intromissão da política no meio das ciências jurídicas vem se verificando cada vez mais concreta no âmbito do Direito Penal brasileiro, de modo que “percebe-se claramente que as escolhas de política criminal são imediatamente influenciadas pelo contexto sócio-político geral”²⁶. Assim, as normas simbólicas editadas no nosso ordenamento decorrem de uma resposta rápida reivindicada pela sociedade, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos e da famigerada “Lei Seca”.

Tais atos legislativos de teor meramente simbólico se baseiam na falsa percepção de que a edição de leis trará solução às situações vividas no meio social, causando a impressão de que providências foram tomadas no sentido de restabelecer a ordem social sem, contudo, atentar à efetividade destas normas e ao fato de que o Direito Penal vem se transformando em um instrumento de combate aos mais diversos, e por vezes simples, problemas constatados na sociedade brasileira.

Ocorre que, no que tange à escolha dos bens jurídicos penais e à consequente elaboração dos tipos, conforme exposto, estes devem se voltar a salvaguardar os valores mais relevantes da sociedade. Outrossim, uma política criminal adequada deve expor de modo claro as razões pelas quais se restringem as liberdades dos seus agentes, e não se fundar em situações emergenciais e atos legislativos desesperados.

²⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.10.

²⁶ MOCCIA, Sérgio. A involução Pós-Moderna do Sistema Penal. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**. São Paulo: ano 21, n. 100, jan-fev 2013.

Neste sentido é o posicionamento de Roberto Delmanto, segundo o qual

Meior seria que o legislador houvesse optado por punir apenas administrativamente, embora com severidade, o motorista que, embriagado de acordo com o relato de testemunhas e parecer médico ou por resultado de teste de bafômetro ou exame de sangue voluntários, expusesse a incolumidade de outrem a perigo real, concreto e efetivo. (...) E só viesse a penaliza-lo criminalmente se descumprisse as sanções administrativas impostas ou causasse lesão corporal ou homicídio culposos, nestes casos com aumento de pena pela embriaguez²⁷

A intervenção da norma penal, portanto, deve ocorrer em caráter de razão última, e não em função de consternações populares que rogam pela pacificação social mediante a edição de normas jurídicas rígidas, revestidas de caráter unicamente alegórico e violador dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Deste modo, a lei 12.760/12, que alterou o artigo 306 do CTB, foi salutar no sentido de conscientizar a todos dos riscos inerentes ao álcool e a condução de automóvel, “mas, infelizmente, trilhou por caminho legalmente equivocado, que precisará ser refeito dentro dos princípios constitucionais, para o bem comum”²⁸.

2.3 O TIPO PENAL

Em um Estado Democrático de Direito, o tipo penal constitui elemento fundamental para limitar o exercício do *ius puniendi* estatal. “O tipo penal exprime as fórmulas utilizadas pela lei para apontar os pragmas conflitantes cujas ações ameaça com pena”²⁹. À vista disso, “o legislador, ao eleger os comportamentos penalmente relevantes, orienta a conduta do cidadão, de modo a evitar a interferência despótica do Estado na sua esfera de liberdade”³⁰.

²⁷ DELMANTO, Roberto. **As Inconstitucionalidades da Lei Seca**. Boletim IBCCRIM, Ano 16, nº 189, Agosto 2008. pág. 18.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002. (Tradução Livre)

³⁰ VARGAS, José Cirilo. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

O Código Penal pátrio estabelece, em seu artigo 1º que “não há crime sem lei anterior que o defina”, deixando saliente o acolhimento do princípio da legalidade penal como estruturante de toda a legislação repressora. Por conseguinte, e por força do princípio da ofensividade, os tipos penais devem somente abarcar condutas reprováveis que ofendam consideravelmente os bens jurídicos mais relevantes em uma dada sociedade.

Os casos de acidentes advindos da direção sob o efeito de álcool são relativamente recentes no Brasil. São fruto, dentre outras questões, do progressivo cenário de caos e desordem instaurado no trânsito brasileiro, que oportunizou a criação de leis emergenciais e excessivamente rigorosas – a exemplo do artigo 306 do CTB, reeditado pela Lei 12.760/12 – consequência imediata de uma política legislativa simbólica, na qual o legislador busca unicamente oferecer uma resposta imediata ao clamor de “justiça” que emerge da sociedade, a chamada “legislação-álibi”.

Deste modo, os acidentes gerados por condutores embriagados foram alçados à categoria de um dos prementes problemas sociais do núcleo social brasileiro, de modo que o legislador, sem critérios devidamente consistentes, valeu-se da Norma Repressora para “solucionar” as fatalidades ocorridas no trânsito do país. Em vista disso, o condutor que for surpreendido dirigindo embriagado, nos termos do artigo 306 do CTB, já consumou o crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, haja vista tratar-se de presunção legal de perigo.

Vê-se, pois, que a política legislativa brasileira, por meio das suas normas emergenciais e aparelhos repressivos desarrazoados, é negligente e descuidada quando se trata de garantir a pacificação social. Irrefutável, pois, que a penalização da embriaguez ao volante não constitui elemento apto a solucionar os acidentes de trânsito. Na esteira do pensamento de Edson Miguel da Silva Júnior:

A redução dos acidentes de trânsito não se consegue com legislação criminal. Homicídio e lesão corporal culposos na direção de veículo automotor há muito são crimes e não alcançaram o esperado êxito na prevenção ou mesmo na punição dessas condutas. Indicando, portanto, que os novos tipos desempenham mais uma função simbólica do que de proteção da incolumidade pública ameaçada pelo trânsito cada vez mais desordenado e congestionado das nossas cidades; pela falta de tempo normal do nosso estilo de vida;

pelo culto à velocidade expresso em máquinas cada vez mais velozes; pela falta de educação de trânsito etc.³¹

A técnica legislativa de tipificação de infrações de perigo abstrato, das quais se tem o crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, identifica-se como uma das mais latentes manifestações da utilização do Direito Penal como instrumento primeiro de regulação social. Neste quadro, a lei penal passa a intervir nos mais diversos campos da sociedade, que poderiam ser regulados por ramos distintos e menos gravosos da ciência jurídica, além de ferir o seu caráter de *ultima ratio*, tutelando bens não usuais e limitando garantias fundamentais através do uso impróprio da intervenção penal.

2.3.1 Distinção para com a infração administrativa prevista no artigo 165 do CTB

O artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, normatizando a infração administrativa de embriaguez ao volante, prevê:

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

Infração - gravíssima;

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

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Em contrapartida, o artigo 306 do mesmo diploma normativo, tipificando o crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, determinou o seguinte:

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

³¹ SILVA JÚNIOR. Edson Miguel da. **Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro**. São Paulo : Boletim IBCCrim nº. 76/6. março/1999. pág. 6

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.

(...)

Decerto, a leitura de ambos os dispositivos permite concluir pela exigência legal de estar sob a influência de álcool ou substâncias análogas. Assim, a ingestão de bebida alcóolica, ou substância de efeitos semelhantes, seguida da condução de veículo automotor constitui ponto de partida para a verificação das infrações em apreço.

Ocorre que, no que tange à infração administrativa prevista no artigo 165, importa trazer à baila, para a sua exegese, a redação do artigo 265 do referido Código, segundo o qual “qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código”. Assim, resta claro que a infração administrativa de condução de veículo automotor sob o efeito de álcool ocorre com qualquer concentração de álcool no sangue do agente, sendo o condutor punido na esfera administrativa através do Poder de Polícia estatal.

A seu turno, a infração penal trazida no artigo 306 requer, no mínimo, seis decigramas de álcool por litro de sangue do agente, zero vírgula três miligramas de álcool por litro de ar alveolar, ou mesmo sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do indivíduo. Existe, neste sentido, uma margem estabelecida pela lei para os níveis de álcool eventualmente constatados no condutor, de modo que, caso a concentração alcóolica se encontre em valor inferior aos índices determinados, há a atipicidade do fato, o que não elide a ocorrência da infração administrativa.

É de importância vital salientar que a negativa do condutor do veículo em se submeter aos testes e exames destinados à comprovação do seu possível estado de embriaguez não o faz incidir na figura típica penal. Conforme já exposto, o campo de atuação do Direito Penal tem por objeto a autonomia e liberdade dos indivíduos, direitos de primeira geração garantidos

pela Constituição Federal. Neste íterim, o princípio da presunção de inocência jamais pode ser afastado, sendo defeso ao Estado, no exercício da persecução criminal, impor ao acusado a produção de provas que possam vir a incriminá-lo. Assim, a negativa do condutor em realizar o exame toxicológico para apuração dos níveis de álcool em sua corrente sanguínea ou ar expirado não desabona a sua conduta, sendo impossível presumir o cometimento do ilícito penal pelo agente.

Todavia, na medida em que a atuação administrativa se encontra fundada no Poder de Polícia do Estado – que determina a regulação e fiscalização de atividades atinentes ao interesse da coletividade –, a realização do exame toxicológico caracteriza ato administrativo de fiscalização, de modo que a negativa em se submeter aos exames toxicológicos enseja a configuração do ilícito administrativo, estando o agente sujeito às penalidades cominadas no artigo 165 do Código de Trânsito, na medida em que se presume a sua ingestão alcóolica pela simples recusa em se submeter ao exame.

Diante do exposto, resai evidente que o ilícito penal enunciado no artigo 306 do Código de Trânsito constitui infração diversa daquela prevista no artigo 165 do mesmo diploma, haja vista possuírem elementos caracterizadores distintos. Outrossim, o traço distintivo essencial para a caracterização de cada uma das infrações se encontra no nível de graduação alcóolica presente no sangue do agente, sendo este o critério passível de motivar ou não uma reprimenda penal sobre o agente, de acordo com a política criminal adotada pelo legislador pátrio.

2.3.2 Bem jurídico tutelado

No momento em que seleciona as condutas sujeitas à intervenção punitiva do Estado, o legislador atinge diretamente o âmbito de liberdade dos indivíduos. Desta forma, para limitar o poder punitivo estatal é imprescindível o estabelecimento de limites que legitimem esta interferência, a fim de resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos. Logo, é neste cenário que a definição do conceito de bem jurídico ganha destaque no Direito Penal, tendo em vista que impõe a atuação punitiva apenas como razão extrema, isto é, em *ultima ratio*.

Portanto, três elementos se revelam cruciais quando da definição da concepção de bem jurídico, quais sejam, a relevância do bem jurídico tutelado pela norma penal, de modo “que a sua inexistência causaria um prejuízo àquele indivíduo”³², o risco social das potenciais lesões geradas a este bem, e o sujeito que desfrutará da proteção legal. Assim, o objetivo principal da definição dos bens jurídicos em uma dada sociedade é tutelar os valores tidos como vitais para a sua existência.

O crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, contemplado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, possui como bem jurídico sobre o qual incide a proteção legal, segundo interpretação de parte da doutrina nacional, a incolumidade pública – ou, mais precisamente, a segurança viária. Neste sentido, é o entendimento de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, segundo o qual “a segurança e a incolumidade pública restaram defendidas com o crime previsto no artigo 306 (direção sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos)”³³.

Nesse caso, o objeto de guarda do mencionado artigo identifica-se como qualquer ser, indivíduo ou coisa que, na situação fática, venha a ter sua higidez ameaçada pela condução de veículo automotor perpetrada por sujeito sob o efeito de substâncias alcólicas ou de efeitos similares. A ação do indivíduo que conduz veículo automotor com níveis alcóolicos iguais ou superiores a seis decigramas por litro de sangue ou zero vírgula três miligramas de álcool por litro de ar alveolar, já é suficiente para fazer presumir a ofensa à incolumidade pública. Assim, o mero preenchimento das circunstâncias descritas no tipo já enseja a ofensa ao bem jurídico – isto é, à segurança viária – e, conseqüentemente, a consumação do delito.

Em sentido diametralmente oposto é o entendimento de Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schimitt. Para eles, os verdadeiros objetos de proteção do artigo 306 do CTB seriam a vida, a integridade física e o patrimônio, haja vista que “o bem jurídico deve estar fundamentado em base realista e não espiritual, pois a sua proteção não deve servir de substrato para

³² GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: n. 39, 2004.

³³ LOPES. Maurício Antonio Ribeiro. **Crimes de Trânsito**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo : 1998. pág. 46.

a expansão da pena”³⁴. Outrossim, admitir que o bem jurídico protegido pela norma é a “incolumidade pública” seria legitimar uma intervenção punitiva arbitrária e desarrazoada, na medida em que este é um conceito abstrato. “Sendo assim, não se pode falar em algo real em se tratando de incolumidade pública ou segurança viária”³⁵.

Portanto, segundo esta corrente doutrinária, os bens jurídicos tutelados pelo crime de embriaguez ao volante possuem, de forma inafastável, caráter concreto, sendo necessária a constatação de efetivo perigo à vida, integridade ou patrimônio de outrem. Admitir orientação em rumo oposto seria antecipar uma (eventual) lesão ao real bem jurídico resguardado, na medida em que qualquer ação arriscada no trânsito representaria uma ofensa à segurança no tráfego.

2.3.3 Sujeitos do delito

A conduta humana passível de produzir um resultado no mundo jurídico pode identificar-se numa ação ou omissão. “A capacidade da ação, de culpabilidade, exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.”³⁶

O sujeito ativo de uma figura típica é aquele que realiza a conduta prescrita na norma penal incriminadora, ou seja, “realiza a ação ou omissão típica, nos delitos dolosos ou culposos”³⁷. No que se refere ao crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, o legislador não aponta um sujeito ativo específico, de modo que a conduta pode ser praticada por todo e qualquer indivíduo que conduza um automóvel nas circunstâncias previstas pelo artigo, isto é, nos níveis alcóolicos indicados.

Deste modo, o crime de embriaguez ao volante constitui crime comum, podendo qualquer pessoa figurar como sujeito ativo do delito, visto que

³⁴ BEM, Leonardo Schmitt de; GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei seca**: comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. IV.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. I.

o tipo em questão não demanda peculiaridades, condições especiais do agente.

Por seu turno, o sujeito passivo de um delito identifica-se como o titular do bem jurídico violado pela conduta levada a efeito pelo sujeito ativo, ou seja, é o possuidor de um interesse jurídico socialmente relevante, cuja ofensa constitui o núcleo da figura típica. Em suma, é a vítima do crime. Cumpre salientar, ainda, que o sujeito passivo pode ser classificado como formal ou material. O sujeito passivo formal será sempre o Estado, na medida em que este sofre um dano sempre que as suas leis e normas se veem desobedecidas, infringidas. Já o sujeito passivo material, conforme exposto, será o titular do bem ou interesse juridicamente tutelado sobre o qual incide uma violação.

No que toca ao crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito, o sujeito passivo do crime de *Direção sob a Influência de Álcool* é a coletividade. Neste sentido, o legislador – mediante uma política criminal contestável, fruto de uma legislação emergencial e simbólica, na qual busca unicamente oferecer uma resposta ao clamor social por uma suposta justiça – considerou que a coletividade é exposta a perigo através da conduta do sujeito ativo que dirige embriagado.

Assim, com a edição da Lei 12.760/12, que modificou o artigo 306 da legislação brasileira de trânsito, a infração penal em questão se configura ainda que o agente embriagado não ameace a higidez de qualquer indivíduo ou coisa. É suficiente para a consumação do delito que o sujeito ativo, sob a influência de álcool ou substância de efeitos semelhantes – a ser constatada de acordo com os níveis descritos em lei, conduza veículo automotor, perfazendo assim o ilícito penal.

2.3.4 Os elementos do tipo

Decerto, o núcleo do tipo penal previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é o verbo principal da figura típica, isto é, “conduzir”, colocar em movimento, dirigir. É, portanto, um elemento objetivo do tipo, que se manifesta de modo concreto na realidade fática, sendo despiciendo qualquer juízo de valoração para aferir o seu alcance. Ademais, evidente que

este núcleo se refere ao automóvel, ao comando, direção do “veículo automotor” a partir do seu acionamento.

Nada obstante, o tipo em questão possui como elemento objetivo do tipo a ingestão de “álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência”. Resta claro, pois, que o condutor, sujeito ativo do delito, deve inafastavelmente ter consumido bebida alcóolica ou substância passível de produzir efeitos semelhantes ao álcool.

A grande problemática inerente ao artigo 306 guarda relação com os seus elementos normativos, ou seja, “capacidade psicomotora alterada” e “em razão da influência”, haja vista que estas expressões demandam do intérprete uma valoração a fim de preencher o seu sentido. Assim, inicialmente, é imprescindível que se verifique o efeito que o álcool e/ou substâncias análogas promovem no sujeito ativo e, por conseguinte, na sua condução de veículo³⁸.

É imprescindível, pois, averiguar o estado da condução do veículo por parte do agente, na medida em que “todo aquele que consegue controlar o perigo do consumo prévio de álcool ou drogas não deve responder pelo delito, pois não criou contexto de risco potencial aos bens jurídicos”³⁹. A ação do condutor deve estar, outrossim, influenciada, marcada, movida pela substância ingerida.

Além disto, a influência do consumo do álcool e demais substâncias deve ser passível de alterar a capacidade psicomotora do condutor, de forma a alterar sensivelmente o seu comportamento, capacidade de percepção, reação e autocontrole na condução do veículo. Neste sentido, ainda que o agente tenha consumido bebida alcóolica, caso não possua a sua capacidade psicomotora afetada, tal prática não se adequa integralmente à norma incriminadora do artigo 306, configurando, destarte, conduta atípica e impassível de qualquer sanção na esfera penal, devendo o fato ser resolvido no âmbito administrativo.

³⁸ Não basta, para a configuração adequada, a constatação da substância ilícita em si, porém, sobretudo, que o condutor, pelo seu uso, estivesse sob a influência dela, atestado por profissional habilitado mediante exame adequado. Não se pode deslizar no imaginário de que a maconha foi utilizada e que, por si, tenha causado influência, pois se sabe que o THC depende de uma concentração específica (TJSC, Ação Penal 023.09.032443-1, Florianópolis, rel. Desembargador Alexandre Morais da Rosa, j. 5-11-2009).

³⁹ BEM; GOMES, *op. cit.* p. 56

Na forma do parágrafo 1º do artigo 306, a influência da substância alcóolica ou de efeitos similares, bem como alteração da capacidade psicomotora do indivíduo podem ser constatadas pela 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 mesmo por sinais, determinados pelo Contran, que sinalizem a referida alteração – a serem comprovados, na letra do parágrafo 2º, “mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova”.

Ocorre, entretanto, que os agentes estatais responsáveis pela fiscalização do trânsito entendem que a simples verificação de concentração alcóolica superior ao máximo legal é suficiente para denotar a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

Todavia, a corrente doutrinária que entende pela consumação do crime com a mera concentração de álcool acima dos níveis legais desconsidera cabalmente os termos “em razão da influência” e “alteração da capacidade psicomotora”, encarando o elemento quantitativo, o percentual alcóolico, como cerne da figura típica.

É evidente o equívoco desta linhagem doutrinária, na medida em que o inciso I, do mencionado parágrafo 1º, faz menção às concentrações alcóolicas constatadas através de testes de alcoolemia. Em contrapartida, o parágrafo 2º estabelece que os testes de alcoolemia são utilizados como meios de prova. Desta forma, não se pode admitir que um artigo considere determinado recurso, ao mesmo tempo, como meio probatório e como elementar de uma figura típica, sob pena de ir de encontro a uma ordem penal pautada no princípio da legalidade, que prima pela definição precisa e categórica de uma conduta criminosa.

Nota-se, pois, que as regras contidas neste parágrafo se destinam a comprovar a embriaguez, e não a fazer presumir o estado de alteração psicomotora. “Onde está escrito ‘parágrafo 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por’, leia-se: ‘parágrafo 1º A embriaguez prevista no caput será constatada (comprovada) por’”⁴⁰. Portanto, para além de fazer

⁴⁰ BEM; GOMES, *op. cit.* p. 152

prova da embriaguez do condutor, é indispensável demonstrar a afetação da sua capacidade psicomotora, bem como a interferência das substâncias na forma de conduzir do sujeito ativo.

Em sendo a regra esculpida no parágrafo primeiro de natureza processual, não se pode confundi-la com a previsão do caput do artigo 306, a julgar que esta possui caráter penal. Descabido, então, confundir o crime em si com o meio de prova de algum dos seus requisitos, visto que elementos processuais jamais podem intervir no delineamento da tipicidade.

Deste modo, a alteração da capacidade psicomotora do indivíduo deve ser verificada caso a caso, posto que é possível que o sujeito se encontre em perfeitas condições do seu estado psicomotor, ainda que diante de concentração alcóolica acima dos limites legais. Em vista disso, a apreciação no caso concreto se reveste de importância vital, na medida em que, no Direito Penal, não se pode presumir nada em desfavor do réu, sob pena de ofender o princípio da presunção de inocência. Assim, a constatação dos índices alcóolicos legalmente estabelecidos não faz presumir os outros elementos do tipo.

3 O ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

Na atual cena sócio-política brasileira, em geral, quando da ocorrência de um fato de grande repercussão social relativo a questões de violência, desponta da sociedade o desejo por uma instantânea punição dos infratores. Os cidadãos, temerosos, apelam ao Estado, exigindo deste uma atuação imediata e intensa contra aqueles que aviltaram o Direito de alguma forma. Desta ânsia por uma atuação estatal vigorosa com a conseqüente punição dos responsáveis, advém, como corolário, o endurecimento da legislação criminal. Outrossim, o Direito Penal perde o seu caráter de razão última, sendo utilizado como instrumento principal para a solução de conflitos de natureza meramente político-social.

Neste íterim, ante situações alarmantes a sociedade se torna amplamente suscetível a medidas de emergência⁴¹, passíveis de amenizar, mesmo que de forma paliativa, a inquietação das vítimas e da sociedade, além de proteger os bens jurídicos e institutos sociais. Todavia, esta proteção é desempenhada em detrimento dos direitos e garantias de liberdade constitucionalmente conferidos aos indivíduos e através de uma atuação penal unicamente simbólica, utilizada com a finalidade de abrandar a sensação de insegurança coletiva.

Diante disto, impera realizar uma distinção entre as situações de emergência constitucionalmente prescritas e as situações emergenciais da seara penal. A emergência de caráter constitucional corresponde às “exceções do estado democrático constitucionalmente previstas”⁴², isto é, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. Neste sentido, frente a situações de emergência, a Carta Magna determina o emprego destes institutos, no intuito de garantir e preservar o “equilíbrio constitucional entre as forças políticas do poder e a

⁴¹ SICA, Leonardo. Direito Penal de Emergência e Alternativas a Prisão. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴² CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

normalidade das relações sociais e da vida das pessoas, caracterizando o sistema constitucional das crises”⁴³.

O Estado de Defesa verifica-se como uma excepcional, cabendo ao Presidente da República a legitimidade para sua decretação, posteriormente à oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional. “Tem como objetivo a preservação ou restabelecimento da ordem pública e da paz social em determinados locais, ameaçados por grave insegurança institucional ou atingidos por catástrofes de grande magnitude, tendo tempo de duração não excedente a trinta dias, permitindo-se sua prorrogação uma única vez, por igual período”⁴⁴.

Por outro lado, relativamente ao Estado de Sítio, a Constituição Federal define que o Presidente da República, de igual modo, após ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional deverá requerer ao Congresso Nacional a devida autorização para decretá-lo, nos casos de “comoção de repercussão nacional ou fatos que comprovem a ineficácia da medida tomada durante o Estado de Defesa, bem como na hipótese de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”⁴⁵.

Sendo assim, as situações emergenciais previstas pela Lei Maior decorrem da plena vigência de um Estado Democrático de Direito, sendo admitidas apenas quando da ocorrência de circunstâncias constitucionalmente estabelecidas.

Noutra quadra, no tocante à emergência de natureza penal, esta não guarda qualquer semelhança com um sistema democrático, haja vista que afronta diretamente os princípios penais e garantias de liberdade, pois decorre de uma política estatal puramente simbólica. Destarte, tem uma utilização voltada a tranquilizar a sociedade diante do crescente temor advindo da progressiva violência das cidades, desvinculando-se, portanto, da sua função primordial de tutela dos bens jurídicos socialmente mais relevantes e tratando de questões que fogem do espectro de atuação do Direito Penal.

⁴³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid*

A tipologia da legislação simbólica tem por conteúdo: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos estatais puramente dilatatórios⁴⁶

O crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, trazido com a reformulação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei 12.760 de 2012, constitui reflexo inequívoco da aplicação do Direito Penal de Emergência, fruto de uma política legislativa simbólica, no ordenamento jurídico pátrio. Tem sua origem intrinsecamente ligada aos abusos envolvendo o uso de bebidas alcóolicas e outras substâncias no trânsito, que, à época da edição do mencionado tipo, fora responsável pela ocorrência de incontáveis acidentes – por diversas vezes, fatais.

A constante exigência da sociedade pela punição dos agentes praticantes desta espécie delituosa deu azo ao recrudescimento da lei, encontrando ainda sólido respaldo nos meios de comunicação nacionais e sua “espetacularização” de fatos criminosos. O discurso da mídia dramatiza os riscos sociais, não se voltando à simples apresentação dos fatos, mas, isto sim, ao choque e consternação dos indivíduos, contribuindo de forma significativa para o incremento da legislação penal de emergência.

A realização do fato típico previsto no artigo 306 do Código de Trânsito nacional, foco do presente trabalho, expõe um problema de feição eminentemente social. A direção sob influência do álcool é consequência, sobretudo, da incapacidade do Estado em educar, instruir e civilizar seus cidadãos nos mais diversos níveis. Para além disto, é um espelho da ineficiência estatal em, eventualmente, corrigir o comportamento desviante dos seus cidadãos.

Desta feita, atribuir uma regulação exclusivamente punitiva a uma situação de cunho social revela-se sobremaneira ineficaz, de modo que atribui à norma repressora a única função de consolidar um Estado apartado das efetivas necessidades dos seus indivíduos. A tipificação de crimes com o objetivo de conter a opinião pública tende, via de regra, à sua ineficácia ou mesmo inconstitucionalidade, levando em consideração que são, majoritariamente, elaboradas sem respeito às disposições constitucionais. “O

⁴⁶ NEVES, Marcelo. 2007, p.1 *apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo, 15ª edição, 2009, p.31

resultado disto é, sem dúvidas, a deslegitimação do Direito Penal, cada vez mais abalado com a hipertrofia de normas, a partir da criminalização excessiva de condutas⁴⁷.

Diante de um cenário de propagação do Direito Penal Simbólico, se faz imperativa a retomada e fortalecimento – como forma de regular a atividade legislativa de criação de normas penais – do princípio penal da intervenção mínima, trazido originariamente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1798, segundo o qual “*a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*”⁴⁸.

Cumprir mencionar que o princípio da intervenção mínima não se encontra expresso nos ordenamentos da atualidade. Apesar disso, guarda estreita relação com outras garantias estipuladas explicitamente, bem como aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito. Na ordem jurídica brasileira, pode ser extraído do artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa de 1988, partindo de uma interpretação sistêmica da inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Por consequência deste princípio, é fortalecida a noção de *ultima ratio* da norma repressora, restringindo a sua incidência às situações de evidente necessidade. Assim, a criminalização de condutas se faz desarrazoada e desproporcional caso existam formas diversas e adequadas de sanção e de pacificação da ordem jurídica porventura violada. A sanção penal, portanto, se torna idônea somente nos casos em que for meio imprescindível para a tutela de dado bem jurídico, “justificando-se unicamente quando os demais ramos do Direito não forem capazes de tutelar de maneira devida bens que possuam relevância na vida do indivíduo e da sociedade”⁴⁹.

Ocorre que, com o passar dos anos, o Código Penal que nos rege foi modificado por incontáveis alterações no seu texto, de forma a incluir um volumoso número de tipos penais mediante a adoção de técnicas

⁴⁷ EDITORIAL. Mais do mesmo na produção de leis penais. **Boletim IBCCrim**. São Paulo: Ano 20, n. 240, novembro, 2012. Disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4755-Editorial--mais-do-mesmona-producao-de-leis-penais>. Acesso em: 05 maio. 2015.

⁴⁸ LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. IV

legislativas questionáveis, evidenciando uma atuação legislativa que vai de encontro a uma política criminal garantista, “revelando verdadeira tendência à utilização do Direito Penal como solução primária frente ao problema da violência”⁵⁰.

Certo é que as infrações levadas a efeito pelos agentes sociais, principalmente a questão relativa à condução de veículos automotores sob a influência de álcool, demandam soluções que extrapolam a mera tipificação da conduta constante do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Em verdade, trata-se de um fenômeno social corrente, fruto da deficiência histórica da educação e da implantação de medidas conscientizadoras do país. Desta forma, buscar uma solução criminal para um problema de cunho essencialmente social se revela uma medida pragmática e maculadora dos princípios e garantias penais fundamentais.

A proibição do excesso prevê que para a aplicação de uma penalidade se faz necessária uma adequação aos fins propostos. Toda medida restritiva de liberdade deve ser apta a alcançar os fins a que se propõe⁵¹. Por conseguinte, toda interferência de matiz penal não destinada à proteção de um bem jurídico relevante para a coletividade deverá ser repelida. Rejeita-se, em vista disso, toda atuação punitiva simbólica, destinada precipuamente a confortar a sociedade diante da gradativa criminalidade.

O escopo da legislação simbólica é voltado, eminentemente, à fortificação da confiança popular, seja no governo, seja no próprio Estado, ante às pressões diretas da população. É o que se chama de legislação-álibi. Através dela, busca o legislador descarregar-se das cobranças políticas, apresentando o Estado como sensível às expectativas dos cidadãos⁵².

A legislação-álibi pode ser evidenciada, de maneira mais premente, nos casos de grande repercussão social, em que há a insatisfação popular diante de acontecimentos pontuais, ou frente à emergência de problemas sociais. Nestes casos, exige-se do Estado uma atitude mais drástica contra determinados crimes. Apesar de ineficaz, esta resposta estatal imediata

⁵⁰ LUIZI, *op. cit.*

⁵¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁵² NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

atua como uma salvaguarda do legislador perante o clamor popular. É o seu álibi no meio do caos⁵³.

Fora criado um costume na sociedade consistente na ideia de ao surgir determinado problema, a criação de lei é instrumento eficaz para a resolução. Nisto se apoiam os políticos a cada eleição, oferecendo projetos que sequer merecem ser objeto de discussão. Deste modo, “a legislação-álibi, tem o “poder” de introduzir um sentimento de “bem-estar” na sociedade, solucionando tensões e servindo à “lealdade das massas.”⁵⁴

Assim, a tipificação do crime de *Direção sob a Influência de Álcool* nada mais é do que o espelho de uma legislação penal demagógica. Se revela muito mais conveniente elaborar uma série de leis confusas, mandamentos e diretrizes à sua execução – bem como cominar penalidades no caso do seu descumprimento – do que conduzir com sensatez as políticas legislativas criminais e destinar penas às situações mais gravosas. Deste modo, o que se vê hodiernamente, sendo o artigo 306 um claro exemplo, é um Direito Penal Simbólico, “utilizado como meio imediato para a resolução de conflitos sociais, sem qualquer compromisso com a realidade, ou com a sua justificação, na medida em que negligencia os custos da intervenção penal”⁵⁵.

As leis penais não possuem a aptidão de alterar diretamente a realidade fática. Muito pelo contrário, a resposta aos problemas sociais prescinde de elementos extrajurídicos, sem carácter normativo. Um Direito Penal utilizado simbolicamente se propõe, acima de tudo, a manipular a coletividade, fechando seus olhos a alternativas mais eficazes e ao papel que o Estado deveria exercer, isto é, promover e garantir devidamente a educação, conhecimento, informação, disciplina e civilidade aos seus cidadãos.

Logicamente, o presente estudo não tem por objetivo defender a despenalização, se opor à criação de novos tipos penais, ou mesmo negar a intensificação das penas e dos seus meios executivos com vistas a uma harmonização social, desde que se proceda, frise-se, em atenção aos princípios penais esculpidos na Lei Maior. Afinal, “o princípio da intervenção penal mínima propõe é a separação do Direito Penal de uma expansão

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ LENZA, *op. cit.*

⁵⁵ SCHMIDT, *op. cit.*

normativa baseada nas necessidades criminalizadoras da sociedade, sem qualquer compromisso com as garantias dos cidadãos”⁵⁶.

Decerto o Direito deve estar em permanente evolução, adaptando-se à realidade social e proporcionando os instrumentos mais úteis para a solução de conflitos. Entretanto, a fim de concretizar esta finalidade, se vê dispensável o manejo da já exposta “legislação-álibi”, na qual se oferece uma resposta legislativa automática ao efervescente clamor público, tendo em vista que o uso excessivo do poder punitivo estatal não leva a uma tutela apropriada dos bens jurídicos. Pelo contrário, o punitivismo exacerbado conduz a uma inflação legislativa observada com descrédito e insegurança jurídica por parte da sociedade, indo de encontro ao caráter de *ultima ratio* da norma repressora.

3.1 A SUBSIDIARIEDADE PENAL

Corolariando o princípio garantista da intervenção mínima, o princípio da subsidiariedade atua, de igual forma, como norte na atividade legislativa em matéria penal. À luz deste princípio, uma atuação do Direito Penal apenas se verifica proporcional, justificada e razoável desde que sejam esgotados todos os meios menos gravosos possíveis de intervenção jurídica. “Cabe ao Direito Penal, portanto, a atuação apenas em última hipótese, quando os demais meios jurídicos possíveis falharam na sua função de tutela”⁵⁷.

A noção de subsidiariedade funda-se no denominado utilitarismo penal, segundo o qual a lei penal deve proporcionar o máximo bem-estar para a maior quantidade possível dos indivíduos e, nada obstante, promover o mínimo sofrimento necessário aos infratores, delinquentes.

Nesta senda, da corrente penal utilitarista emerge o princípio da subsidiariedade, regulando a intervenção punitiva. O Direito Penal, destarte, se afigura legítimo somente quando utilizado em caráter de razão última, isto é, quando outros meios, sejam eles jurídicos – de intensidade menor que a da norma penal, frise-se – ou extrajurídicos, não sejam mais adequados a realizar

⁵⁶ BARROS LIMA, Alberto Jorge. Criminalização e Direitos fundamentais: entre a intervenção mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito (UFAL)**, v. 3, p. 15-30, 2007.

⁵⁷ SCHMIDT, op. cit.

a proteção de bens jurídicos. Outrossim, “a intervenção penal deve restringir-se, portanto, ao minimamente necessário”⁵⁸.

Consoante explanado alhures, o crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, foi (re)formatado a partir dos recorrentes acidentes de trânsito ocasionados por motoristas embriagados, sendo noticiados expressivamente pela mídia nacional e gerando grande repercussão na sociedade. Face a comoção popular resultante destes episódios, editou-se o tipo penal em apreço.

É evidente, portanto, que o artigo 306 do Código de Trânsito se caracteriza como uma resposta imediata a acontecimentos determinados, fruto de problemas sociais culturalmente enraizados na sociedade brasileira, ligados, acima de tudo, à histórica deficiência nas políticas socioeducativas e fiscalizatórias do país. Assim, a mera edição de um tipo penal não tem o condão de solucionar problemas incrustados na sociedade. Pelo contrário, a inflação legislativa, inerente a uma política criminal simbólica, constitui direta violação ao princípio da subsidiariedade penal e aos direitos de liberdade constitucionalmente atribuídos aos cidadãos.

O Direito Penal brasileiro, na contemporaneidade, configura uma clara expressão da norma penal de emergência, sendo utilizado como *prima ratio* e dissociado da sua finalidade de garantia e pacificação social. O uso da legislação repressora em nada é capaz de contribuir para a solução de problemas de cunho eminentemente político e social. “Os custos da intervenção penal devem ser cuidadosamente analisados, em comparação com o ordenamento jurídico em sua totalidade, sendo este, portanto, o seu limite”⁵⁹.

Como forma de lidar com o crime em questão, pode-se facilmente sugerir a simples e possível elaboração, pelo Estado, de políticas públicas de prevenção, educação e regulação acerca da direção sob influência de substâncias alcólicas. Na hipótese do insucesso destas medidas, recorre-se a meios sancionatórios presentes em outros ramos do Direito, a exemplo das punições administrativas. Sendo igualmente insuficientes estas medidas,

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001

⁵⁹ SCHMIDT, 2001.

somente então o Direito Penal se verifica legítimo para interferir na sociedade e restringir direitos, posto que diante de uma necessidade social.

3.2 A FRAGMENTARIEDADE PENAL

Reiterando o exposto linhas acima, o Direito Penal é o campo jurídico reservado ao resguardo dos bens jurídicos mais relevantes do ponto de vista social. Desta noção advém a sua natureza fragmentária, segundo a qual o Direito Penal não tem a função exaustiva de incorporar todas as condutas potencialmente lesivas existentes em um dado grupamento social, mas, isto sim, deve possuir um caráter seletivo, destinando-se a salvaguardar somente aqueles bens jurídicos dotados de indiscutível relevância que, porventura, venham a sofrer uma grave ofensa.

A fragmentariedade do Direito Penal constitui-se em verdadeiro limite ao legislador, na medida em que impede que sancione todos os tipos de condutas lesivas aos bens jurídicos, mas somente aquelas dotadas de especial gravidade.⁶⁰

Neste sentido, a fragmentariedade penal possui três funções primordiais: a proteção de bens jurídicos – apenas quando diante de ofensas de maior seriedade, o afastamento da punição às práticas antijurídicas passíveis de serem reguladas pelos demais ramos do Direito, e a inutilização de uma reprimenda penal ante condutas unicamente imorais ou imprudentes, a exemplo do adultério e da direção sob a influência de álcool.

O artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, possui como bem jurídico tutelado a *segurança viária*. Na definição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, no julgamento do Habeas Corpus nº 109.269/MG, no crime de direção sob a influência de álcool “a proibição da conduta objetiva, especialmente, combater e prevenir a ocorrência de delitos de trânsito que possam colocar em risco a incolumidade física ou até mesmo a vida dos indivíduos da coletividade”⁶¹.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 109.269 MG. Rel.: Ricardo Lewandowski, Data de Publicação: 28/09/2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20620557/habeas-corpus-hc-109269-mg-stf/inteiro-teor-110021481>> Acesso em: 19 maio 2015.

Incontestável que o número de vítimas de acidentes de trânsito no Brasil é consideravelmente elevado, tendo as mais diversas causas. Ocorre que os meios de comunicação nacionais, a mídia brasileira em geral fomentou forte clamor social no sentido da tolerância zero ao álcool na direção – a partir da “espetacularização” dos acidentes ocasionados por condutores sob o efeito de bebidas alcólicas – dando ensejo a uma legislação equivocada e arbitrária, que culminou na reformatação do artigo em questão e na inobservância de uma atuação penal fragmentária.

A tipificação do artigo 306 do Código de Trânsito se revela equivocada na medida em que parte de um trato conjectural, ou seja, suposições simplistas, posto que não se funda em elementos estatísticos contundentes e aptos a comprovar a relação de causalidade entre o consumo de álcool e a ocorrência dos acidentes, ou mesmo que os acidentes motivados pelo consumo de bebidas alcólicas representam números significantes no universo dos acidentes de trânsito.

O princípio da fragmentariedade penal impõe que a persecução penal se dê somente quando outros meios de regulação, jurídicos e/ou extrajurídicos, se mostrem ineficientes na tutela de um dado bem, haja vista que não incumbe à Norma Repressora salvaguardar todos os bens jurídicos existentes em certo meio social. No que tange ao delito prescrito no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ressaltamos a existência de meios de tutela diversos da norma penal, sendo, por exemplo, medidas sociais, educativas e preventivas instrumentos plenamente adequados para regular tal situação. Deste modo, a inserção do crime de *Direção sob a Influência de Álcool* no ordenamento pátrio se mostra inadequada e arbitrária, configurando clara ofensa à noção fragmentária do Direito Penal, fortalecendo a legislação de perigo, e gerando, por conseguinte, a ineficácia do dispositivo.

3.3 O ARTIGO 306 DO CTB E OS CRIMES DE PERIGO

Ao revés dos crimes de dano, os quais exigem, para a sua consumação, a efetivação de lesões concretas, materiais aos bens jurídicos por eles tutelados, os crimes de perigo demandam a mera possibilidade de dano, isto é, a sujeição de um bem jurídico resguardado pela norma penal a um

risco de dano. Impende, portanto, realizar a distinção entre o dolo de dano, característico dos crimes de efetiva ofensa aos bens jurídicos, e o dolo de perigo, inerente aos crimes de perigo.

O dolo de dano se perfaz nas situações em que o sujeito pretende gerar um resultado danoso a determinado bem tutelado pela norma penal – agindo, se omitindo, ou mesmo assumindo o risco da produção do resultado nocivo. Na doutrina de Rogério Greco, para a consumação dos crimes de dano, fruto do dolo de dano:

Deve haver a efetiva lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a produzir o resultado, acarretando dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio e lesão corporal⁶²

Assim, os crimes de dano se identificam como aqueles tipos penais que demandam a lesão, o dano ao bem juridicamente tutelado, de forma a consumir o delito. Neste sentido, a inexistência de ofensa ao bem enseja a simples tentativa ou, ainda, um indiferente penal.

Por outro lado, o dolo de perigo se manifesta quando o sujeito ativo do fato definido como típico intenta expor ao perigo dado bem jurídico ou, ainda, assume o risco da produção do resultado do perigo. Neste sentido, os crimes considerados como de perigo tratam-se daqueles nos quais a elementar do tipo versa sobre uma possibilidade de dano, ainda que não haja sequer a real demonstração do perigo. Sua consumação, portanto, “se dá quando o bem jurídico sofre um perigo (ou ameaça) de lesão”⁶³.

Desta forma, permite-se inferir que os crimes de perigo se verificam plenamente consumados com a simples criação do perigo para o bem jurídico resguardado, ainda que não seja produzida qualquer lesão efetiva. Nestas espécies delitivas “o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente”⁶⁴.

⁶² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Volume 2. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 108.

⁶³ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 161

⁶⁴ HUNGRIA, Nelson *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 213

Assim, os crimes de dano se diferenciam dos delitos de perigo em razão do bem jurídico protegido. Rigorosamente, diferenciam-se em virtude da ocorrência efetiva ou potencial, eventual ao bem tutelado. Sofrendo, o bem jurídico, um dano, resta configurado o crime de dano correspondente. Todavia, se o bem jurídico sofrer mera ameaça de modo a, ainda que possivelmente, produzir um dano, resta configurado o crime de perigo.

No que toca aos crimes de perigo, estes ainda se subdividem em crimes de perigo real ou concreto, “quando a realização do tipo exige a existência de uma situação de efetivo perigo”⁶⁵, e crimes de perigo abstrato, “nos quais a situação de perigo é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime”⁶⁶.

3.3.1 Os crimes de perigo concreto

Os crimes de perigo concreto são aqueles nos quais o cenário de perigo criado pelo sujeito infrator deve ser faticamente comprovada. Neste sentido, “o perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano”⁶⁷.

A sua visão, ao contrário daquela realizada nos crimes de perigo abstrato, é sempre *ex post*, ou seja, analisa-se o comportamento praticado pelo agente, depois da sua realização, a fim de concluir-se, no caso concreto, trouxe ou não perigo ao bem juridicamente protegido pelo tipo. Como exemplo de crime de perigo concreto podemos destacar o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, previsto pelo art. 132 do Código Penal”

Conclui-se, portanto, que os crimes considerados de perigo reclamam, para se caracterizarem, uma concreta materialização do perigo ao bem jurídico. Assim, exigem a comprovação do nascimento de uma situação de perigo ao bem protegido pela norma, de modo que o sujeito ativo, inobstante deva realizar a conduta prescrita no tipo penal, tem, inafastavelmente, que dar

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 213.

causa a um possível dano – que deve ser comprovado a fim de tornar o ilícito consumado.

A punição aos crimes de perigo concreto pauta-se na ideia de “o legislador querer, sem dúvida, proteger determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o pôr em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal”⁶⁸.

Ainda, impera salientar que o perigo de natureza concreta deve constituir uma real probabilidade de dano, e não somente uma possibilidade. Nesse sentido, admitir a criminalização de condutas fundada em meras possibilidades abriria espaço para a punição de resultados improváveis, que dificilmente se concretizariam, fato que afronta a totalidade dos princípios penais esculpados da Carta Magna, notadamente os princípios legalidade e da ofensividade.

3.3.2 Os crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato ou presumido, por sua vez, prescindem da comprovação de um efetivo perigo ao bem jurídico tutelado. Nesta medida, se faz uma presunção absoluta do perigo inerente à conduta do agente, sendo esta suficiente para a criminalização da conduta.

Diz-se abstrato o perigo quando o tipo penal incriminador entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática do comportamento – comissivo ou omissivo- por ele previsto. Assim, os crimes de perigo abstrato são reconhecidos como de perigo presumido. A visão, para a conclusão da situação de perigo criada pela prática do comportamento típico, é realizada *ex ante*, independentemente da comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente produziu, efetivamente ou não, a situação de perigo que o tipo procura evitar⁶⁹

Os crimes de perigo abstrato promovem a punição de situações somente pela desobediência à lei em sentido formal. Assim, o perigo não constitui elemento do tipo, diversamente dos crimes de perigo concreto,

⁶⁸ COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. *Apud* SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

⁶⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Volume 2. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 109.

sendo o risco a própria motivação da criação da figura típica. Desta forma, implica que, sendo o dano provável ou não, o crime restará caracterizado.

Destarte, nesta modalidade delitiva não se exige a comprovação de um perigo real ao bem jurídico tutelado pela lei penal, bastando a mera periculosidade da conduta do agente e sendo dispensável a aptidão a causar algum dano ou perigo real, efetivo ao bem.

“A expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco”⁷⁰. Desta forma, é plenamente possível asseverar que os delitos de perigo abstrato se caracterizam como o “núcleo central do direito penal de risco. A configuração da sociedade contemporânea, o surgimento dos novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos”⁷¹.

Decerto, os crimes de perigo abstrato presumem, de maneira absoluta, a criação de um perigo pelo sujeito ativo da conduta determinada na figura típica. Neste ínterim, significa dizer que o autor da conduta é penalizado em razão, unicamente, da transgressão do mandamento legal, mesmo que não seja constatada a existência de qualquer violação ou ameaça de violação ao bem protegido, isto é, mesmo diante da ausência de qualquer resultado jurídico.

A presunção normativa do perigo, através da regulação de comportamentos apenas potencialmente lesivos, bem como a tipificação incerta, imprecisa destes ilícitos colocam em xeque a sua constitucionalidade, na medida em que tais presunções violam frontalmente grande parcela dos princípios constitucionais penais – elidindo direitos e garantias fundamentais dos indivíduos – e, nada obstante, são fruto de uma política legislativa simbólica e emergencial, sendo assim, condenável.

São tutelados, “por meio dos crimes de perigo presumido, bens jurídicos que poderiam ser protegidos com muito mais eficácia através de outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o

⁷⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 61, p. 44-121, julho-agosto 2006, p. 66.

⁷¹ *Ibid.*

Direito Civil⁷². Evidentemente, o Direito penal é um ramo da ciência jurídica excessivamente invasivo e gravoso, logo, “não pode ser utilizado como mera função simbólica, satisfazendo os anseios da sociedade pela tutela de bens jurídicos recém-criados. Incompatível, portanto, com o princípio da intervenção mínima”⁷³.

Não se pode admitir que em um Estado Democrático de Direito os direitos e garantias individuais sejam aplacados por uma política legislativa simbólica, desmerecendo a função primordial do Direito Penal de tutelar os bens sociais mais importantes. “Ao fazer uso desta modalidade delitiva, quer o Direito Penal da atualidade proporcionar, ou melhor, dar a sensação de segurança ao corpo social”⁷⁴. Desta feita, a existência de uma infração penal somente se revela admissível quando da existência de um perigo de lesão real e concreto a um determinado e relevante bem jurídico, sob pena de, caso contrário, se realizar uma descabida antecipação da tutela penal.

3.3.3 Embriaguez ao volante: classificação

A Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, atribuiu nova redação ao caput do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, deixando de exigir a constatação de perigo concreto. Destarte, o legislador adotou o entendimento no sentido de que a condução de veículo, em via pública, com a capacidade psicomotora alterada por decorrência da influência de álcool, ou outra substância psicoativa que determine dependência, é conduta que, por si própria, ocasiona perigo considerável ao bem jurídico tutelado, legitimando, por conseguinte, a intervenção criminal.

Assim, não é mais exigido o conduzir anormal, inadequado, identificado por manobras perigosas que exponham a segurança viária a um dano potencial. O condutor deve, tão somente, estar com sua capacidade psicomotora alterada, ainda que minimamente, em virtude do álcool ou outra

⁷² BORBA, Maurício. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc> Acesso em: 12 maio 2015, às 19:21h.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ BOTTINI, *op. cit.*

substância análoga. Na presença de tais elementos, resta consumado o tipo penal em questão⁷⁵.

É certo que a nova formatação do crime de *Direção sob Influência de Álcool* foi trazida em um contexto de forte comoção popular em decorrência das notícias amplamente propagadas pelos meios de comunicação nacionais. Os frequentes acidentes de trânsito ocasionados pela embriaguez ao volante e amplamente noticiados pela mídia nacional – impulsionadora do clamor social pela “justiça” –, desde sempre, possuíram como pano de fundo o caótico cenário do trânsito brasileiro, fato que ensejou uma política legislativa emergencial, simbólica e, por conseguinte, excessivamente rigorosa. Assim, cumpriu à nova lei a ingrata e inadequada missão de enquadrar o fato, que outrora constituía simples infração administrativa, como conduta criminosa.

A conduta típica, trazida pelo dispositivo mencionado, é descrita da seguinte forma, em seu *caput*:

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

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

Deste modo, a nova redação fornecida pela Lei 12.760/12, conforme já exposto linhas acima, determinou a consumação do crime quando da presumida alteração psicomotora do sujeito ativo, o condutor, tendo em vista que o estado de perigo produzido pela direção sob o efeito do álcool pode, de acordo com a norma atual, ser comprovada por meios legais de prova, a exemplo do exame clínico.

⁷⁵ “O crime previsto no art. 306 do Código Brasileiro de Trânsito, na redação emprestada pela Lei n. 12.760/2012, possui idêntica natureza jurídica do delito de porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.826/2003, art. 14), conferindo proteção penal ao legítimo interesse do Estado em evitar ou prevenir a produção concreta de dano a bens individuais socialmente relevantes, como a vida e a integridade corporal das pessoas. Para sua realização, mesmo em tese, mostra-se desnecessário que o motorista conduza o veículo na via pública de forma anormal, em alta velocidade ou em ziguezague, por exemplo, bastando que o faça em desrespeito à lei que proíbe fazê-lo ostentando concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, como no caso dos autos” (TJRS, Ap. Crim. 70026820134, 3ª C. Crim., rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. 19-3-2012)

Assim, o §1º, nos seus incisos I e II, encontra-se imediatamente relacionado ao *caput*. Isto porque estes dispositivos informam como se verificará a alteração da capacidade psicomotora do sujeito ativo do tipo, em razão da influência do álcool ou demais substâncias elencadas. Nos seus termos, é crime dirigir com a capacidade psicomotora alterada por álcool ou outras substâncias “em 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”, a ser constatada mediante testes e exames de alcoolemia, ou mesmo sinais que indiquem os elementos legalmente previstos.

Diante disso, e em vista dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais colhidos, o crime trazido pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, isto é, a embriaguez ao volante, configura claro tipo penal de perigo abstrato. O artigo em questão, aliado aos seus incisos, não fazem qualquer menção à exigência de criação de um perigo concreto, material, um risco palpável. Basta, outrossim, a verificação das presunções contidas na norma legal para consumir o delito. Há, no caso, uma presunção absoluta de perigo ao bem jurídico no momento em que o indivíduo conduz veículo sob efeito de álcool acima dos índices contidos na lei.

Em síntese, na forma da nova redação atribuída pela Lei 12.760/12, conduzir veículo automotor sob a influência de álcool ou substância análogas, com a capacidade psicomotora alterada, é crime. Tal alteração, na forma da lei, pode ser constatada por exame de sangue toxicológico, ou mesmo teste de etilômetro, que indiquem concentração acima de 6 decigramas por litro de sangue ou 0,3 miligramas por litro de ar alveolar ou, ainda, por sinais indicativos da alteração, a exemplo da sonolência, falta de coordenação ou concentração. Verificados tais elementos, presume-se que o sujeito se encontrava com a capacidade psicomotora alterada, independentemente de qualquer ofensa a um bem jurídico tutelado pela legislação penal.

Do exposto, evidente que o crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, formatado com a edição da lei 12.760, constitui crime de perigo abstrato, na medida em que dispensa a exigência de qualquer lesão a um bem jurídico penal, fundando-se em presunções legais que, uma vez constatadas, denotam a consumação do fato criminoso. Nestas situações, observa-se que a punição da conduta é imposta ainda que a conduta perpetrada pelo sujeito não

seja passível de causar algum dano – ou mesmo perigo concreto de dano ao bem jurídico eleito pela lei penal. Assim, preenchidos os requisitos estabelecidos pela norma, mesmo ante a ausência de violação ao bem jurídico, configura-se o crime de embriaguez ao volante.

4 ARTIGO 306 DO CTB À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIS

Em geral, diante da ocorrência de situações de grande comoção social, surge da coletividade o anseio por uma punição rigorosa e imediata dos infratores. Conseqüentemente, é exigida do Estado uma atuação instantânea, severa e intransigente, que acaba por culminar no enrijecimento da legislação repressora e fomentar, dentre outras repercussões, a edição dos crimes de perigo abstrato.

Como visto, o crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, fruto desta legislação penal de emergência, por constituir crime de perigo abstrato, gera a reprimenda penal pelo simples descumprimento da lei, havendo uma presunção absoluta do risco contido na conduta do sujeito. Evidente, portanto, a existência de grave violação aos princípios estruturantes do Direito Penal.

4.1 A OFENSA AO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE PENAL

Conforme explorado em linhas anteriores, o Direito Penal possui como função primordial a proteção de bens jurídicos, sendo o domínio da ciência jurídica incidente sobre as condutas sociais mais graves e temerárias, passíveis de ofender os bens jurídicos mais relevantes. Neste quadro, o princípio da lesividade atua como instrumento limitador do poder punitivo estatal, seu *jus puniendi*, sujeitando a criação de tipos penais à proteção dos bens mais essenciais. Impede-se, então, a imposição de qualquer penalidade a comportamentos de caráter unicamente imoral, antiético ou impuro, visto que “as normas incriminadoras não devem objetivar a modificação moral do cidadão, mas simplesmente evitar uma lesão a direito de terceiro”⁷⁶.

O princípio da lesividade, ou ofensividade, encontra-se fortemente ligado à noção minimalista da norma penal, que pugna pela racionalização e minimização da atuação do sistema repressivo, de sorte que os órgãos punitivos apenas possuem legitimidade para exercer seu poder repreensivo na vida dos cidadãos quando diante de uma conduta que lesione

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. Revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

algum bem jurídico. Não cabe ao legislador, por meio da lei penal, “intervir de modo arbitrário, proibindo condutas de mero dever de obediência, ou pretender conformar seus cidadãos a um determinado posicionamento político ou moral, com a ameaça de pena”⁷⁷.

Cezar Roberto Bitencourt, em lição sobre mencionado princípio, assinala:

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido⁷⁸

O princípio da lesividade penal vincula-se, portanto, à ideia de que o Direito Penal apenas deve intervir na esfera de direitos e garantias do cidadão quando verificada uma lesão que viole um bem de crucial relevância, a ponto de ser juridicamente resguardado.

O legislador brasileiro, ao editar a lei 12.760 de 2012, evidenciou com o crime de *Direção sob a Influência de Álcool* a opção legislativa pelos tipos penais de perigo abstrato, fruto de uma política criminal de emergência fomentada pela forte comoção social diante dos acidentes de trânsito provocados por motoristas embriagados, que costumavam ser largamente explorados pela mídia. Assim, o tipo em questão não necessita mais da prova do dano, bastando a simples conduta de dirigir embriagado.

No crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, o perigo não é elemento do tipo, mas a simples razão da proibição. A condução de automóvel por sujeito embriagado é tipificada em virtude da chamada “periculosidade típica” para a coletividade, sem que esta necessite ser comprovada concretamente e sem que haja qualquer ofensa a um bem jurídico. Cria-se, pois, um Direito Penal calcado na ideia de presunção de responsabilidade dos indivíduos.

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2003. pág. 385

⁷⁸ BITENCOURT, *op. cit.*

Na figura típica prevista no artigo 306 do Código de Trânsito não há qualquer precaução do legislador em constatar uma lesão ao bem jurídico, na medida em que a simples condição de embriaguez do agente condutor do veículo, na concentração estabelecida pela lei, já é suficiente para consumir a infração.

Em um Estado Democrático de Direito, a lei penal tem por precípuo escopo salvaguardar bens jurídicos essenciais ao corpo social. Importa dizer que a utilização da norma penal somente se justifica quando há lesão ou perigo de lesão concreta a dado bem jurídico, e desde que não haja meios menos invasivos de realizar esta proteção. Admitir uma figura típica que criminaliza a condução sob o efeito de álcool, mesmo que não se verifique qualquer dano a um bem jurídico, deslegitima toda e qualquer intervenção penal, posto que “somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado”⁷⁹.

Do exposto, “a existência concreta de perigo é, minimamente, o que se deve exigir da conduta criminalizada”⁸⁰. Isto porque “o direito penal somente se deve reservar as condutas que mais gravemente ofendam bem de fundamental importância para a coexistência humana”⁸¹. Nesta toada, o crime tipificado no artigo 306 do CTB configura ofensa latente ao princípio da lesividade penal, tendo em vista que dispensa a violação a qualquer bem jurídico, de modo que o indivíduo, para consumir a infração e estar sujeito à repressão criminal do Estado, basta ultrapassar os níveis de concentração alcoólica prescritos no artigo, isto é, basta desobedecer a norma penal incriminadora, ainda que não provoque qualquer dano.

Segundo o princípio da lesividade, não há crime sem a ofensa a um bem jurídico socialmente relevante, seja através de um dano, seja por meio da criação de um perigo real, material, concreto. Sendo assim, não é admissível sujeitar ao poder punitivo estatal a conduta que não venha gerar qualquer dano a um bem juridicamente protegido.

⁷⁹ BITENCOURT, *op. cit.* p. 22

⁸⁰ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pág. 64 e 68.

⁸¹ *Op. cit.*

4.1.1 A direção sob influência de álcool e o princípio da intervenção mínima

O princípio da lesividade, conforme anteriormente explorado, incide diretamente sobre o poder punitivo do Estado, tendo em vista que apenas legitima uma intervenção penal quando destinada à proteção dos bens jurídicos mais relevantes a um determinado grupamento social. Nada obstante, ainda como forma de limitar a atividade nomogenética estatal referente à elaboração de normas penais, corolariando o princípio da lesividade, surge o princípio da intervenção mínima, previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

O referido diploma trouxe, no seu artigo 8º, que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”⁸². A partir daí nasce a noção de *ultima ratio* do Direito Penal, segundo a qual a incidência da norma penal apenas se destinaria às situações de inafastável necessidade. Assim, na hipótese de outras formas de sanção ou restabelecimento da ordem social afrontada se mostrarem mais pertinentes para a proteção da sociedade, a penalização de condutas se revela inadequada e desarrazoada. Afasta-se, portanto, o Direito Penal enquanto razão primeira, imediata.

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjugar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com sanções civis, não há motivo para a reação penal.⁸³

Evidente que, à luz do princípio da intervenção mínima, a repressão estatal deve ser verificada da menor forma possível, apenas se manifestando quando os ramos diversos da ciência jurídica, ou mesmo os meios extrajurídicos, se revelarem insuficientes para resguardar os bens considerados mais essenciais.

⁸² LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003

⁸³ HUNGRIA. Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª Ed. ver e atual. por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. VII. Pág. 118/119.

Ocorre que, com o decorrer dos anos, a legislação penal brasileira foi se vendo tomada por incontáveis alterações no seu texto e pela inclusão de uma série de tipos penais, como consequências de técnicas legislativas duvidosas e imprudentes, fruto de medidas emergenciais. Desta forma, na cena criminal contemporânea, o que se vê “é um legislador cada vez mais dissociado de uma política criminal garantista, revelando verdadeira tendência à utilização do Direito Penal como solução primária frente aos problemas sociais”⁸⁴.

Uma clara manifestação desta tendência excessivamente repressiva se percebe do crime de *Direção sob a Influência de Álcool*. A elaboração deste tipo penal foi fruto imediato do clamor social, da ampla comoção popular que aspirava pelo combate à violência no trânsito e pelos acidentes provocados por motoristas embriagados, em razão da vigorosa repercussão midiática do caos enfrentado diariamente no tráfego brasileiro.

O princípio da intervenção mínima determina a utilização do Direito Penal enquanto razão ultima, isto é, quando insuficientes os meios extrapenais ou quando estes forem não se mostrarem aptos à proteção de determinado bem jurídico. Sendo assim, punir penalmente a conduta do indivíduo que conduz veículo automotor sob a influência de bebidas alcóolicas ou substâncias semelhantes, ainda que não seja causado qualquer dano, se revela medida de excessivo rigor, afrontando diretamente o princípio da intervenção mínima.

Por lógico, a questão inerente à direção sob efeito de álcool ou substâncias análogas demanda soluções que ultrapassam a mera tipificação prevista no artigo 306 do Código de Trânsito. Este é um fenômeno social crescente, derivado de deficiências existentes há muito tempo na estrutura educacional, preventiva e de segurança do país. Destarte, impor um trato essencialmente penal a um problema desta amplitude se mostra descuidado e imprudente.

A intervenção mínima preceitua que a norma penal, primeiramente, deve ser adequada aos fins aos quais se propõe. Ficam

⁸⁴ LUIZI, *op. cit.*

excluídas, outrossim, as normas penais simbólicas, destinadas unicamente a aplacar os ânimos da população diante de situações de forte repercussão.

O escopo da legislação simbólica é voltado, eminentemente, à fortificação da confiança popular, seja no governo, seja no próprio Estado, ante às pressões diretas da população. É o que se chama de *legislação-álibi*. Através dela, busca o legislador descarregar-se das cobranças políticas, apresentando o Estado como sensível às expectativas dos cidadãos⁸⁵

A legislação-álibi se manifesta em situações nas quais há forte insatisfação popular em virtude de determinados acontecimentos, quando é exigida do Estado uma atuação mais enérgica. A “resposta”, portanto, se dá através da edição de tipos penais desarrazoados e vazios.

A tipificação do crime de *Direção sob a Influência de Alcool* nada mais é, então, que o puro reflexo do controle demagógico exercido pelo Estado brasileiro, destinado a controlar as paixões populares com vistas ao poder político. Se revela muito mais conveniente editar uma série de leis emergenciais, e ameaçar com a aplicação de sanções acaso estas se vejam desobedecidas, do que utilizar o Direito Penal somente para regular as situações mais graves. Deste modo, o que se vê atualmente, a exemplo do artigo 306 do CTB, é uma legislação penal simbólica, “utilizada como meio imediato para a resolução de conflitos sociais, sem qualquer compromisso com a realidade, ou mesmo com a sua justificação, na medida em que negligencia os custos da intervenção penal”⁸⁶, violando frontalmente o princípio da intervenção mínima e eivando o artigo 306 do vício da inconstitucionalidade

4.2 O ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO X A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, constante do artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Deste modo, é dever do Estado comprovar a culpa, isto é, a

⁸⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

⁸⁶ SCHMIDT, *op. cit.*

prática da infração penal por parte do indivíduo supostamente violador da ordem social.

Desta forma, “o ônus da demonstração da periculosidade deve recair sobre a parte que busca a incidência da pena, e não o contrário. O princípio da presunção de inocência impõe uma diretriz clara à aplicação do direito penal”⁸⁷. O princípio em questão tem caráter de garantia fundamental do cidadão, que o preserva “diante da atividade repressiva e notadamente agressiva do estado no exercício do *ius puniendi*, também atrelada ao princípio da dignidade humana e a necessidade de impedir a imposição da pena arbitrariamente”⁸⁸.

Tal presunção disposta no texto constitucional brasileiro, no entanto, reveste-se de caráter relativo, de modo que, uma vez que seja comprovado que o acusado é, de fato, responsável pela conduta violadora a um determinado bem jurídico, a repressão penal, mediante a imposição de uma penalidade, se torna legítima.

Ocorre que, nos crimes de perigo abstrato, dos quais tem-se claro exemplo o de *Direção sob a Influência de Álcool*, trazido no artigo 306 do Código de Trânsito, há uma presunção absoluta acerca da consumação da infração penal. A prática do indivíduo que conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou substâncias de efeitos similares, ainda que não provoque qualquer dano a algo ou outrem, por si só, já é suficiente para configurar o delito do artigo 306. O legislador antecipa, portanto, a consumação do delito, dispensando a violação de qualquer bem jurídico e impondo uma penalidade em virtude da simples prática da conduta contida no tipo.

Do exposto, é irrefutável que o crime de direção sob o efeito de álcool ofende prontamente o princípio na presunção de inocência, haja vista que a presunção do estado de inocência do indivíduo não pode coexistir com a presunção contida no artigo 306 do CTB – e peculiar a todos os crimes de perigo abstrato –, na medida em que esta antecipa a consumação do delito, sequer oportunizando ao sujeito a prova da sua inocência.

⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Princípio da Precaução, direito penal e sociedade de risco.** Revista IBCCrim, ano 14. nº. 61, julho-agosto de 2006. pág. 101.

⁸⁸ *Ibid.*

Tolher do sujeito a possibilidade de atestar a sua inocência diante da ocorrência de um fato criminoso afronta todas as garantias fundamentais dos cidadãos e inerentes a um Estado Democrático de Direito. Se revela, pois, em uma das formas mais atentatórias ao contraditório e a ampla defesa, concernentes aos procedimentos processuais, ou seja, presumir a culpabilidade do indivíduo fere de morte não só a presunção de inocência como a totalidade dos princípios penais.

A presunção absoluta característica do crime de *Direção sob a Influência de Álcool* faz antever a culpa do condutor do veículo, ainda que ante a ausência de qualquer dano, bastando que se comprove que ele realizou a conduta prescrita no tipo. Equivale a dizer que a norma pune pelo simples descumprimento do seu texto, não importando a ausência de periculosidade da conduta, bem como a violação aos princípios e garantias penais. Em sendo assim, é patente a sua desconformidade com a ordem constitucional brasileira, posto que “nestes casos, a falta de evidências de risco não decorre da incapacidade de uma das partes em apresentá-las, mas da própria ausência absoluta de conhecimento nomológico capaz de sustentar a tipicidade”⁸⁹.

A presunção legal absoluta do perigo se mostra incompatível com o princípio da presunção de inocência, consagrado pelo legislador originário, na medida em que afasta do indivíduo a chance de produzir provas da sua inocência, alçando-o, imediatamente, ao lugar de sujeito ativo da infração do artigo 306. No ordenamento pátrio, não se admite que uma dada conduta seja imputada a alguém sem que comprovada a sua culpabilidade, razão pela qual crime de *Direção sob a Influência de Álcool* carece de qualquer respaldo pela Lei Magna.

4.2.1 O ônus de demonstração da periculosidade

À luz do exposto linhas acima, segundo o princípio da presunção da inocência, cabe ao Estado, diante da ocorrência de um fato, demonstrar a culpabilidade do sujeito que, a princípio, é considerado inocente. Este preceito impede que os órgãos estatais, no exercício da persecução

⁸⁹ *Ibid.*

penal, atuem em face do suspeito/indiciado/denunciado/réu como se este já houvesse sido condenado.

Diante disso, emerge a regra probatória fundamental do Direito Penal, que determina que o ônus da prova recaia, de forma exclusiva, sobre a acusação, devendo esta expor que o sujeito praticou o fato criminoso que lhe foi ou está sendo imputado. A presunção absoluta do perigo na conduta do motorista embriagado – comum aos crimes de perigo abstrato –, não admitindo elementos probatórios que possam comprovar sua plena capacidade psicomotora, isentam o Estado-acusador do ônus de provar a culpa do condutor, sujeitando o indivíduo às penalidades cominadas no artigo 306 do Código de Trânsito sem possibilidades de defesa.

Presumir a ocorrência do crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, ainda que os níveis alcóolicos se encontrem em quantidade insignificante – ou mesmo diante da ausência de qualquer dano – implica na violação de garantias fundamentais dos cidadãos, desonerando o Estado do seu dever, da sua obrigação inafastável de provar a culpabilidade do sujeito.

Diante desse quadro, o Poder Judiciário acertadamente vem contendo as arbitrariedades decorrentes da aplicação do artigo 306 do Código de Trânsito, adotando uma interpretação jurisprudencial justa, razoável e congruente com os ditames constitucionais e princípios penais, considerando a efetiva “alteração da capacidade psicomotora”, e não os meros índices prescritos pelo artigo, como condição essencial para lastrear uma condenação criminal com fulcro no artigo 306. Nesse sentido, conforme levantamentos realizados, mais de 70% dos acusados pelo crime do artigo 306 do CTB são inocentados⁹⁰, evidenciando o largo entendimento jurisprudencial no sentido do abuso existente no mencionado tipo.

É certo que o artigo 306 do CTB e sua aplicação dão ensejo à arbitrariedade estatal, permitindo a criminalização de uma conduta fundada em aspectos meramente formais e contrariando os princípios basilares do Direito Penal e do Estado Democrático de Direito, ao isentar o Estado-acusador do seu ônus de demonstrar a efetiva culpabilidade do condutor. Deste modo, não pode uma norma penal democrática permitir que a criminalização de condutas

⁹⁰ Disponível em <<http://g1.globo.com/carros/noticia/2014/04/com-nova-lei-seca-juizes-absolvem-motoristas-flagrados-no-bafometro.html>> Acesso em 19/03/2015

traga temor e limitação social, tornando o Estado onipotente no exercício da persecução penal.

4.3 A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Prevê o princípio da culpabilidade, ou da responsabilidade subjetiva, que a imposição de uma reprimenda de natureza penal apenas deve ser atribuída ao autor a quem se possa imputar um ilícito praticado de modo reprovável. Assim, “a pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico”⁹¹. “A designação “culpa” está indissociavelmente ligada a uma ideia negativa, reprovável, ou melhor, à referibilidade a alguém como causador de um resultado nocivo”⁹².

Desta forma, não pode existir crime sem a constatação da culpabilidade, na medida em que é nulo o crime sem culpa, ou seja, é nulo o crime ao qual não se pode atribuir a posição de sujeito ativo a um determinado indivíduo, posto que não há crime sem a realização de uma conduta, seja ela dolosa ou culposa. “O direito penal não se presta a punir pensamentos, idéias, ideologias, nem o modo de ser das pessoas, mas, ao contrário, fatos devidamente exteriorizados no mundo concreto e objetivamente descritos e identificados em tipos legais”⁹³.

O princípio penal da culpabilidade afasta, portanto, a imposição de uma responsabilidade penal objetiva, na medida em que o dolo ou culpa devem estar contidos na ação do sujeito para que se afigure legítima uma intervenção criminal. Assim, por força deste princípio, não é suficiente que a conduta seja apenas tida como injusta, isto é, típica e antijurídica, sendo imprescindível que seja reputada culpável, imputável a um determinado indivíduo.

⁹¹ JESUS. Damásio E. de. **Direito Penal vol. 1º - Parte Geral**. 26. ed rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2003. pág. 11.

⁹² SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pág. 68.

⁹³ CAPEZ, *op. cit.* p. 27

Todavia, se faz imperativo notar que o crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, em sendo crime de perigo abstrato, rejeita integralmente a noção de culpabilidade inerente ao condutor de veículo automotor que, na letra do artigo 306, se encontre sob a influência de bebidas alcóolicas ou substâncias de efeitos análogos. Isto porque, praticada a conduta prevista na norma, qual seja, conduzir veículo sob o estado de embriaguez provocado pelo álcool ou substância semelhante, o legislador dispensa a existência de dano efetivo ou potencial a um bem jurídico, sendo a direção bastante para configurar o ilícito penal.

O crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito conjectura, de maneira absoluta, a criação de um perigo por parte do condutor. Importa dizer que o agente se encontra sujeito à reprimenda penal pela simples desobediência à letra da lei, sendo despicienda a comprovação de qualquer lesão a um bem tutelado pela norma penal. O sujeito que conduzir automóvel sob a influência de álcool estando acima dos índices previstos pelo parágrafo primeiro do artigo 306, ainda que não venha a atropelar um terceiro ou causar dano ao patrimônio – dolosa ou culposamente, se encontra sujeito às penalidades cominadas. Logo, havendo ou não qualquer consequência juridicamente relevante, está consumada a figura penal de *Direção sob a Influência de Álcool*, independentemente do comportamento culposos por parte do agente. Evidente, pois, a violação ao princípio da culpabilidade.

Sanção penal somente deve existir quando da efetiva lesão ou ameaça dessa lesão a um bem jurídico. Prever perigo prescinde de uma iminência de prejuízo, castigando o sujeito que não ofendeu qualquer tutela jurídica. Então, a proporcionalidade não é respeitada na medida em que não há lesão ou ameaça de lesão e há aplicação de pena. Ora, não havendo que se falar em pena, muito menos se pode falar em uma punição proporcional ao bem jurídico. Punição proporcional é punição de acordo com o que se feriu, na medida em que se feriu e nesse caso não houve feridas a qualquer bem juridicamente tutelado.⁹⁴

Portanto, a culpabilidade, a existência de culpa do sujeito é totalmente desconsiderada na figura delitiva em questão, posto que o legislador a presume, determinando a incidência da letra da lei sobre a conduta levada a efeito pelo sujeito. No momento em que o legislador ignora a efetiva existência

⁹⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A Tutela Penal Constitucional**. São Paulo: RT, Revista IBCCRIM, jul/set. 2002.

de lesão ao bem penalmente tutelado para configuração do tipo, impõe ao agente uma sanção penal sem que reste comprovada a sua culpa, violando frontalmente o princípio da responsabilidade subjetiva, da culpabilidade e, por conseguinte, a ordem penal constitucional.

A edição do artigo 306 do CTB contribui para a consolidação de um Direito máximo, fruto de uma política legislativa emergencial e simbólica, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Uma norma penal democrática deve estar fundada na proteção e garantia dos seus cidadãos, de modo que não pode ser utilizada como símbolo de poder, destinada unicamente a satisfazer de forma imediata o clamor proveniente da sociedade.

Assim, a edição dos crimes de perigo, dos quais se tem o exemplo claro do crime de *Direção sob a Influência de Álcool*, diretamente o princípio da culpabilidade, bem como a Lei Magna que nos rege, na medida em que “não basta a caracterização, devendo-se sempre indagar acerca da antijuricidade material, a qual exige efetiva lesão ou ameaça concreta de lesão ao bem juridicamente protegido, requisitos esses que constituem verdadeiro pressuposto para a caracterização do injusto penal”⁹⁵.

⁹⁵ DELMANTO, Roberto. **As Inconstitucionalidades da Lei Seca**. Boletim IBCCRIM, Ano 16, nº 189, Agosto 2008. pág. 18

5 CONCLUSÃO

O crime de *Direção Sob a Influência de Álcool*, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito, reeditado pela Lei 12.760 de 2012, surgiu de uma conjuntura social específica, isto é, os numerosos acidentes de trânsito ocorridos na caótica estrutura viária brasileira. A comoção social proveniente dos acidentes provocados por motoristas sob o efeito de bebidas alcóolicas foi tamanha, que deu ensejo à reestruturação do mencionado artigo, vulgarmente conhecido como “Lei Seca”.

Consoante restou demonstrado no decurso do presente estudo, a figura típica de *Direção Sob a Influência de Álcool* é fruto do fenômeno de hipertrofia legislativa, no qual a lei penal tem como precípuo escopo a contenção da sensação de insegurança da população diante de eventos amplamente repercutidos pelos meios de comunicação. Neste sentido, são concebidas figuras criminais extremamente rígidas, em geral elaboradas às pressas pelo legislador, visando unicamente a aplacar os ânimos de uma sociedade que pugna pela realização de uma suposta justiça. A partir daí surgem leis penais sem uma clara demarcação da sua abrangência, dos bens jurídicos por ela tutelados e do seu objeto material, fundadas exclusivamente em conceitos abstratos e sujeitos a interpretações extensivas, e, por conseguinte, atentando diretamente contra os princípios penais constitucionalmente consagrados.

Tendo em vista o seu contexto de elaboração, infere-se que o legislador, ao editar o artigo 306 do Código de Trânsito, objetivou, em verdade, resolver uma situação de cunho eminentemente social mediante a aplicação da norma penal, utilizando-a como razão primeira. Destarte, estabeleceu a criminalização da condução de veículo automotor por motorista embriagado com base simplesmente na antijuridicidade formal, na mera subsunção do fato à norma ainda que na ausência de lesão a um bem jurídico, supondo, assim, a ocorrência da lesão e fulminando, por conseguinte, as possibilidades de defesa do sujeito acusado e as circunstâncias de cada caso concreto – característica peculiar aos crimes de perigo abstrato progressivamente editados pelo legislador contemporâneo.

Os crimes de perigo abstrato presumem, de maneira absoluta, a criação de um perigo pelo sujeito ativo da conduta determinada na figura típica. Neste íterim, significa dizer que o autor da conduta é penalizado em razão, unicamente, da transgressão do mandamento legal, mesmo que não seja constatada a existência de qualquer violação ou ameaça de violação ao bem protegido, isto é, mesmo diante da ausência de qualquer resultado jurídico. Está-se diante da utilização da legislação simbólica, que objetiva, eminentemente, oferecer uma resposta imediata à população, fortalecendo sua confiança no Estado.

A despeito da intenção do legislador em reduzir os custos sociais decorrentes dos resultados gravosos dos acidentes de trânsito provocados por veículos conduzidos por motoristas embriagados, a utilização da técnica legislativa de antecipação da tutela penal, mediante a utilização dos crimes de perigo abstrato, demanda especial cautela. Isto porque o Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito regido pelo princípio penal da lesividade, em virtude das invasivas consequências das suas penalidades, deve restringir-se às situações relevantes, nas quais há a impossibilidade de regulação pelas normas civis e administrativas, e desde que constatadas lesões concretas aos bens jurídicos. O legislador, no ímpeto de suprir o momentâneo clamor social pela repressão aos acidentes trânsito provocados por motoristas embriagados, preteriu os princípios constitucionais, se valendo, desde logo, da forma mais gravosa e intervenção social, o Direito Penal.

Neste sentido, a pretexto de resguardar um bem jurídico relevante, o legislador, através de uma política criminal simbólica, que visa unicamente atender às pressões populares pelo recrudescimento da lei penal, se vale dos crimes de perigo abstrato, presumindo o perigo contido na conduta do indivíduo e antecipando uma (conjectural) lesão ao bem jurídico, mesmo que não haja qualquer lesão material, real.

Ora, é cediço que a Carta Constitucional configura instrumento essencial para o exercício do *jus puniendi* estatal, isto é, seu poder punitivo. Deste modo, quando da escolha dos comportamentos socialmente reprováveis, o legislador regula as práticas dos indivíduos em atenção aos bens jurídicos constitucionalmente determinados, evitando, assim, a intervenção arbitrária e desarrazoada do Estado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do

cidadão. Ocorre que, a fim de legitimar esta intervenção criminal do Estado, o tipo penal deve estar calcado em conceitos concretos, precisamente definidos, e não em meras abstrações passíveis de violar a segurança jurídica.

Diante disso, se revela de importância vital o estudo do crime de *Direção Sob a Influência de Álcool* face aos princípios do Direito Penal. Tendo em vista que a lei penal apenas deve ser manuseada nas situações em que se verifique uma efetiva, concreta lesão a um bem jurídico penalmente tutelado – e sendo os meios extrajurídicos e demais ramos da ciência jurídica insuficientes para regular a situação –, é questionável a elaboração de um tipo penal que tem sua origem ligada a acontecimentos sociais específicos. Ademais, evidente que no ordenamento jurídico brasileiro há a possibilidade de regulação dos acidentes ocasionados por motoristas embriagados através de campos diversos do Direito, a exemplo das normas administrativas.

Deste modo, o crime de *Direção Sob a Influência de Álcool* não deveria se utilizar da norma penal com vistas a mitigar o caos instaurado no trânsito nacional, haja vista que a mera conduta de dirigir embriagado, via de regra, sequer viola um bem jurídico concreto. Com efeito, a conduta do motorista que dirige veículo automotor sob efeito de álcool ou substâncias análogas é plenamente regulável pelo Direito Administrativo, de modo que a fiscalização e a imposição de multas têm o condão de prevenir a ocorrências destes acidentes. Assim, a Lei Penal somente deveria se ver utilizada diante da ocorrência de efetiva agressão aos bens jurídicos, isto é, nos casos que originem lesões corporais e/ou homicídios de trânsito.

O artigo em questão fere de morte os princípios penais da lesividade, da *ultima ratio*, da presunção de inocência, da culpabilidade, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da intervenção mínima. A intervenção penal no campo da direção sob a influência de álcool não se afigura legítima somente pela presunção de sua periculosidade em virtude do consumo de determinada quantidade de álcool, posto que não há qualquer lesão a um bem juridicamente tutelado.

A lei 12.760, que reeditou o artigo 306, criminaliza o ato do motorista embriagado, ainda que não haja qualquer lesão concreta a um bem jurídico. Se vale, portanto, de medidas de natureza penal como instrumento

primeiro de regulação social, violando o caráter de razão última do Direito Penal.

Portanto, cumpre salientar a recomendação no sentido da inaplicabilidade do artigo 306 do Código de Trânsito, em virtude da existência, na ordem jurídica brasileira, de instrumentos diversos e mais eficientes de regulação da hipótese de incidência do crime de *Direção Sob a Influência de Álcool*, como, por exemplo, a própria infração administrativa, prevista no artigo 165 do mesmo diploma legal, o Código de Trânsito. O artigo 306 do CTB, portanto, representa uma mácula à Constituição Federal, sendo fundado na noção de um vigoroso intervencionismo estatal sobre as liberdades individuais, e alargando imprudentemente a esfera de atuação imotivada dos agentes públicos.

Ademais, em vista da inconstitucionalidade do crime de *Direção Sob a Influência de Álcool*, posto que violadora de inúmeros princípios penais, impende frisar a utilidade essencial do Direito Penal, qual seja, a proteção dos bens jurídicos fundamentais à sociedade. Desta forma, não cumpre ao legislador infraconstitucional regular condutas com base unicamente em comoções sociais e midiáticas, mas, isto sim, atentar aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sob pena de ensejar a deslegitimação da norma penal.

REFERÊNCIAS

BARROS LIMA, Alberto Jorge. Criminalização e Direitos fundamentais: entre a intervenção mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito (UFAL)**, v. 3, p. 15-30, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

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

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pág. 64 e 68

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001

_____.: **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. IV.

_____.: **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 213.

BORBA, Maurício. **A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato**. Revista Jurídica da UNIFACS. Disponível em:
<http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/.../disc_02.doc>
Acessado em: 21 de Setembro de 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 61, p. 44-121, julho-agosto 2006, p. 66.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

Cf. LAMPE, E. J. **Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis**, p. 151 *et seq.* *Apud* PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. *Apud* SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2010

DELMANTO, Roberto. **As Inconstitucionalidades da Lei Seca**. Boletim IBCCRIM, Ano 16, nº 189, Agosto 2008. pág. 18.

Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. **Estatísticas de Acidentes**. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/rodovias/operacoes-rodoviaras/estatisticas-de-acidentes/pesquisa-medico-hospitalar-relatorio-especifico-2012.pdf>> Acesso em 12/02/2015

EDITORIAL. Mais do mesmo na produção de leis penais. **Boletim IBCCrim**. São Paulo: Ano 20, n. 240, novembro, 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4755-Editorial--mais-do-mesmona-producao-de-leis-penais>. Acesso em: 05 maio. 2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 161

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. Revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.10.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: n. 39, 2004.

_____.: **Curso de Direito Penal: parte especial**. Volume 2. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 108.

HUNGRIA, Nelson *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 213

_____.: **Comentários ao Código Penal**. 4ª Ed. ver e atual. por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. VII. Pág. 118/119.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed. rev. e ampl. Granada: Comares, 2001, p. 256.

JESUS. Damásio E. de. **Direito Penal vol. 1º - Parte Geral**. 26. ed rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2003. pág. 11.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Crimes de Trânsito**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo : 1998. pág. 46.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____.: **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MARCHIORI, Raphael. **Álcool e velocidade causam 65% das mortes no trânsito**. Gazeta do Povo. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/alcool-e-velocidade-causam-65-das-mortes-no-transito-caqaqo704vrda8j9eukewtnbi>>. Acesso em 11/02/2015

MIRANDA, Pontes. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 36.

MOCCIA, Sérgio. A involução Pós-Moderna do Sistema Penal. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**. São Paulo: ano 21, n. 100, jan-fev 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2003. pág. 385

MUÑOZ CONDE, F. **Introducción al Derecho Penal**. Primera edición: Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975. p. 48

NEVES, Marcelo. 2007, p.1 *apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo, 15ª edição, 2009, p.31

_____.: **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.v.1.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____.: **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. I.

ROXIN, C. **Problemas fundamentais de Direito Penal**, Belo Horizonte: Vega, 2003, p. 27-28

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas a Prisão**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA JÚNIOR, Edson Miguel da. **Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro**. São Paulo : Boletim IBCCrim nº. 76/6. março/1999. pág. 6

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A Tutela Penal Constitucional**. São Paulo: RT, Revista IBCCRIM, jul/set. 2002.

VARGAS, José Cirilo. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002.