

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME AUGUSTO DE OLIVEIRA MONTENEGRO

**AS IMPLICAÇÕES DA LEI 11.705/2008 NA LEGISLAÇÃO DE
TRÂNSITO BRASILEIRA: ANÁLISE CRÍTICA DAS MODIFICAÇÕES
NO SISTEMA LEGAL**

CURITIBA

2009

GUILHERME AUGUSTO DE OLIVEIRA MONTENEGRO

**AS IMPLICAÇÕES DA LEI 11.705/2008 NA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO
BRASILEIRA: ANÁLISE CRÍTICA DAS MODIFICAÇÕES NO SISTEMA LEGAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Roberto Bacila

**Curitiba
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

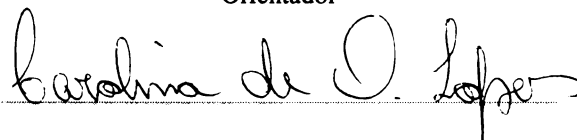
GUILHERME AUGUSTO DE O MONTENEGRO

As implicações da Lei 11.705/2008 no sistema de punições: Análise crítica das modificações no sistema legal

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CARLOS ROBERTO BACILA
Orientador



CAROLINA DE OLIVEIRA LOPES
Primeiro Membro



PAULO CÉSAR BUSATO
Segundo Membro

A Deus, pela graça da existência e pelo
sopro da vida,
aos meus pais, irmãos e avós, por
estarem sempre comigo,
à Jéssica, por todo o seu carinho,
aos amigos, pelo companheirismo,
e ao Egrégio Partido Democrático
Universitário, pela vontade de vencer,
dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos mestres, luzes guias na longa estrada do saber, em especial ao Professor Carlos Roberto Bacila, pela orientação atenciosa no presente trabalho, e também ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pela solicitude em abrir as portas da sua biblioteca à minha pesquisa. Agradeço também aos amigos Gustavo e Bruno, auxílio pelos livros emprestados, e aos servidores, Ari, Jane, Karina e Valquíria por sempre estarem dispostos a ajudar, nos mais diversos problemas. Agradeço à Jéssica, minha amada namorada, por me fazer companhia enquanto escrevia este trabalho. E é claro aos meus pais Jorge e Rita, agradeço, entre infinitas coisas, por toda minha educação, por me acordarem para as aulas ao longo desses cinco anos e por estarem sempre do meu lado. Também aos meus irmãos, Eduardo e Carolina, e avós, Geraldo, Ivete, Wilson e Zuleika, por sempre acreditarem no meu potencial.

“Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o címbalo que retine (...) E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.” Apóstolo São Paulo (I Coríntios 13)

RESUMO

O presente procura expor a tentativa, materializada na denominada "Lei Seca", de resolver a problemática da violência no trânsito brasileiro, causada pelo consumo de álcool pelos condutores de veículos motorizados. Tal exposição pretende demonstrar as falhas e as conseqüências negativas das alterações trazidas por essa lei, apontando para uma saída alternativa para esse problema através da educação e conscientização. O foco da abordagem é a alteração, pela Lei 11.705/2008, do tipo penal do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, mas também serão analisadas as mudanças administrativas e processuais atinentes à matéria, em especial a questão do uso do bafômetro.

Palavras chave: Lei Seca. Artigo 306 CTB. Bafômetro. Violência. Trânsito

SUMÁRIO

1. Introdução	8
1.1. Considerações iniciais.....	8
1.2. Delimitação do tema	9
2. Das razões do surgimento da Lei 11.075/2008 e suas primeiras conseqüências	10
2.1. O Contexto do Trânsito no Brasil e no mundo	10
2.2. Aspectos positivos e argumentos favoráveis à 'Lei Seca'	11
2.2.1 Do comportamento do álcool no organismo.....	11
2.2.2 Da suposta necessidade de se estabelecer um padrão para a classificação do tipo penal	12
2.3. Estatísticas pós 11.705/2008	13
3. Das medidas administrativas	14
3.1. Dos avisos e da venda de bebidas alcoólicas nas rodovias federais.....	14
3.2. Das infrações de trânsito.....	15
4. Do tipo penal do artigo 306	19
4.1. Breves considerações	19
4.2. Do tipo penal como tipo de perigo abstrato.....	20
4.3. Da contrariedade aos princípios de direito penal	22
4.3.1. Princípio da intervenção mínima	23
4.3.2. Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos	24
4.3.3. Princípio da lesividade	26
4.3.4. Princípio da proporcionalidade e individualização da pena	30
4.3.5. Princípio da adequação social	32
5. A nova legislação e o cidadão	34
5.1. Dos atingidos pela nova Lei	34
5.2. Da estigmatização imposta ao condutor que ingere pequena quantidade de álcool	35
5.3. Do erro de tipo no artigo 306.....	37
5.4. Da explicação para os números trazidos com a vigência da nova Lei.....	38
6. Das questões processuais	39
6.1. Considerações iniciais acerca dos testes de alcoolemia	39
6.2. O princípio <i>nemo tenetur se detegere</i>	40
6.3. Em face do ordenamento jurídico brasileiro	42
6.4. Da inviabilidade da utilização do princípio da proporcionalidade contra o <i>nemo tenetur se detegere</i>	43
6.5. Do que acontece na prática	44
6.6. Da impossibilidade de se determinar o estado de alcoolemia	45
7. Possível solução para o problema do trânsito	46
8. Conclusão	48
9. Referências Bibliográficas	50
10. Anexos	52

1. Introdução

As alterações trazidas pela Lei 11.705/2008 geraram no sistema legal brasileiro, diversas repercussões, seja no âmbito administrativo, penal ou processual penal. Cada uma dessas esferas acompanha um leque de críticas, e o objetivo do presente trabalho é determinar se são pertinentes com relação ao contexto do trânsito no Brasil, no que diz respeito à soma dos fatores álcool e direção.

1.1. Considerações iniciais

O tema abordado é extremamente atual e traz efeitos sérios no cotidiano dos motoristas e da sociedade como um todo. Afinal, todos nós somos invariavelmente participantes do trânsito que nos cerca, agindo como condutores de veículos, passageiros ou pedestres, estando sujeitos aos riscos inerentes a esse meio.

Analisando o histórico das estatísticas do trânsito de nosso país, teremos a percepção de que este é um dos mais violentos do mundo. De acordo com o Ministério da Saúde, *"em 2004, 35.674 pessoas morreram em decorrência de acidentes de trânsito (sic) no Brasil"*¹.

Sabe-se também que a maioria dos acidentes de trânsito está freqüentemente associada ao consumo de bebidas alcoólicas. Sobre o consumo de álcool e sua correlação com o trânsito, a Organização Mundial de Saúde nos fornece dados por demais alarmantes:

São 2 bilhões o número de consumidores de bebidas alcoólicas no mundo. Do ponto de vista da Saúde Pública, 76,3 milhões de pessoas apresentam problemas diagnosticáveis associados ao consumo de bebidas alcoólicas. O álcool causa anualmente 1,8 milhão de mortes, 3,2% do total, e é responsável por 4% dos "anos perdidos de vida útil" no mundo. Entre as décadas de 70 e 90 o consumo de álcool cresceu mais de 70% entre os brasileiros.²

1 BRASIL, Exposição de Motivos MP 415/2008, fonte Ministério da Saúde, 2006. Acessado do sítio eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Exm/EMI-13-gsi-mj-mcidades-mec-mt.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2009.

2 BRASIL, Exposição de Motivos MP 415/2008, fonte OMS. Acessado do sítio eletrônico:

Com relação ao consumo de álcool associado à condução de veículos, apontam os recentes estudos realizados pela Associação Brasileira de Departamentos de Trânsito:

Pesquisa realizada em 1998 por iniciativa da Associação Brasileira de Departamentos de Trânsito – ABDETRAN - em quatro capitais brasileiras - Salvador, Recife, Brasília e Curitiba - a qual apontou que entre as 865 vítimas de acidentes, quase um terço (27,2%), apresentou taxa de alcoolemia superior a de 0,6 g/l, índice limite definido pelo Código de Trânsito Brasileiro.³

Preocupado com essa situação e com o alerta midiático acerca do tema, foi publicada e entrou em vigor no dia 19 de junho de 2008 a Lei 11.705/2008, popularmente conhecida como 'Lei Seca', oriunda da conversão da Medida Provisória nº 415/2008.

Todavia, o caráter excessivamente rigoroso que as alterações previstas na Lei 11.705/2008 impõem aos condutores de veículos automotores que ingerem pequenas quantidades de álcool, sem causar qualquer lesão aos bens jurídicos, são a causa da grande polêmica acerca da validade da referida lei.

A injusta punição por uma conduta inofensiva, juntamente com a pretensão legislativa de inverter o ônus probatório de inocência para o condutor suspeito de embriaguez, é algo que precisa ser analisado e corrigido urgentemente.

1.2. Delimitação do tema

Não seria o presente trabalho capaz, nem é pretensão do seu autor, de abordar pontualmente e de forma completa todas as alterações trazidas pela Lei 11.705/08, tampouco discorrer sobre a problemática do trânsito como um todo. Assim sendo, esta dissertação terá seu foco apenas nas principais mudanças e nos resultados diretos destas no mundo fático.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Exm/EMI-13-gsi-mj-mcidades-mec-mt.htm. Acesso em 15 de setembro de 2009.

3 BRASIL, Exposição de Motivos MP 415/2008, fonte ABDETRAN, 1998. Acessado do sítio eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Exm/EMI-13-gsi-mj-mcidades-mec-mt.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2009.

Analisaremos o novo sistema legal sob a perspectiva do Direito Penal, especificamente acerca da alteração do texto do tipo penal previsto no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, passando-se a punir o condutor de veículo automotor cuja concentração de álcool no sangue ultrapasse a 0,6 decigramas por litro.

Subsidiariamente, levaremos em consideração a perspectiva administrativa das alterações impostas pela Lei 11.705/2008 no que tange à maior severidade das infrações previstas no Código de Trânsito Brasileiro, como também sob o aspecto do Direito Processual Penal, no que diz respeito à produção de provas, sobretudo com relação à recusa do motorista suspeito em realizar o teste do bafômetro ou do exame de sangue.

É claro que essa análise sistemática da nova normativa em vigor será contextualizada ao problema concreto, até então sem aparente solução que são os perigos oferecidos pelo trânsito à sociedade, problema que a Lei 11.705/2008 pretendia e pareceu minimizar, mas que no longo prazo, não se mostrou eficaz em combater.

2. Das razões do surgimento da Lei 11.075/2008 e suas primeiras conseqüências

Agora analisaremos os motivos que levaram o legislador a promover as referidas alterações, a preocupação com a segurança viária e os argumentos que respaldam a mudança no sistema legal.

2.1. O Contexto do Trânsito no Brasil e no mundo

A partir de 1891, com a chegada do primeiro veículo automotor em terras brasileiras, trazido de Paris por Henrique Santos Dumont, irmão do aviador Alberto Santos Dumont, a nossa sociedade sofreu mudanças e adaptações que lhe impuseram no seu modo de vida a utilização dos automóveis como algo indispensável.

O advento do automóvel revolucionou o modo de vida dos seres humanos ao redor de todo o mundo, “encurtou” distâncias, facilitou a integração entre regiões, trouxe progresso, desenvolvimento e industrialização. Todavia, à medida que a sede humana por locomoção e liberdade ia sendo saciada pela contínua fabricação de novos veículos automotores, a sociedade viria a descobrir que esta maravilha moderna, na verdade, era uma 'faca de dois gumes'.

Isto porque, junto com todos os benefícios, a circulação de automóveis também oferecia riscos, e não demorou às primeiras mortes começarem a ocorrer no mundo inteiro. Percebeu-se que a existência de acidentes era inevitável, estes, por sua vez, era um risco inerente a esta nova atividade. Considerando que a inexistência e risco seria algo utópico, nada mais restou à sociedade contemporânea a não ser proceder à investigação das causas dos acidentes, corrigindo as falhas descobertas na pretensão de minimizar a ocorrência dos resultados trágicos.

Ao longo do tempo, melhoraram-se as condições de segurança oferecidas pelos veículos, a engenharia de tráfego aperfeiçoou as condições das vias, ainda que tenha deixado muito a desejar. Mas mesmo com esses avanços, o trânsito continua a ser uma das principais causas externas de mortalidade em todo o mundo. Isto porque, outro fator, por imprudência ou imperícia, é o maior causador de acidentes automobilísticos, o motorista.

Não são suficientes veículos, e vias de circulação modernas e bem projetadas, se grande parcela dos motoristas desafia insistentemente os limites destes, expondo a si próprio e aos outros ao perigo. Necessária se torna, portanto, uma firme intervenção do Estado nesse sentido, firme no sentido de eficaz, porém, jamais, de forma alguma exagerada.

2.2. Aspectos positivos e argumentos favoráveis à 'Lei Seca'

Talvez influenciados pela divulgação das primeiras estatísticas de mortalidade no trânsito após a entrada em vigor da Lei 11.705/2008, grande parte da sociedade adotou posição favorável à nova legislação. De acordo com os que compartilham com esta idéia, o maior rigor imposto, tanto administrativamente, e

principalmente no âmbito penal, foram os responsáveis diretos pela economia de vidas nos meses subseqüentes às alterações do Código de Trânsito Brasileiro.

Quanto à nova definição do tipo penal, cujo elemento determinante é a concentração de álcool acima de 0,6 g/l de sangue, os favoráveis à nova legislação a defendem de modo enfático, por diversas razões, as quais serão expostas a seguir.

2.2.1 Do comportamento do álcool no organismo

Um dos argumentos favoráveis às mudanças, é que pesquisas comprovam que a ingestão de qualquer quantidade de álcool no sangue já é capaz de promover a redução na capacidade de percepção, e na tomada de decisões por parte do indivíduo. Há, mesmo quando se ingere uma ou duas latinhas de cerveja, uma natural redução nos reflexos do motorista, e por sua vez, presume-se que o mesmo passa a produzir um risco acima daquele permitido. Sobre o risco permitido discorre com Juarez Cirino dos SANTOS:

A permissibilidade de ações perigosas depende do significado social, então maior o risco pode ser permitido; se o risco tem utilidade meramente individual, então o menor risco é proibido. Nesse sentido, é interessante o critério que classifica as ações perigosas em ações de luxo ou supérfluas, cuja realização pode configurar risco não permitido, e ações socialmente úteis ou necessárias, normalmente abrangidas pelo risco permitido.⁴

Sob a óptica da violação do risco permitido o condutor ao conduzir alcoolizado geraria um risco desnecessário à segurança viária, mas a real existência desse risco é algo questionável, eis que pode derivar de mera presunção legal.

2.2.2 Da suposta necessidade de se estabelecer um critério objetivo para a classificação do tipo penal

Outro argumento é o fato de que os efeitos sentidos por cada indivíduo, quando exposto ao álcool, não seguem um mesmo modelo, variam de caso a caso,

4 BURGSTALLER, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, p. 58; também, SCHÜNEMANN, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte. JA 1975, p. 575 s. apud SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do Fato Punível*, p. 105.

e por isso então haveria a necessidade da estipulação, por parte do legislador, de um valor absoluto máximo, ainda que artificial, de concentração de álcool permitida no sangue do condutor de veículo. De acordo com tal entendimento, não haveria empecilho algum em configurar um tipo de perigo abstrato, independentemente do perigo gerado no caso concreto.

Acaba sendo injusta no caso a nova redação do artigo 306 por não estabelecer também um critério objetivo para a punição daqueles que conduzem sob o efeito de substâncias psicoativas, já que o tipo penal para estes continua sendo de perigo concreto.

2.3. Estatísticas pós 11.705/2008

E é óbvio, que estes argumentos somados às primeiras estatísticas posteriores à entrada em vigor da nova legislação, num primeiro momento dão a impressão de que a Lei 11.705/2008 seria a 'solução mágica' para resolver a violência automobilística, amargada há muito pela população brasileira.

Senão vejamos a seguinte comparação, entre os anos de 2007 e 2008, nos períodos anterior e posterior à entrada em vigor da Lei 11.705/2008, é notável a redução da mortalidade por regiões e por capitais brasileiras, como demonstram as Tabela 1 e 2 em anexo⁵, referentes à mortalidade por acidente de trânsito por região e por capitais, respectivamente, ambas com base nos anos de 2007 e 2008.⁶

E não só o número de mortes foi reduzido, mas também o número de internações, o que demonstra que a nova lei, além de poupar vidas, poupou a integridade física e saúde de motoristas, passageiros e pedestres, bem como fez o Estado brasileiro economizar uma enorme cifra, com o tratamento de acidentados. Vejamos a seguir a redução dos índices de internação, por região, e nas capitais brasileiras, no período 2007/2008, como demonstram as Tabelas 3 e 4, em anexo.⁷

⁵ Em anexo, página 56.

⁶ BRASIL, Ministério da Saúde, 2009, Acessado do sítio eletrônico: http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=1450&CO_NOTICIA=10320. Acesso em 15/09/2009.

⁷ BRASIL, Ministério da Saúde, 2009, Acessado do sítio eletrônico: http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=1450&CO_NOTICIA=10320. Acesso em 15/09/2009.

Bem, após a análise destas estatísticas, a princípio parece ser difícil posicionar-se contra a lei que é o objeto de estudo e crítica do presente trabalho. No entanto, o que pretendemos a seguir é averiguar e demonstrar qual a verdadeira razão desses números, se são decorrentes ou não do rigor excessivo agora imposto, e a necessidade ou abusividade da Lei 11.705/2008.

3. Das medidas administrativas

Muito embora não seja o foco desta dissertação, fica prejudicado o entendimento da nova sistemática legal de trânsito se não fosse abordado, ainda que de modo sutil, o tema das medidas administrativas referentes à questão.

Isto porque, em que pese o presente trabalho versar sobre a Lei 11.075/2008 como um todo, o objetivo do seu autor é tratar dos temas mais polêmicos, em matéria de direito penal e processual penal, mais precisamente o tipo agora elencado no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, e a compulsoriedade da realização do teste de alcoolemia.

3.1 Dos avisos e da venda de bebidas alcoólicas nas rodovias federais

Da breve análise dos artigos 1º ao 4º da Lei 11.705/2008⁸, não há sobre o que questionar o legislador, que por entender necessário, para a segurança viária, impôs de forma administrativa a obrigatoriedade de avisos nos estabelecimentos que vendem bebidas alcoólicas e restringiu o comércio das mesmas nas rodovias federais, sob pena de multa.

Isto porque, a esfera administrativa, na qual estão inseridas as referidas determinações e a proibição da comercialização, é a esfera adequada para o Estado implantar políticas públicas, fazer suas escolhas e impor normas discricionariamente. Ou seja, do mesmo modo que permite a criação de estabelecimentos e a comercialização de álcool no seu interior, também cabe ao Estado fiscalizá-los e estabelecer normas de seu regular funcionamento.

⁸ Vide anexos, p. 56.

Aquele que deseja manter comércio, ao longo de rodovias federais, as quais são de domínio e são mantidas às custas dos cofres públicos, devem se submeter aos caprichos, mandos e desmandos, quando legais, da administração pública. Por essa razão, resta prejudicada a crítica à mudança trazida por esses artigos, eis que a alteração imposta reflete apenas a opção estatal pela vida em detrimento da liberdade de comércio de bebidas alcoólicas.

Até o que já foi exposto, não há crítica cabível e tampouco surge polêmica acerca do tema, a não ser pelo fato de não ter havido grande preocupação legislativa acerca das formas de cumprimento e fiscalização das novas regras impostas. É inegável que pelas dimensões do nosso país, o controle da venda de bebidas à beira das rodovias é algo fácil de se estabelecer na teoria, contudo os resultados práticos da proibição, sem uma fiscalização adequada, são consideravelmente pequenos.

Quanto à matéria, esta é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4103, proposta pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento – ABRASEL Nacional, no ano 2008, que se encontra aguardando julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.⁹

3.2 Das infrações de trânsito

Por outro lado, o que causou grande alarde e apelo social, foi o artigo 5º da Lei 11.705/2008: "*A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes modificações*", no que tange às infrações administrativas, em seus incisos, II e III.

O inciso II traz apenas uma mudança conceitual no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro. Antes o artigo 165 tinha a seguinte redação:

Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância *entorpecente* ou que determine dependência física ou psíquica;
Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;

⁹ Acessado por meio de sítio eletrônico:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2628419>. Acesso em 21 de outubro de 2009.

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

Agora passa a vigorar com a seguinte redação:

Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância *psicoativa* que determine dependência:

Infração - gravíssima;

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

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

Note-se que ocorreram duas leves modificações, primeiro com a substituição da terminologia entorpecente por substância psicoativa, sendo que tal alteração teve a finalidade de aclarar a redação do artigo, para se adequar melhor à *mens legis* do legislador original, de modo a evitar uma interpretação restritiva do texto legal ali inserido.

Outra mudança foi a fixação do período da suspensão do direito de dirigir, a que não se fazia referência no texto antigo e passa agora a ser de 12 meses.

Já o inciso III, também do artigo 5º, que consagrou o apelido de 'Lei Seca':

O art. 276 passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Parágrafo único. O órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos. (NR)

Não por acaso esta alteração de ordem administrativa foi a que mais causou alarde e preocupação entre os motoristas, os quais receosos começaram a mudar seus hábitos, não mais ingerindo "quantidades toleráveis de álcool" antes de dirigir, certamente pelo temor de eventual fiscalização a qual acreditavam que seria ostensiva.

Vale ressaltar, que apesar de aparentemente possuir caráter de mudança mais radical, o referido artigo não é tão polêmico na doutrina quanto o do tipo penal previsto no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, porque aqui a dosimetria e a

aplicação de penas são mais toleráveis, já que não estão na esfera penal, não resultando, portanto, na restrição da liberdade de locomoção do indivíduo.

De acordo com Hans WELZEL¹⁰: "*Do Direito Penal se elimina o direito das chamadas penas não-criminais, porque seu fundamento jurídico não é o delito no sentido anteriormente indicado*". O referido penalista então separa as *infrações à ordem administrativa ou policial (Ordnungswidrigkeiten)* do âmbito do direito penal, dando para elas a seguinte definição¹¹:

Seus tipos tendem à obtenção de um estado (objetivo) desejado, desde o ponto de vista da política administrativa, particularmente econômica e o asseguram através de uma ameaça de pena. O desvalor do fato se esgota na simples infração. O emprego da pena se realiza menos por esta infração insignificante, do que para assegurar o objetivo de política econômica. A pena é aqui *primeiramente medida finalista, que é imposta por regra geral como "pena de ordem", por uma autoridade administrativa*. Entretanto, muitas vezes se ameaça também com uma pena a ser pronunciada pelo juiz criminal, em lugar da pena de ordem; com isso, esse personagem é recarregado com uma tarefa de política administrativa, alheia a ele na sua essência.

Também faz essa distinção o penalista alemão Claus ROXIN¹²:

Não pertencem ao Direito Penal, senão ao Direito Público em sentido estrito, aqueles preceitos que cominam a conduta anti-normativa com outras sanções distintas das do Direito criminal (...) Igualmente, o Direito das contravenções, cujas disposições em parte são similares ou iguais às do Direito Penal, tampouco é Direito Penal, já que seus tipos apenas permitem o castigo com uma multa administrativa.

Embora pareça rigorosa, tal tolerância zero, agora imposta, é inegavelmente legítima, haja vista que o direito de conduzir automóveis em via pública é uma autorização estatal, por isso que existe a permissão, ou habilitação para dirigir, que nada mais é do que uma licença que a administração pública concede para que este ou aquele indivíduo conduza veículo.

¹⁰ WELZEL, Hans, *Strafrechts*, trad. port. Direito Penal/ Hans Welzel; Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 55.

¹¹ WELZEL, Hans, *Strafrechts*, trad. port. Direito Penal/ Hans Welzel; Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 55/56.

¹² ROXIN Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage* Beck, München, 1994, trad. esp., *Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997. p. 43 - "*El Derecho Penal como Derecho público. Medidas disciplinarias, multas y sanciones administrativas como sanciones no penales.(...) No pertenecen al Derecho Penal, sino ao Derecho público en sentido estricto, aquellos preceptos que cominan la conduta antinormativa con otras sanciones distintas de las del Derecho criminal.(...) Igualmente el Derecho de las contravenciones, (...) cuyas disposiciones en parte son similares o iguales a las del Derecho penal, tampoco es Derecho penal,*

Desse modo, por se tratar de uma benesse estatal, o Estado pode, quando amparado por lei e visando sobrepor o interesse público, no caso a segurança viária, ao interesse individual, qual seja a liberdade de dirigir veículo sob influência de álcool: pode restringir, aplicar multa e suspender uma licença que conferiu, não fazendo mais do que sua obrigação de normatizar e fiscalizar, algo que tem por obrigação regular.

Deste modo, não pretende o presente trabalho fazer críticas negativas à Lei 11.705/2008, no que tange às infrações administrativas. Pois não é o objetivo central desta dissertação abordar a infração administrativa do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, isto porque é típica do direito administrativo a prevalência da discricionariedade estatal e o sobressalto do interesse público sobre o privado.

Apesar de questionável quanto à conveniência ou efetividade da norma, é admissível a figura do perigo abstrato, figura que será o próximo objeto de estudo, no âmbito administrativo, como legitimadora das sanções impostas pelo Estado a determinadas condutas, sejam elas lesivas ou não. Por outro lado, o perigo abstrato não é bem recepcionado pelo Direito Penal, como veremos adiante, sendo que os princípios deste rejeitam aquele, pois o este ramo do direito, ao contrário do Administrativo, age de forma incisiva no âmago dos direitos e garantias individuais do cidadão.

No Direito Penal o Estado deve ser mínimo, deve respeitar os limites de sua atuação de modo a abominar qualquer tipo de arbitrariedade e opressão, pois de acordo com FERRAJOLI: *"a pena de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário indivíduo"*.¹³

ya que sus tipos sólo permiten 'el castigo con una multa administrativa'".
¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão : teoria do garantismo penal, prefácio da 1. ed. italiana*, Norberto

4. Do tipo penal do artigo 306

Analisaremos agora a alteração que trouxe as conseqüências mais gravosas ao condutor, sendo merecedora, portanto, de uma abordagem mais profunda, no intuito de evidenciar a injustiça na punição ao condutor inofensivo.

4.1 Breves considerações

O ponto central desta monografia, mais controverso e sobre o qual se estenderá a maior parte da crítica, é sem dúvida o tipo penal previsto no artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito, que de forma polêmica foi alterado pela Lei 11.705/2008.

Constava do artigo 306, da Lei 9.503/1997, Código de Trânsito Brasileiro:

Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Com as alterações estipuladas pelo artigo 5º, inciso VII, aquele artigo passou a vigorar com a seguinte redação:

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

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Aparentemente, pouca coisa mudou, substitui-se, como elemento essencial do tipo, o termo conduzir sob influência de álcool, por conduzir estando com concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue.

Contudo, o legislador, talvez se esquecendo de que estava atuando na esfera penal e dos princípios que a regem, atacando de uma só vez diversos desses

princípios e certamente a Constituição Federal, mudou de modo acríptico a postura norteadora do dispositivo, como será visto nos sub-itens a seguir.

4.2. Do tipo penal do artigo 306 como tipo de perigo abstrato

O Direito Penal classifica como tipos de lesão aqueles que necessitam de uma efetiva lesão para o bem jurídico e como tipos de perigo aqueles cuja simples colocação em risco do bem jurídico tutelado autorizam a aplicação da norma incriminadora.

Por sua vez os tipos de perigo se subdividem em perigo concreto, os quais necessitam uma real situação risco, e perigo abstrato, onde o perigo pode ocorrer de fato ou ser mera ficção jurídica. Essa diferenciação é importante para o entendimento da problemática surgida com a nova legislação. RODRIGUEZ trata do pensamento de Schröder acerca desses tipos:

Em segundo lugar, define os tipos de perigo concreto como aqueles em que o perigo é um elemento do tipo que, para tanto, deve ser comprovado pelo juiz, mas a exigência desta verificação é fruto exclusivamente do fato de que o perigo apareça como um elemento expresso do tipo. (...) Por outro lado, define os delitos abstratos como aqueles no quais a periculosidade vem definida legislativamente. Neles se enunciam, através do tipo, os indícios da periculosidade da ação, de modo que o juiz não pode nele adentrar para comprovar se real e efetivamente a ação correspondia à periculosidade determinada pelo legislador.¹⁴

No âmbito da classificação da natureza dos tipos quanto à descrição da produção de uma lesão ou de um perigo para o bem jurídico tutelado, perigo concreto ou abstrato, tem-se notado que a legislação de trânsito brasileira, no tipo referente à embriaguez ao volante, oscila no decorrer da história entre estas duas classificações.

A primeira legislação nacional a tratar especificamente do tema foi o Decreto-Lei 3.688/1941, definindo em seu artigo 34 como contravenção penal¹⁵:

¹⁴ MENDES RODRIGUÉZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 190.

¹⁵ GOMES, Luis Flávio, CUNHA Rogério Sanches, PINTO Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Dirigir veículos na via pública ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

De acordo com Luiz Flávio GOMES o entendimento doutrinário alusivo a este artigo era pacífico no sentido de que o mesmo descrevia, nas hipóteses de ocorrência de embriaguez ao volante, um tipo de *perigo abstrato*.¹⁶

No entanto, com a edição do Código de Trânsito Brasileiro em 1997, a embriaguez ao volante passou a ser qualificada como crime, mas de perigo concreto, previsto no artigo 306 desse Código, de acordo com GOMES:

Exigindo exposição de dano potencial à incolumidade de outrem, deixou de ser perigo abstrato, demandando prova do risco, isto é, uma situação de perigo concreto a uma pessoa individualizada. Essa interpretação, no entanto, acabou não preponderando, contentando-se boa parte da doutrina com a direção anormal (em ziguezague, v.g.), suficiente para rebaixar o nível da segurança viária (condutor sob influência da substância + direção anormal, de forma a rebaixar o nível de segurança viária).¹⁷

Ocorre, todavia, que com a alteração trazida pela Lei 11.705/2008, o tipo penal correspondente ao artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, voltou à qualidade de crime de perigo abstrato, fixando-se em patamar artificial autorizador da aplicação da sanção pena, qual seja, o limite de alcoolemia de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Tal retrocesso é motivo de controvérsia atualmente.

Quando o legislador opta por reprimir condutas que por si só, senão por uma mera ficção jurídica, não oferecem perigo real de lesão aos bens tutelados pelo direito, ele extrapola a legitimidade estatal do *ius puniendi*, fundamentado na proteção da sociedade, passando a punir com base em receios imaginários, em hipóteses desprovidas de qualquer lastro concreto, rompendo em definitivo o binômio proteção/punição.

Diferentemente do que ocorre no âmbito penal, dentro do novo sistema punitivo trazido pela 'Lei Seca', entende-se que não merece crítica a opção do legislador por tornar mais severas as sanções administrativas para os condutores

¹⁶ Idem. Ibidem.

¹⁷ Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

que dirigem sob o efeito de álcool ou substâncias análogas. Isto porque, como já exposto anteriormente, a esfera administrativa é a mais apropriada para o Estado atuar com discricionariedade e mais incisivamente.

Seria muito mais acertado, dado a complexidade e peculiaridade de cada situação, deixar a cargo do juiz analisar o perigo gerado pelo ato de dirigir embriagado, com a utilização do perigo concreto, na medida em que a letra fria e o crivo cego do legislador não são a escolha mais acertada para promover a justiça no mundo concreto.

4.3 Da contrariedade aos princípios de direito penal

A construção do direito penal contemporâneo, que ao mesmo tempo pretende "*vigiar e punir*"¹⁸, também estabeleceu os limites à atuação Estatal. Dessa forma o direito penal serve ao homem, tanto para castigá-lo quanto para controlar quem o castiga.

E não por outra razão, senão para dar garantias, que a aplicação do *ius puniendi* seria controlada por princípios, ao menos nos casos em que o Estado fosse regido pelo sistema democrático, pois efetiva democracia não há sem respeito e salvaguarda aos mandamentos principiológicos que limitam o poder punitivo.

São princípios gerais de direito penal: legalidade ou reserva legal, intervenção mínima, irretroatividade, adequação social, culpabilidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, lesividade ou ofensividade, humanidade, insignificância ou bagatela, fragmentariedade, individualização da pena, proporcionalidade e territorialidade.

Então, qual seria a vantagem de se seguir a risca esses princípios, para o Estado Democrático de Direito?

Vale ressaltar que esses princípios não se estabeleceram de uma hora para outra, mas são frutos de uma construção crítica e analítica do direito penal e traduzem o que há, até os dias atuais, de mais democrático, garantista e justo na aplicação das penas.

Sua utilidade está principalmente em dar segurança aos cidadãos de que somente serão apenados quando isso for realmente necessário; de que o Estado

¹⁸ Título da obra de Michel FOUCAULT.

não se insurgirá contra eles de forma arbitrária, seja punindo-os além dos limites, seja criminalizando condutas que não produzem risco aos bens jurídicos objeto de tutela.

Dentre os princípios elencados acima, alguns deles estão em evidente conflito com a Lei 11.705/2008, o que será demonstrado de maneira exaustiva logo adiante.

4.3.1. Princípio da intervenção mínima

Para compreendermos melhor esse princípio, é fundamental entendermos a gravidade e o impacto que a pena causa na vida do indivíduo, e o pavor coletivo que o Direito Penal pode vir a ocasionar quando usado de forma extravagante.

A norma punitiva gera conseqüências severas quando do descumprimento das regras cogentes, haja vista que pode vir a tolher direitos fundamentais, como o direito a liberdade de locomoção, ou até mesmo o direito fundamental à vida em muitos casos, isto quando falamos de países que aplicam a pena de morte regularmente.

O Direito Penal, deste modo, impõe obediência a determinadas regras cujo descumprimento resulta na aplicação de graves sanções, e por essa razão precisa ter uma delimitação bem clara e rigorosa, para que não sejam permitidas justamente, por uma aplicação extensiva de punições, abusos e violações, ainda que respaldadas por texto legal, às liberdades individuais.

Dessa preocupação e também da experiência amargada com regimes cruéis, absolutistas e ditatoriais, extraiu-se que o Direito Penal não pode ser um capricho do Estado; para ser justo e humano, não pode estar sujeito à discricionariedade, às políticas e opções estatais. A origem do injusto penal deve ser oriunda de comportamentos socialmente reprováveis, deve ter fundamento no modo de vida da sociedade, nos bens jurídicos que ela preconiza, partindo dela e para ela.

O princípio da intervenção mínima nada mais é do que entendermos o Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, deve ser aplicado, somente no último caso, dada a gravidade de suas implicações. Esse princípio busca nos livrar da arbitrariedade, e assegurar os direitos e garantias de cada indivíduo frente à autoridade estatal.

Acerca do Direito Penal como *ultima ratio* discorre MUÑOZ CONDE, "o Direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito".¹⁹

Ou seja, o Direito penal deve agir apenas de forma subsidiária, quando esgotadas as possibilidades de reprimir determinadas condutas consideradas indesejáveis através da utilização de outros ramos do Direito. Nada mais sensato, haja vista que a gravidade da sanção penal é algo que deve levar a aplicação do Direito Penal apenas para os casos mais extremos de descumprimento ao ordenamento jurídico.

4.3.2. Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos

É entendimento majoritário, dentro da doutrina penal contemporânea, o condicionamento de atuação e finalidade do direito penal à proteção dos bens jurídicos, ou seja, fora da correlação, pena e salvaguarda dos bens jurídicos tutelados, fica inibida qualquer aplicação do *ius puniendi* além desses limites. De acordo com ROXIN:

A lesão de um bem jurídico como pressuposto da punibilidade. A exigência de que o Direito penal só pode proteger 'bens jurídicos' desempenhou um importante papel na discussão da reforma das últimas décadas. Partiu-se do princípio de que o Direito penal só tem que assegurar determinados 'bens' previamente estabelecidos, como a vida, a integridade corporal, a honra, a Administração da Justiça, e etc, e dessa posição deduziu-se a exigência de uma redução substancial da punibilidade em um sentido duplo.²⁰

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, ed. Bosch. p. 59, apud BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro : Revan, 11. ed, 2007, p. 85.

²⁰ ROXIN Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage* Beck, München, 1994, trad. esp., *Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997. p. 52. - "II La lesión de un bien jurídico como presupuesto de la punibilidad. 2. La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger 'bienes jurídicos' ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las última décadas. Se partió de la base que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados "bienes" previamente dados, como la vida, la integridad corporal, el honor, la Administración de Justicia, etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido.

A compreensão de que esta seria a finalidade do Direito Penal foi na verdade introduzida por FEUERBACH com sua definição de delito, segundo a qual este consistiria em *lesão de um direito subjetivo alheio*, e por consequência o Direito penal teria por escopo proteger tal direito para permitir a vida em sociedade, garantindo aos indivíduos que não teriam seus direitos individuais violados, reconhecendo a pena como necessária a manutenção da segurança e do contrato social.²¹

Tal concepção foi refutada posteriormente por BIRNBAUM, em 1834, o qual substituiu a idéia de proteção ao direito subjetivo pela idéia de proteção ao bem jurídico, os quais, materiais, deveriam ser estabelecidos pelo legislador.

Essa é mais uma forma de impedir que a aplicação do Direito Penal extrapole a sua finalidade exclusiva, a proteção da sociedade e dos bens socialmente relevantes e essenciais, não permitindo a criação do tipo e a respectiva punição de indivíduos baseada em 'bel prazeres' estatais e em normas extravagantes, sem o lastro de um bem jurídico tutelado.

O que mais deveriam proteger, em tese, as normas penais senão aquilo que a Constituição e a vida em sociedade estabelecem como essenciais. Como bem expõe o ilustre penalista brasileiro Juarez Cirino dos SANTOS, ao narrar "os objetivos declarados do discurso jurídico oficial":

Como se vê: os bens jurídicos mais importantes da vida humana individual ou coletiva são selecionados para proteção penal: a lesão real ou ameaçada desses bens jurídicos pode desencadear as mais graves consequências previstas no ordenamento jurídico, as penas criminais ou as medidas de segurança.²²

Refiro-me a proteger "em tese" porque existe também a discussão acerca de qual a eficácia da proteção oferecida pela sanção penal, uma vez que esta não impede o cometimento do delito e a lesão do bem jurídico, pois que apenas

²¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de derecho penal comum vigente em Alemania*. Traducción al castellano por Eugenio Zaffaroni e Irmã Hagemer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p.63. apud SILVEIRA Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra- individual*. São Paulo: RT, 2003, p.38.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal : parte geral*, 2 ed. - Curitiba : ICPC; Lumen Iuris, 2007, p. 5.

posteriormente a essa lesão é que a norma penal produz seus efeitos, não evitando a ofensa, mas tão somente vingando, retribuindo ao infrator o dano causado.

De qualquer sorte, o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos também veda a punibilidade baseada em juízos de moral, na medida em que o caráter da norma penal deve ser objetivo, sendo a moral nada mais do que um padrão de conduta, que muito embora por vezes possa ser violado através de comportamentos socialmente reprováveis, quando não associados ao perigo de lesionar um bem tutelado pelo Direito, não deve ser passível de punição.

Considerando tal apontamento, poderíamos nos questionar acerca da 'Lei Seca' e concluir que ela possui arraigada em si um juízo de moral, ainda que não de forma explícita. Quando se impõe a sanção penal ao motorista pelo mero cometimento da conduta: dirigir após consumir bebida alcoólica - sem estar tal punição lastreada pela direta ofensa a um bem jurídico tutelado, está se aplicando o Direito Penal do autor, punindo-se o suposto "bêbado" pela sua simples condição, não sendo este necessariamente aquele que imprudente ou dolosamente põe em perigo concreto à coletividade.

4.3.3. Princípio da lesividade

Diretamente relacionado aos princípios mencionados nos sub-itens anteriores, encontra-se o princípio da lesividade, segundo o qual não se podem punir condutas que não causem um efetivo dano ou perigo aos bens jurídicos tutelados. Isto significa que além de a norma penal ter por escopo proteger um determinado bem jurídico, para que alguém sofra a coerção estatal, é necessário que produza alguma lesão a esse bem jurídico.

De tal sorte, quando associamos o Direito Penal à idéia de proteção dos bens jurídicos, idéia esta que lhe dá justificativa e autoriza sua atuação, há o pressuposto de que o que está sendo protegido sofre potencial ameaça de dano ou perda. Sendo assim, fica evidente que a proteção deve ter seu lastro na lesão ou na possibilidade séria de ocorrência desta com relação a determinados e previamente

selecionados bens jurídicos, que pelo princípio da *fragmentariedad*²³, o Direito Penal opta por proteger.

Não é outro o entendimento de MAURACH, GÖSSEL e ZIPF:

Pela mesma razão, ações contrárias a norma são sempre ações que causam dano a um bem jurídico - devido ao que, nas leis penais, as ações constitutivas de infração à norma são pressupostos de punibilidade - e por isso, como condutas puníveis, são também estes últimos sempre ações danosas de bens jurídicos. Se bem podem existir condutas puníveis que não representem uma lesão de um bem jurídico, o certo é que não existem condutas sem que haja ao menos um prejuízo para um bem jurídico, na forma de colocação deste em perigo.²⁴

Como já visto anteriormente, o Direito Penal deve ter aplicação subsidiária, não podendo ser aplicado em qualquer caso e de acordo com os caprichos estatais, mas tão somente pode incriminar condutas que causem um efetivo perigo à vida em sociedade, comprometa a convivência harmoniosa entre os seus indivíduos, isto tudo refletido nos bens considerados socialmente relevantes e dignos de uma proteção mais incisiva.

Sobre a necessidade de afetação de terceiros para a possibilidade de atuação do Direito Penal, nos ensina SARRULE:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direito de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.²⁵

De acordo com o jurista brasileiro Nilo BATISTA:

Este princípio (o da lesividade) para o terreno penal da questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral - e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo (...) No

23 Princípio segundo o qual o Estado faz opção por determinados bens jurídicos, para serem objeto de tutela do Direito penal.

24 MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte General*, v. 2., Astrea, Buenos Aires, 1997. trad. esp. Jorge Boffil Genzch, do original em alemão: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 7. Auflage, 1989. p. 117- 118.

25 SARRULE, Oscar Emilio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)*. Buenos Aires: Editora Universidad, 1998, p. 98. apud. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 53.

direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime - por isso chamado de objeto jurídico do crime).²⁶

Configurada a interdependência entre lesão, ainda que na sua forma potencial, e proteção, temos um binômio indissociável, que nos garante a limitação da atuação punitiva estatal, o da lesão/proteção, daí decorrendo, ainda segundo o professor Nilo BATISTA, este princípio tem quatro funções²⁷:

Proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados existenciais; e por último; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Pelo menos, de duas destas proibições citadas pelo referido autor, podemos notar claro conflito com o tipo previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, e caso haja interpretação de que este tipo também tem por finalidade a proteção do próprio autor, ainda há conflito com uma terceira proibição.

Ao incriminar o condutor alcoolizado, simplesmente pelo fato de assim estar, pode-se entender que a *proibição de incriminação de simples estados existenciais* está sendo violada, pois, olvida-se a necessidade de que haja lesão a terceiros como pressuposto da punibilidade, criminalizando-se o motorista pelo simples fato de estar num estado de alcoolemia, independentemente do que este realiza.

Entendidos, Direito e moral, como entes separados, não se pode permitir o julgamento moral como elemento autorizador das sanções criminais, tampouco fica permitida a efetivação de um Direito Penal que puna o ser e não o fazer. Nas palavras de BATISTA, "*o direito penal só pode ser um direito penal da ação, e não um direito penal do autor, como eventualmente se pretendeu*".²⁸

Contudo, destas vedações citadas acima, a que a nova redação do artigo 306 contraria de forma mais enfática é aquela que *proíbe a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico*. Como já exposto no início deste

26 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro : Revan, 11ª ed, 2007, p. 91.

27 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro : Revan, 11. ed, 2007, p. 92-95.

28 Idem. *Ibidem*.

item, a função protetiva só encontra lugar quando há lesão do bem jurídico, além disso, o Direito Penal deixa de proteger e passa a agredir.

Acerca desta proibição discorre ZAFFARONI, "*não pode haver delito que não reconheça como suporte fático, um conflito que afete bens jurídicos alheios, entendidos como elementos de que outrem necessite para a respectiva auto-realização*".²⁹

Isto porque, por mais que determinadas condutas sejam socialmente indesejadas ou reprováveis, incorretas do ponto de vista moral, e aqui entra a falsa idéia de que o condutor após ingerir qualquer quantidade de álcool torna-se automaticamente um grande perigo à segurança viária, quando ausente o risco a bem jurídico de terceiros, fica desautorizado o *ius puniendi*.

Sobre o assunto GRECO ressalta:

*A impossibilidade de atuação do Direito penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio das pessoas que, naturalmente, são diferentes.*³⁰

Por outro lado, se entendermos que a finalidade da norma prevista no artigo 306 tenha vistas a proteger o bem jurídico vida, no caso a do próprio motorista, quando não houver riscos a terceiros, tem-se que a proibição de incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor está sendo violada.

Afinal, não pode o Direito Penal punir o condutor por colocar a ele próprio em perigo, assim como não se pode punir a tentativa de suicídio ou a auto-mutilação. Muito mais que uma vedação de punibilidade estabelecida pelo Direito e pelos seus princípios, esta é uma questão de lógica e coerência.

4.3.4 Princípio da proporcionalidade e individualização da pena

Todo apenamento que tenha a pretensão de legitimidade deve ser proporcional a ofensa causada, ou seja, a reação estatal frente à conduta reprovável

²⁹ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume - Rio de Janeiro, 2003, 3. ed, 2006. p 225-226.

³⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 55.

do cidadão deve ser medida e aplicada na medida proporcional à ação transgressora do indivíduo.

Não pode simplesmente o Estado aplicar penas aleatoriamente, de forma geral, ou de forma não condizente com a gravidade do delito. Antes deve o Direito Penal buscar elementos para medir o tamanho da ofensa gerada, e, conseqüentemente, dar uma punição adequada e mensurada aquele que infringe a norma penal.

Nas palavras de ZAFFARONI:

Não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou.³¹

Eis que, ao punir desigualmente aqueles que delinqüem de forma igual, ou punir igualmente pessoas por crimes diferentes, toda a idéia de justiça e coerência do Direito é quebrada, assim como toda a confiança depositada no mesmo. Não haveria lógica nenhuma, por exemplo, em punir com mais rigor o furto em relação ao homicídio, o que nos faz concluir que deve haver uma certa racionalidade e razoabilidade na dosimetria da pena, mesmo que a pena, por si só, em última análise seja tida como algo irracional.

Podemos notar a aplicação do princípio da proporcionalidade desde o Talião, a regra do 'olho por olho, dente por dente' refletia a necessidade da aplicação moderada da pena, para ter, o Direito Penal, alguma pretensão de justiça. Todavia, a complexidade do sistema atual torna mais difícil a tarefa do jurista em dar a exata medida, quantificar a gravidade e a pena dos diversos delitos previstos na lei.

Alberto Silva FRANCO fala acerca deste princípio, dividindo-o em proporcionalidade em sentido abstrato e em sentido concreto:

³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume - Rio de Janeiro, 2003, 3. ed, 2006. p 230-231.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de relações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).³²

Ou senão acontece aquilo exatamente previsto por BECCARIA:

Se a pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar vantagem.³³

A punição do simples estado de embriaguez do motorista, desprovida de qualquer periculosidade concreta nos faz concluir que a nova redação do artigo 306, resulta numa desproporcionalidade em sentido abstrato, enorme entre a pena fixada, demasiado severa, e a conduta que produz mínima ou nenhuma lesividade.

A nova tipologia do artigo 306, além de ferir o princípio da proporcionalidade no que diz respeito à severidade das penas, também enfraquece o senso de justiça e racionalidade do Direito, pois dá o tratamento similar a indivíduos que embora no mesmo contexto, possuam condutas diferentes produzindo riscos diferentes.

Isso porque ao levar em conta apenas a concentração de álcool no sangue do motorista, o tipo penal em questão dá uma carta branca para uma condução irresponsável, não diferenciando assim, aquele que embora alcoolizado dirige conforme as demais normas de trânsito daquele que também infringe as mesmas.

Pune-se com base no perigo abstrato da mesma forma com que se pune no perigo concreto, esquecendo-se da insignificância da periculosidade gerada por aquele, colocando-a no mesmo patamar da gerada por este.

Ademais, equivoca-se o legislador ao incluir uma presunção de perigo absoluta apenas em relação ao álcool, baseada na quantidade ingerida, qual seja de

³² SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

³³ BECCARIA, Cesare Bonesana, *Dei Delitti e delle Pene*, trad. port. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2 ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 1997. p. 39.

6 decigramas por litro de sangue, não fixando qualquer valor com referência às drogas.³⁴

Dessa forma, acaba sendo punido com maior rigor o condutor sob o efeito do álcool com relação àquele sob o efeito de drogas, o que acaba sendo discrepante com a lógica do sistema penal, que é punir mais severamente aquele que comete o delito mais grave.

4.3.5. Princípio da adequação social

Como já exposto anteriormente, o Direito Penal tem por escopo proteger a vida em sociedade, não como um instrumento da imposição estatal, mas sim como garantidor do respeito aos direitos individuais dos cidadãos. Esses cidadãos compõem justamente a sociedade objeto de proteção do poder estatal, por essa razão, não podem as atitudes permitidas e realizadas por essa sociedade serem objeto de repressão.

A utilização do *ius puniendi* deve estar restrita à manutenção da harmonia da comunidade, podendo limitar as condutas individuais apenas na medida em que estas sejam socialmente reprováveis, pois a legitimação do Direito Penal é esta, a proteção da sociedade e não a afirmação do Poder Estatal. Por essa razão no entendimento de MIR PUIG, “*não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto*”.³⁵

E a tolerância social ao consumo de álcool anteriormente ao ato de conduzir veículo é um hábito construído historicamente, não apenas no Brasil, assim como nos mais diversos países, muito embora isto não seja desejável também inexistente na maior parte dos indivíduos um senso de forte reprovabilidade deste tipo de conduta.

Muito pelo contrário, pesquisas mostram que grande parte dos motoristas brasileiros consome álcool antes de dirigir. Tal fato comprova-se pelo insistente

³⁴ Muito embora o artigo 306 faça menção à substância psicoativa, o mais adequado seria a expressão drogas, tal qual o faz a Lei de Drogas, haja vista que muitas substâncias produzem efeitos na mente do condutor, a exemplo da cafeína. Porém, a intenção do legislador não é punir a condução sob o efeito de todas essas substâncias, mas sim as ilícitas.

³⁵ MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 154. Apud. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal : de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 5. Ed. – São Paulo : Saraiva, 1994, p. 132.

apelo midiático para que os indivíduos não ajam de tal forma, pois é sabido que a prática é reiterada e de difícil mudança no nosso e em vários outros países.

Daqueles que defendem a 'Lei Seca', boa parte em algum momento da vida, seja em datas comemorativas ou para desfrutar o agito da vida noturna, já conduziu veículo automotor com relevante concentração de álcool no sangue, confiando em sua habilidade para evitar acidentes e conduzindo de forma prudente. Estes não agem além do que a sociedade tolera, eis que a reprovabilidade social do ato de conduzir embriagado apenas existe fortemente quando o motorista produz riscos concretos à segurança viária, e não isoladamente o fato de o motorista possuir esta ou aquela quantidade de álcool no sangue.

Ao partirmos da premissa de que a descrição do tipo previsto no artigo 306 é nada mais do que um fenômeno socialmente tolerável e que não é com a letra fria da lei que se muda um costume arraigado na população, devemos considerar que para produzir em seu seio um senso de forte reprovabilidade na conduta deve ser primeiramente conscientizada.

Somente após a forte rejeição, e não a simples 'indesejabilidade', da população ao mero fato de um cidadão dirigir embriagado, nesse caso independentemente de produção de risco à segurança do trânsito, é que fica o Direito Penal autorizado, legitimado e acreditado para punir conforme o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Em face do equívoco legislativo, na elaboração da nova redação do artigo 306, em punir uma conduta, o princípio da adequação social deve ser entendido como um *princípio geral de hermenêutica*³⁶, sendo o referido princípio definido por Toledo, "se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas".³⁷

Para uma lei penal ter aceitação, ser obedecida e perdurar, ela precisa estar inserida no contexto da sociedade em que ela é aplicada, sob pena de não ser bem

³⁶ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, p.58. Apud. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal : de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 5. Ed. – São Paulo : Saraiva, 1994, p. 131.

³⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal : de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 5. Ed. – São Paulo : Saraiva, 1994, p. 131.

recepcionada e cair em desuso, como já vem acontecendo com algumas das mudanças estabelecidas pela Lei 11.705/2008.

5. A nova legislação e o cidadão

Como forma de compreender melhor o impacto das alterações na legislação na vida da sociedade, de um ponto de vista mais amplo, estudaremos a seguir quem é o público alvo da nova lei e as conseqüências práticas disso decorrentes.

5.1 Dos atingidos pela nova Lei

O rigor excessivo imposto pela nova legislação, que supostamente inibiria a atuação dos motoristas embriagados não trouxe os efeitos pretendidos, isto porque quem de fato é atingido pela punição não é o motorista irresponsável, que atraído pela sensação de impunidade continua a causar perigo aos que convivem na via pública.

Quem de fato é afetado e punido pela nova legislação é muitas vezes o condutor desafortunado que mesmo conduzindo com o máximo de cuidado, muitas vezes ao ser surpreendido em uma blitz acaba por sofrer as sanções penais impostas pela nova legislação, simplesmente porque resolveu fazer um brinde no dia de seu aniversário ou em uma data festiva.

Tal demasia punitiva é típica do “*terrorismo penal*” de RADBRUCH, que FERRAJOLI enquadra na “prevenção geral negativa por meio da ameaça legal”:

Êxitos terroristas desta natureza, começando pela punição de um inocente, vêm seguramente preclusos pela segunda e mais moderna doutrina da prevenção geral negativa, a qual conecta a função dissuasiva do direito penal em relação à generalidade dos associados não imediatamente ao caráter exemplar da imposição da pena, mas sim, e mediatamente, á ameaça contida na lei penal que ela representa.³⁸

Sacrificar as liberdades de um indivíduo, a partir da utilização do Direito Penal como instrumento da prevenção geral negativa é um ato de barbárie cometido pelo Estado, além de injusto causa o enfraquecimento do sistema de punições que passa

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão : teoria do garantismo penal, prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio*. 2 ed. rev. e ampl. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 258.

a ser acatado em função do medo, passageiro, e não em função do respeito, duradouro.

5.2 Da estigmatização imposta ao condutor que ingere pequena quantidade de álcool

O grande apoio popular que sustenta a Lei 11.705/2008 decorre de duas razões principais, primeiramente a constante perda de vidas humanas em função do trânsito violento e também o estereótipo construído acerca dos motoristas que causam os graves acidentes nas ruas e estradas brasileiras.

Sem dúvida, a primeira razão elencada configura um motivo justo para o fato de a sociedade ter demandado mudanças na legislação atinente ao tema, pois a função do Direito é exatamente garantir a proteção dos bens jurídicos essenciais, sendo o mais importante a vida.

Contudo, a segunda razão elencada acima é a grande responsável pelo exagero legislativo e pelas injustiças decorrentes do mesmo, haja vista que busca legitimar uma severidade de punição através de estigmas, e os estigmas se fundam através de *pré-conceitos*, os quais de acordo com o Professor Carlos Roberto BACILA:

São generalizados pelos estereótipos (...) que são criados por diversos meios de comunicação como a televisão e o rádio e que exibem as formulas predominantes de resolução simbólica de tensão: aqueles que praticam crimes contra a propriedade ou assassinatos são descritos como pessoas de aparência desagradável e de características que não comportam atrativos.³⁹

Aqui não estamos tratando da imagem gerada por ladrões ou assassinos, mas sim pela imagem que nos vem à mente quando cotidianamente imaginamos um condutor alcoolizado, uma pessoa automaticamente imprudente, que viola as demais normas de tráfego, que fala e anda com dificuldade, o que nem sempre condiz com a realidade.

39 BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um estudo sobre os preconceitos, Editora Lumen Juris : Curitiba, 2005, p. 30

De qualquer modo, se o direito busca promover a justiça, ele não pode estar calcado em rótulos e preconceitos, deve ser, portanto, a negação dos estigmas, como bem afirma o professor Carlos Roberto BACILA:

Negar estigmas significa, em última análise, exaltar as virtudes e promover as qualidades positivas, apesar da realidade das condutas consideradas nocivas socialmente, ainda que estas mereçam atenção e tratamento das instituições públicas.⁴⁰

Dessa forma, o enquadramento do condutor que ingere quantidade de álcool, incapaz muitas vezes de alterar sua percepção, como embriagado, de modo a considerá-lo uma grave ameaça à sociedade, nada mais é que senão uma grande irracionalidade que quase sempre desconsidera seu baixo potencial ofensivo e visa lhe punir com base numa mera possibilidade abstrata, fundamentada no falso pressuposto de que a ingestão de álcool é a única causa das mortes no trânsito.

Trata-se de uma presunção absoluta de que o motorista não possui resistência à baixa alcoolemia, o que causa uma generalização punitiva, a permitir juízos temerários, de modo a afirmar que todos os motoristas que ingerem álcool, independentemente de sua moderação, têm sempre a mesma conduta e sempre causam acidentes.

Esse é o erro comum do legislador brasileiro, ao pensar que através de medidas extremas e ignorantes em relação ao comportamento concreto da sociedade, acredita que irá mudar comportamentos consolidados, através de leis impactantes, porém injustas.

Tal assertiva se demonstra em estatísticas, num primeiro momento a redução dos acidentes foi significativa. No entanto, gradualmente o índice de mortalidade no trânsito retoma os patamares antigos. A explicação para tal fato não seria outra senão uma expectativa de maior rigor na fiscalização, gerada pela promulgação da Lei 11.705/2008, que logo foi frustrada.

5.3. Do erro de tipo no artigo 306

40 BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um estudo sobre os preconceitos, Editora Lumen Juris : Curitiba, 2005, p. 189

Imaginemos o seguinte caso hipotético, um indivíduo, ciente das punições administrativas e penais decorrentes da condução de veículo automotor, resolve beber dois copos de cerveja e depois dirigir, acreditando que com isso não iria ultrapassar os 6 decigramas de álcool por litro de sangue previstos no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Entretanto, caso estivesse com concentração de álcool superior a 6 decigramas por litro de sangue e fosse surpreendido por uma blitz o condutor certamente iria sofrer as sanções do artigo 306, pois estaria em desacordo com determinação legal. Ocorre que em casos como estes pode o condutor compensar a falha na legislação através da alegação de erro de tipo, o qual é definido e diferenciado do erro de ilicitude por TOLEDO:

No lugar dessa falsa oposição, coloca-se a distinção, já bem elaborada doutrinariamente, entre tipo e antijuridicidade (ou ilicitude). Feito isso, percebe-se, sem qualquer dificuldade, que o erro jurídico penal relevante ora recai sobre (tem por objeto) elementos ou circunstâncias integrantes do tipo penal de crime (fáticos ou jurídico-normativos, pouco importa), ora recai sobre a antijuridicidade (ou ilicitude) da ação. Na primeira hipótese tem-se um erro sobre elementos ou circunstâncias do tipo ou, abreviadamente, 'erro de tipo'.⁴¹

Resta a crítica à opção legislativa por aleatorizar a punição, criando um tipo que não leva em conta a intenção do motorista em produzir o risco e o grau deste, mas tão somente a quantidade de álcool ingerido, que pode exceder involuntária e desconhecidamente a desejada pelo indivíduo. O resultado disso acaba sendo uma loteria, em que o motorista independentemente de sua conduta, acaba sendo condenado ou absolvido, dependendo da sorte ou do azar, de ter ingerido um copo de cerveja a mais ou a menos.

5.4 Da explicação para os números trazidos com a vigência da nova Lei

⁴¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal : de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 5. Ed. – São Paulo : Saraiva, 1994, p. 267.

Quando evidenciada a redução do número de mortes no último ano, há uma tendência natural do leitor a aceitar incondicionalmente todas as mudanças implementadas pelo legislador, associando a maior severidade da punição diretamente à suposta redução do número de acidentes rodoviários no país, tomando tal correlação tão verdadeira como uma operação matemática.

Entretanto, sob um ponto de vista mais crítico, pode-se cogitar que a causa de tal redução não seja de fato a indevida severidade do novo sistema punitivo, mas sim outros fatores psicologicamente associados à nova Lei, tal como a idéia de que haveria uma intensificação na fiscalização de seu cumprimento após a promulgação desta.

Isso explica perfeitamente, a razão pela qual os números de acidentes, após drástica redução no ano de 2008, estarem retomando os patamares anteriores à lei 11.705/2008, sendo que a legislação continua a mesma. Aliás, a idéia de que penas maiores inibem a prática de delitos está ultrapassada, haja vista que a quantidade de apenamento não se mostra como fator determinante para seu cometimento. Prova prática são os sistemas penais que aplicam a pena de morte que, vigente em muitos países do mundo, não trazem resultados muito significativos no combate à criminalidade.

Afirmava Cesare BECCARIA: *“um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em conseqüência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, que para ser útil deve ser acompanhada de uma legislação branda”*.⁴²

Diferentemente disso, a criminalidade está comprovadamente relacionada à sensação de impunidade pela prática de um determinado delito, sensação esta que gera um impulso e um sentimento de destemor para a ação delinquente, independentemente da quantidade de pena, pois se, se comete o crime, num raciocínio lógico do criminoso, é porque não se é pego, e não porque se é pego e se é punido pouco.

Para BECCARIA a certeza de que a punição será aplicada é o que realmente inibe a atividade criminosa, e tal pensamento se encaixa perfeitamente

⁴² BECCARIA, Cesare Bonesana, *Dei Delitti e delle Pene*, trad. port. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2 ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 1997. p. 87

com o contexto atual do trânsito brasileiro, ainda de acordo com o referido jurista: “A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade”.⁴³

6. Das questões processuais

As falhas do direito penal se refletem também no âmbito processual, isto porque na medida em que o legislador visa de forma absurda punir o motorista tão somente pelo seu estado de embriaguez, a questão da prova torna-se mais complexa e o Estado precisa intervir de forma mais invasiva para a sua produção.

6.1 Considerações iniciais acerca dos testes de alcoolemia

No âmbito do Direito Processual Penal, no que diz respeito à produção de provas, também a Lei 11.705/2008 altera aquilo que era previsto pela legislação de trânsito anterior. O ponto central desta mudança foi o parágrafo 3º, do artigo 277, do Código de Trânsito Brasileiro, o qual possui agora a seguinte redação:

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

O artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro elenca em seu *caput* os procedimentos de verificação do estado etílico do condutor: *testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.*

Dentre estes, o que ganha destaque é o etilômetro, popularmente conhecido como bafômetro. Este dispositivo através de seus sensores é capaz de verificar a quantidade de álcool no sangue que se revela no ar que nele é soprado, exalado diretamente dos pulmões. Quanto a isso também se gerou polêmica, pelo fato de que entre o ar que sai dos pulmões e a real concentração no sangue do indivíduo,

⁴³ Idem, *Ibidem*.

pode haver grave discrepância, variando se o condutor ingeriu álcool em jejum ou após uma refeição.

A sujeição do motorista à realização dos referidos testes, inclusive do bafômetro, é tema controverso, muito embora estejam previstas em lei as conseqüências da não realização dos referidos testes.

Tal modificação não encontra respaldo no restante do sistema jurídico brasileiro, pois coloca o condutor, quando abordado pela autoridade policial, na situação de ter que provar que é inocente, ou caso não haja desta forma, de ficar sujeito à discricionária avaliação do agente público, sendo que este quase nunca tem capacidade de determinar o grau de alcoolemia do motorista, conseqüentemente prejudicando o convencimento do juiz.

De qualquer forma, ainda que impreciso, o depoimento da autoridade policial como elemento de prova ganha, especificamente na hipótese prevista no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, um elevado grau de robustez, servindo, em teoria⁴⁴, como elemento probatório suficiente para fundamentar a condenação no tipo penal do referido artigo, na mesma medida em que o é para a condenação na pena administrativa.

6.2 O princípio *nemo tenetur se detegere*

Este princípio, conhecido como o direito de não produzir prova contra si mesmo, corroborado pelos pensamentos iluministas, se opõe ao sistema processual penal inquisitorial vigente durante a Idade Média e a Idade Moderna, instituindo a ampla defesa e a dignidade humana no tratamento do acusado.

Nesse sentido discorre QUEIJO:

A manifestação mais tradicional do princípio *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio. Importante ressaltar que esse direito somente teve lugar no modelo acusatório. No modelo inquisitório, o acusado era compelido a confessar e, por isso mesmo, não havia lugar para o direito ao silêncio (...) o princípio *nemo tenetur se detegere* foi se firmando como direito do cidadão diante do poder estatal, limitando a atividade do Estado na busca da verdade no processo penal e, sobretudo, como medida de respeito à dignidade.⁴⁵

44 Na prática isso não tem acontecido, haja vista que a jurisprudência majoritária acerca do tema é pela absolvição, com relação à infração penal, do motorista que se recusa a fazer o teste do bafômetro e o exame de sangue.

45 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)* - São Paulo : Saraiva, 2003, p. 1-2.

O mencionado princípio passou a ser incluído no ordenamento jurídico de diversos países, tendo sido, como afirma QUEIJO, o direito anglo-americano o seu precursor, com o instituto do *privilege against self-incrimination*.⁴⁶

Como podemos observar ele já aparece em 1776, com a Declaração de Direitos da Virgínia, carta que precedeu à Declaração de Independência do Estados Unidos da América, no seu artigo 10º, aqui traduzido:

Em todos os processos pôr crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido pôr um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser pôr um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.⁴⁷

Com relação ao *nemo tenetur se detegere*, afirma QUEIJO, "*está encartado no devido processo legal, no direito à defesa, presunção de inocência e sua relação com a tutela da dignidade humana*".⁴⁸

O sistema acusatório, no qual vivemos, se materializa no devido processo legal, e este se pauta no contraditório, o qual de acordo com QUEIJO deve ser exercido "*preservando a integridade física e moral do acusado, não podendo assim ser aplicadas ao acusado medidas atentatórias à sua integridade física e moral*".⁴⁹

Muito embora essa relação do *nemo tenetur se detegere* com o devido processo legal seja de fundamental importância, isto não desperta grande interesse com relação ao tema do presente trabalho, haja vista que a problemática do uso do bafômetro, via de regra, na prática não envolve a coação física da autoridade policial sobre o motorista, mas antes uma questão de valoração de prova, eis que ao recusar a realização dos exames de alcoolemia o indivíduo apenas enfrenta sanções de ordem administrativa.

46 Idem, p. 11.

47 Acessado da internet

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia>
Acesso em 16 de outubro de 2009.

48 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)* - São Paulo : Saraiva, 2003, p. 69.

49 Idem, p. 73.

Quanto aos demais princípios relacionados ao *nemo tenetur se detegere* aqui citados, estes adquirem bastante significado na polêmica gerada pela obrigatoriedade do uso do etilômetro, e serão abordados a seguir.

Ele tem relação com o princípio da presunção de inocência através do qual, todos são considerados inocentes até que se prove o contrário, e o ônus dessa prova cabe a quem acusa, não recaindo o ônus de comprovar sua inocência ao acusado. Ora, se o réu não é obrigado a provar sua inocência, tampouco poderia ele ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, pois se ele não é obrigado ao mais também não o é ao menos.

Sobre o princípio da presunção de inocência discorre FERRAJOLI: “a culpa e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”.⁵⁰

6.3. Em face do ordenamento jurídico brasileiro

Muito embora, a não obrigatoriedade da produção de provas por parte do cidadão contra si mesmo, a interpretação extensiva do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal: “o acusado tem o direito de permanecer calado”, bem como a garantia da ampla defesa também prevista na Carta Magna, nos fazem refletir sobre a constitucionalidade do parágrafo 3º, do artigo 277, da Constituição Federal.

Isto porque essa interpretação extensiva acerca do direito de permanecer calado, de acordo com grande parte da doutrina, significa o direito de o cidadão não ser de forma alguma obrigado a produzir provas contra si mesmo. Tal entendimento é respaldado pelo fato de o Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, acerca de Direitos Humanos, o qual expressamente prevê tal garantia a parte acusada, em seu artigo 8º, inciso 9: “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Vale ressaltar que por força do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão : teoria do garantismo penal, prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio*. 2 ed. rev. e ampl. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 506.

quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Sobre a interpretação deste e do parágrafo 2º, o qual expressa, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, discorre QUEIJO:

Em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, como anteriormente observado, foi ele expressamente previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, por força dos respectivos decretos legislativos. Desse modo, em razão da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi incorporado ao rol dos direitos fundamentais, estampados nesse artigo, por se achar disciplinado nos aludidos diplomas internacionais de direitos humanos. Essa inclusão do princípio *nemo tenetur se detegere* proporciona a este status de norma constitucional, tal como ocorre com os demais direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.⁵¹

De qualquer sorte, o direito de não ser obrigado a produzir provas em seu desfavor também é um desdobramento da regra de que o ônus probatório que cabe àquele que acusa, militando em favor do acusado o princípio da *presunção de inocência*.

6.4 Da inviabilidade da utilização do princípio da proporcionalidade contra o *nemo tenetur se detegere*

Há forte convicção por parte daqueles que militam em favor da Lei Seca de que a violação ao *nemo tenetur se detegere* seria justificada e constitucionalmente aceita pela ponderação de princípios, sendo colocados de um lado o princípio de proteção à vida e do outro o direito do acusado se recusar ao teste do bafômetro sem arcar com nenhum ônus por isso.

De acordo com essa corrente seria razoável impelir o condutor suspeito ao teste do bafômetro, haja vista que seria um pequeno mal se comparado com o enorme mal que se evitaria ao prevenir a ocorrência de futuros riscos e acidentes, possivelmente causados por um motorista embriagado.

⁵¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo*

Há que se ressaltar, porém, que o tipo previsto no artigo 306, com sua nova redação, não é mais um tipo de perigo concreto, mas sim um tipo de perigo abstrato, ou seja, um perigo tão insignificante que não pode servir de base para qualquer ponderação, ainda que seja entendido o *nemo tenetur se detegere* como um princípio relativo.

6.5 Do que acontece na prática

Cientes da controvérsia que paira sobre o assunto, muitos motoristas recusam-se a realizar os testes de alcoolemia, sujeitando-se apenas às medidas administrativas previstas, sem sofrer as sanções do artigo 306. Tal situação ocorre justamente pela incapacidade do legislador em adequar a norma que diz respeito à produção de provas ao restante do ordenamento jurídico brasileiro.

A atitude mencionada não deve ser reprovada, haja vista que os motoristas nesses casos estão apenas fazendo valer seu direito de defesa, exercendo suas garantias constitucionais, o problema está justamente na nova legislação que audaciosamente pretende deixar de lado os referidos direitos e garantias, os quais foram construídos e consolidados historicamente.

E tal entendimento é corroborado pelo entendimento da jurisprudência que predomina recentemente acerca da matéria:

Levantamento mostra que 80% dos motoristas que se recusaram a passar por testes de embriaguez foram inocentados. Justiça estadual tem exigido comprovação do estado de alcoolemia, mas avalia que ninguém é obrigado a produzir prova contra si.⁵²

A não aceitação por parte dos motoristas e dos tribunais da imposição legal ao uso do bafômetro e da realização do exame de sangue torna evidente o equívoco do legislador ao pretender forçar o condutor a se submeter a algo que constitucionalmente não tem a obrigação de fazer.

Vale lembrar o princípio da legalidade expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que diz que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*", e nesse caso deve prevalecer, de acordo

tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal) - São Paulo : Saraiva, 2003, p. 65/66.
52 Estudo realizado pelo advogado Aldo de Campos Costa, publicado no Jornal Folha de São Paulo em 07 de setembro de 2009.

com a hierarquia das normas a norma constitucional em detrimento da legislação alterada pela Lei 11.075/2008.

6.6 Da impossibilidade de se determinar o estado de alcoolemia

Da não realização dos testes, direito garantido ao condutor pela Constituição Federal, fica impossibilitado o juiz de imputar ao mesmo a prática do crime previsto no artigo 306, pois a não aplicação dos exames de sangue ou do bafômetro, torna inviável a determinação da quantidade de álcool no sangue do motorista suspeito.

E tal impossibilidade não deve ser corrigida com a coação do motorista à realização do teste de sangue ou do bafômetro, antes reflete o grande equívoco do legislador em querer punir não o dano ou a conduta perigosa, mas tão somente o estado de alcoolemia do motorista, baseado num limite artificial que não possui a legitimidade esperada do Direito Penal.

O legislador e o juiz deveriam então respeitar o estado de inocência do motorista, mesmo que para tanto este seja absolvido, não exigindo do motorista o dever de se auto-incriminar, sob pena de que com a intenção de promover o bem, o processo penal nos crimes de trânsito seja puramente inquisitorial. Deve prevalecer o *in dubio pro reo*, ainda que isso retire toda a efetividade da norma.

Se a intenção do Estado é criar um *panóptico*⁵³, controlando e punindo toda e qualquer conduta, deve então este fazê-lo por seus próprios meios, e não se está aqui buscando legitimar a conduta do motorista, antes se quer explicitar a aberração que é o Estado querer que o condutor suspeito seja seu próprio algoz no quesito probatório.

7. Possível solução para o problema do trânsito

De nada valeria o presente trabalho se este não tivesse por objetivo apresentar senão a solução, pelo menos alguns pontos a serem seguidos para a

⁵³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 256.

melhora das condições de segurança nas vias públicas e um maior respeito às normas trazidas pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Como já foi exposto nos itens anteriores, não é uma legislação meramente punitiva, que atinge indiscriminadamente um amplo espectro de pessoas, com as mais diversas condutas, que vai trazer os efeitos desejados pela população a um longo prazo.

Assim sendo, uma das saídas se encontra na política de educação dos condutores, desde pequenos, a evitar o consumo de álcool antes da condução de veículos automotores, mas não somente isso. Deve-se conscientizar também a respeito da direção defensiva, do respeito aos limites de velocidade e à sinalização. Pois, na esmagadora maioria dos acidentes, o álcool não produziria os resultados trágicos que lhe são atribuídos, se ao mesmo não fossem somados esses demais fatores.

Também já foi citada a falta de fiscalização ostensiva, como elemento gerador da sensação de impunidade, que paralelamente à qualquer tipo de legislação, branda ou severa, faz com que intuitivamente o condutor se sinta livre para utilizar das ruas e estradas como bem quiser, eis que a princípio sabe que não está sendo *vigiado*, e conseqüentemente, tampouco *punido*.

Esta problemática, infelizmente, em nosso país não se resume ao contexto do trânsito, e é algo que precisa ser corrigido em todas as esferas, somente com uma fiscalização constante, inibitória é que qualquer tipo de binômio norma/sanção passa a funcionar de forma sistemática e produz efeitos sensíveis. De toda a sorte, o descumprimento das normas jurídicas não deve ser compensado necessariamente com normas mais severas, sendo possível a garantia do cumprimento das determinações legais com outras medidas, principalmente através da educação e da conscientização.

Por essa razão é discutível a constitucionalidade dos tipos de perigo abstrato, onde a penalização é calcada na presunção de perigo da ação para o objeto protegido, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido⁵⁴, isto porque quando a norma penal não persegue a sua finalidade verdadeira, qual

⁵⁴ ROXIN, *Strafrecht*, 1997, v. 10, n. 125, p. 282. apud. SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível, 4. ed. – Curitiba : ICPC ; Lumen Juris, 2005, p. 40.

seja, a proteção de um bem jurídico, ela se torna vazia em sentido e se mostra um mero reflexo da arbitrariedade estatal.

Assim sendo, fica evidente o conflito dos tipos de perigo abstrato, configurado na nova redação do artigo 306, com o princípio da lesividade, o princípio da proporcionalidade e o princípio a intervenção mínima, haja vista a nova norma é aquilo que FERRAJOLI define como “*sem ofensa*”⁵⁵:

Entretanto, os sistemas e as normas ‘sem ofensa’ prescindem da lesão de bens jurídicos concretos, ou reprimindo antecipadamente a simples e freqüente colocação abstrata em perigo, ou mesmo punindo puramente o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função penal de tutela. Pense-se, por exemplo, nos tipos penais, integrados no todo ou em parte por condições ou qualidades desviantes das pessoas, nos delitos de perigo abstrato ou presumido, nos delitos de associação, nos delitos de opinião e nos delitos de suspeita. Em ambos os casos, o esquema punitivo, ao não estar ancorado na comprovação empírica de ações criminosas e/ou de fatos lesivos taxativamente denotados pela lei, resulta amplamente substancialista e decisionista: a subjetivação de normas subjetivas de delito, com efeito, não compromete a legalidade estrita, mas comporta também a subjetivação do juízo, confiado à critérios discricionários de valoração da normalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolve o conjunto das garantias processuais.⁵⁶

8. Conclusão

Após a compreensão e ponderação de todos os pontos elencados nesta dissertação fica claro o posicionamento do autor com relação à legitimidade e a efetividade que as mudanças promovidas pela Lei 11.705/2008 trouxeram ao sistema de punições brasileiro.

Apesar de bem-intencionado, o legislador precipitou-se em dar uma resposta imediata ao clamor da sociedade por maior segurança no trânsito sem se preocupar tanto com as eventuais injustiças que uma legislação extremamente arbitrária e rigorosa poderiam causar. Deve-se sim procurar por uma saída imediata para que não sejam mais ceifadas tantas vidas nas ruas e estradas brasileiras, mas a solução não está em punir indiscriminadamente qualquer condutor que esteja além desse ou daquele valor de alcoolemia estipulado pelo legislador.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão : teoria do garantismo penal, prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio*. 2 ed. rev. e ampl. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 98.

⁵⁶ Idem, *Ibidem*.

Os apontamentos empreendidos neste trabalho sopesaram os prós e os contras das alterações geradas pela Lei 11.075/2008, resultando num saldo negativo com relação à nova sistemática punitiva imposta, dividindo a análise desse novo sistema em três principais partes, as medidas administrativas, a alteração indevida do tipo penal do 306, e a controvérsia acerca da obrigatoriedade do uso do bafômetro.

Com relação às medidas administrativas, muito embora se possam atribuir críticas à severidade do legislador, tais críticas não são válidas se pretenderem questionar a legitimidade da punição, pois esta se restringe à esfera do direito administrativo e do poder de polícia do Estado.

Não obstante, quando estamos tratando da nova redação do tipo descrito no artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito essa crítica passa a ganhar maior plausibilidade, especificamente na fixação de um valor artificial para punição do condutor que na maioria das vezes não gera qualquer tipo de perigo à coletividade. Através dos princípios de Direito Penal, aqui expostos, é possível observar a falta de razoabilidade nesse tipo de repressão.

No aspecto processual penal, a sanção e o ônus a que está sujeito o condutor que se recusa a fazer os testes de alcoolemia ferem o princípio assegurado pela constituição de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Muito embora seja alegado que esta é a única forma de se chegar à verdade real, tal problemática, da impossibilidade de comprovação por outros meios, reflete o equívoco da alteração do tipo penal do artigo 306

Isto porque fica muito mais difícil a comprovação do perigo abstrato, o exato grau de alcoolemia do condutor, se comparado ao tipo de perigo concreto anteriormente previsto no referido artigo.

Deve ser construído um novo entendimento, de modo a se respeitar a presunção de inocência do motorista, garantida pelas convenções internacionais, bem como o direito deste não produzir provas contra si mesmo, sendo que o respeito a tal direito é o mínimo que se espera de um Estado que se diz democrático e garantidor dos direitos fundamentais de seus cidadãos, compreendendo aqui o direito à ampla defesa, que se materializa no *nemo tenetur se detegere*

Enfim, o presente trabalho pretendeu ir além do senso comum estabelecido sobre o tema, ponderando os aspectos positivos e negativos das alterações trazidas pela Lei 11.705/2008, defendendo saídas alternativas para a problemática da violência no trânsito, que não a punição desmedida e injusta do cidadão inofensivo.

9. Referências Bibliográficas

BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um estudo sobre os preconceitos, Editora Lumen Juris : Curitiba, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro : Revan, 11. ed, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana, *Dei Delitti e Delle Pene*, trad. port. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2 ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão : teoria do garantismo penal, prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio*. vários trad. 2 ed. rev. e ampl. – São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 2004.

GOMES, Luis Flávio, CUNHA Rogério Sanches, PINTO Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MAURACH, Reinhart; GOSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte General*, v. 2., Astrea, Buenos Aires, 1997.

MENDES RODRIGUÉZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)* - São Paulo : Saraiva, 2003.

ROXIN Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2. Auflage Beck, München, 1994, trad. esp., *Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, 4. ed. – Curitiba : ICPC ; Lumen Juris, 2005.

_____ *Direito penal : parte geral*, 2 ed. - Curitiba : ICPC; Lumen Iuris, 2007.

SARRULE, Oscar Emilio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)*. Buenos Aires: Editora Universidad, 1998

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVEIRA Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra- individual*. São Paulo: RT, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal : de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 5. Ed. – São Paulo : Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Strafrechts*, trad. port. Afonso Celso Rezende, *Direito Penal*, Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume - 3 ed.* Rio de Janeiro, 2003.

10. Anexos

Anexo A – LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.

Mensagem de Veto

Conversão da Medida Provisória nº 415, de 2008

Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool, e da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool.

Art. 2º São vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.

§ 1º A violação do disposto no caput deste artigo implica multa de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

§ 2º Em caso de reincidência, dentro do prazo de 12 (doze) meses, a multa será aplicada em dobro, e suspensa a autorização de acesso à rodovia, pelo prazo de até 1 (um) ano.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo em área urbana, de acordo com a delimitação dada pela legislação de cada município ou do Distrito Federal.

Art. 3º Ressalvado o disposto no § 3º do art. 2º desta Lei, o estabelecimento comercial situado na faixa de domínio de rodovia federal ou em terreno contíguo à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, que inclua entre suas atividades a venda varejista ou o fornecimento de bebidas ou alimentos, deverá afixar, em local de ampla visibilidade, aviso da vedação de que trata o art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no caput deste artigo implica multa de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Art. 4º Competem à Polícia Rodoviária Federal a fiscalização e a aplicação das multas previstas nos arts. 2º e 3º desta Lei.

§ 1º A União poderá firmar convênios com Estados, Municípios e com o Distrito Federal, a fim de que estes também possam exercer a fiscalização e aplicar as multas de que tratam os arts. 2º e 3º desta Lei.

§ 2º Configurada a reincidência, a Polícia Rodoviária Federal ou ente conveniado comunicará o fato ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT ou, quando se tratar de rodovia concedida, à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, para a aplicação da penalidade de suspensão da autorização de acesso à rodovia.

Art. 5º A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes modificações:

I - o art. 10 passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXIII:

Art. 10.

XXIII - 1 (um) representante do Ministério da Justiça.

....." (NR)

II - o caput do art. 165 passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Infração - gravíssima;

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

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

....." (NR)

III - o art. 276 passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos." (NR)

IV - o art. 277 passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 277.

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

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

V - o art. 291 passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 291.

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal." (NR)

VI - o art. 296 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 296. Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis." (NR)

VII - (VETADO)

VIII - o art. 306 passa a vigorar com a seguinte alteração:

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

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo." (NR)

Art. 6º Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac.

Art. 7º A Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4º-A:

"Art. 4º-A. Na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de forma legível e ostensiva de que é crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção."

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Fica revogado o inciso V do parágrafo único do art. 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Brasília, 16 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

Alfredo Nascimento

Fernando Haddad

José Gomes Temporão

Marcio Fortes de Almeida

Jorge Armando Felix

Este texto não substitui o publicado no DOU de 20.6.2008

Anexo B – TABELAS 1, 2, 3, 4 – MORTALIDADE E INTERNAÇÕES NO TRÂNSITO

Tabela 1 - Mortalidade por acidente de trânsito por região, 2007 e 2008.

Capitais/Região:	2007		2008		Variação	Variação	2008/2007 2º semestre
	1º semestre	2º semestre	1º semestre	2º semestre	2008 2º/1º	2º semestre	
Norte	401	470	363	429	429	66	-41
Nordeste	801	841	743	664	664	-79	-177
Sudeste	1.537	1.252	1.131	721	721	-410	-531
Sul	349	315	362	329	329	-33	14
Centro Oeste	602	641	583	580	580	-3	-61
Total	3.690	3.519	3.182	2.723	2.723	-459	-796

Fonte: Ministério da Saúde

Tabela 2 – Mortalidade por acidente de trânsito por capital, 2007 e 2008.

Capitais	2007		2008		Variação 2008 2º/1º	Variação 2008/2007 2º sem
	1º semestre	2º semestre	1º Semestre	2º semestre		
Aracaju	50	47	52	63	11	16
Belém	72	78	71	95	24	17
Belo Horizonte*	187	233	214	225	11	-8
Boa Vista	46	61	41	45	4	-16
Brasília	251	298	273	242	-31	-56
Campo Grande	117	107	107	116	9	9
Cuiabá	73	69	59	78	19	9
Curitiba	220	208	209	213	4	5
Florianópolis	49	31	58	40	-18	9
Fortaleza	181	204	184	165	-19	-39
Goiânia	161	167	144	144	-	-23
João Pessoa	41	65	50	63	13	-2
Macapá*	39	38	24	25	1	-13
Maceió	70	82	93	67	-26	-15
Manaus	136	144	119	151	32	7
Natal	34	27	35	30	-5	3
Palmas	40	39	25	22	-3	-17
Porto Alegre	80	76	95	76	-19	-8
Porto Velho*	40	68	51	58	7	-10
Recife	119	111	74	73	-1	-38
Rio Branco*	28	42	32	33	1	-9
Rio de Janeiro	503	168	147	78	-69	-90
Salvador	154	140	71	73	2	-67
São Luís	68	71	85	47	-38	-24
São Paulo*	818	829	750	390	-36	-439
Teresina	84	94	99	83	-16	-11
Vitória	29	22	20	28	8	6

* Capitais com captação de óbitos para causas externas inferior a 95%.

Fonte: Ministério da Saúde

Tabela 3 - Internações por acidentes de trânsito por região, 2007 e 2008.

	2007		2008		variação 2008 2º/1º	variação 2008 em relação a 2007 no 2º
	1º semestre	2º semestre	1º semestre	2º semestre		
Porto Velho	594	752	592	454	-138	-298
Rio Branco	1.532	1.245	1.099	1.002	-97	-243
Manaus	3.220	3.683	2.861	2.341	-520	-1.342
Boa Vista	529	491	547	521	-26	30
Belém	3.790	3.857	3.830	4.051	221	194
Macapá	501	502	619	398	-221	-104
Palmas	953	1.048	887	910	23	-138
São Luís	1.615	1.601	1.208	1.120	-88	-481
Teresina	1.244	1.673	1.184	1.868	684	195
Fortaleza	6.340	6.592	4.789	3.580	-1.209	-3.012
Natal	1.255	1.242	1.126	1.187	61	-55
João Pessoa	1.347	1.236	1.267	1.242	-25	6
Recife	4.257	4.214	2.961	3.021	60	-1.193
Maceió	1.644	1.755	1.022	874	-148	-881
Aracaju	1.056	1.096	921	628	-293	-468
Salvador	5.126	4.910	3.761	4.188	427	-722
Belo Horizonte	6.394	6.327	6.085	6.766	681	439
Vitória	854	1.069	390	322	-68	-747
Rio de Janeiro	8.230	8.072	5.765	4.849	-916	-3.223
São Paulo	27.570	29.939	24.000	23.597	-403	-6.342
Curitiba	4.311	4.574	4.853	4.516	-337	-58
Florianópolis	814	769	791	751	-40	-18
Porto Alegre	4.029	3.857	3.590	2.370	-1.220	-1.487
Campo Grande	2.558	2.904	2.874	2.780	-94	-124
Cuiabá	1.096	977	948	923	-25	-54
Goiânia	4.642	4.765	3.581	3.605	24	-1.160
Brasília	4.984	4.890	3.133	3.495	362	-1.395

Fonte: Ministério da Saúde

Tabela 4 – Internações por acidente de trânsito por região, 2007 e 2008.

	2007		2008		variação 2008 2º/1º	variação 2008 em relação a 2007/2º
	1º semestre	2º semestre	1º semestre	2º semestre		
Norte	11.119	13.442	10.435	9.677	-758	-3.765
Nordeste	23.884	24.319	18.239	17.708	-531	-6.611
Sudeste	43.048	45.407	36.240	35.534	-706	-9.873
Sul	9.154	9.200	9.234	7.637	-1.597	-1.563
centro-Oeste	13.280	13.536	10.536	10.803	267	-2.733
Total	100.485	105.904	84.684	81.359	-3.325	-24.545

Fonte: Ministério da Saúde