



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

VINICIUS DA SILVA PALUMBO

**O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E LEI 12.760/12:
NECESSIDADE DO PERIGO DE DANO**

SÃO JOÃO DEL-REI
2015

VINICIUS DA SILVA PALUMBO

**O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E LEI 12.760/12:
NECESSIDADE DE PERIGO DE DANO.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, sob orientação do Prof. Gian Miller Brandão.

SÃO JOÃO DEL-REI
2015

VINICIUS DA SILVA PALUMBO

**O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E LEI 12.760/12:
NECESSIDADE DO PERIGO DE DANO.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida Neves –
IPTAN como requisito parcial à obtenção
do título de Graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Msc. Gian Miller Brandão (Orientador)

Prof. Msc. Paulo César Oliveira do Carmo

Prof. Dr. Fábio Abreu dos Passos

AGRADECIMENTOS

A Deus pela força espiritual para a realização deste trabalho.

Aos meus pais Edson e Adinair, ao meu irmão Henrique e a minha namorada Thais, pelo eterno orgulho de nossa caminhada, pelo nosso apoio, compreensão, ajuda, e, em especial, por todo carinho ao longo deste percurso.

Aos meus amigos e colegas de curso, pela cumplicidade, ajuda e amizade que foi criada nestes 5 anos de curso.

Ao professor Gian, pela ajuda e paciência na orientação deste trabalho.

RESUMO

É costume visualizarmos na mídia condutores embriagados se envolvendo em acidentes de trânsito e causando vítimas fatais. Considerando essa percepção, buscamos debater as informações sobre o conceito de crime que diverge quanto sua definição, podendo ser formal, material e analítico. Estudaremos algumas definições, como tipicidade e tipo penal, que serão de suma importância para este trabalho. Posteriormente analisaremos a nova redação da lei 12.760, que surgiu em 2012, já que se fazia necessário novos métodos para a constatação da embriaguez, sendo incluído em seu texto legal novos meios de prova, como provas periciais, testemunhais e audiovisuais, que ajudou muito na comprovação da embriaguez. Porém, a citada lei deixou brechas no que se refere a necessidade da comprovação do perigo de dano, não deixando claro a necessidade da comprovação do perigo, gerando uma instabilidade jurídica, já que inocentes podem ser considerados culpados e vice-versa. Neste contexto, observar-se-ão as várias correntes doutrinárias existentes, como teoria do perigo abstrato, teoria do perigo concreto e teoria mista, esta última também conhecida como perigo abstrato de perigosidade real ou perigo concreto indireto. Assim, analisaremos cada uma delas, observando os pontos positivos e negativos das mesmas.

Palavras-chave: Lei 12.760; crime; embriaguez ao volante; perigo de dano.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. CRIME E SUAS DEFINIÇÕES	7
1.1 Conceito	7
1.1.1 Formal	8
1.1.2 Material	9
1.1.3 Analítico	10
1.2 Tipicidade	11
1.3 Tipo penal	12
1.3.1 Elementos do tipo penal	13
1.3.2 Classificação do tipo penal	14
2. O CRIME DE EMBRIAGUEZ E A LEI 12.760	16
2.1 Lei 12.760 e o art. 306 CTB	16
2.2 Elementares	19
2.3 Os meios de prova	21
2.3.1 Teste de alcoolemia e exame clínico	22
2.3.2 Provas periciais	23
2.3.3 Provas testemunhais	24
2.3.4- Prova audiovisual.	24
3. O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E O PERIGO DE DANO	27
3.1 Perigo concreto	27
3.2 Perigo abstrato	29
3.3 Teoria mista	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, com a criação dos automóveis, e a cada dia que passa, sua evolução, com carros cada vez mais velozes, foi necessário em nosso país a criação do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), para a regulamentação das normas de trânsito, inclusive da embriaguez ao volante, sendo necessária a criação do art. 306, o qual cita a embriaguez na condução de veículo automotor, já que os índices que envolviam motoristas embriagados era alarmante.

O objetivo deste presente trabalho é estudar a lei 12.760 e sua importância, já que os índices de acidentes de trânsito que envolvem condutores embriagados são alarmantes, e com este estudo teremos a finalidade de demonstrar a eficácia da lei no âmbito jurídico, através dos novos meios de prova, analisando cada uma delas e demonstrar a falha existente no texto de lei, porque está não se referiu explicitamente a necessidade da comprovação do perigo de dano, dando margens para interpretações diversas.

Em nossos estudos, realizado através da leitura de obras referenciais sobre a citada lei, divididos em três capítulos, traz consigo a relevância em mostrar ao meio acadêmico sobre o crime em pauta.

Em primeiro lugar, citaremos conceitos importantes como a definição de crime e algumas definições importantes como a explicação de tipicidade e o tipo penal.

Em seguida, adentraremos a lei 12.760, relatando o seu surgimento e explicando suas elementares e os novos meios de prova criado com a nova redação.

Finalmente, estudaremos a controvérsia desta lei, já que o legislador não deixou explícito a necessidade da comprovação do perigo de dano para a configuração do crime, já que é de suma importância para a sociedade, porque vimos diariamente acidentes envolvendo condutores embriagados, causando mortes em todos os lugares do país, onde o Estado tem o dever de proteger o bem jurídico tutelado e punir os infratores.

1. CRIME E SUAS DEFINIÇÕES

O crime existe desde as primeiras civilizações, e um dos conceitos mais antigos está no código sumeriano de "Ur-Nammu" que data de aproximadamente 2050 a.C. (ARAUJO, 2015). Assim neste capítulo veremos que este conceito sempre teve uma atenção dos juristas e veremos assim que em nosso país, não existe um conceito exato de crime, sendo analisado por alguns juristas os conceitos existentes que são material, formal e analítico do crime.

Dentro deste conceito, será importante ressaltar as definições de tipicidade e tipo penal, que serão necessários para o entendimento e desenvolvimento deste trabalho como veremos a seguir.

1.1 Conceito

Crime é uma ação humana contrária a lei, a norma moral e aos bons costumes criados dentro de uma sociedade. Cada crime possui suas próprias características e é tratado de maneira individual um do outro, acompanhado de sua pena correspondente. Pode-se conceituar o crime a partir de três pontos diferentes: formal, material e analítico

Damásio de Jesus diz que a expressão *Crimen* vem do grego *cerno*, que indicava delitos mais graves e a expressão “delito” deriva de abandonar, significando abandono de uma lei. Já na idade média, os termos *crimen* e *delictum* significavam infrações a lei e ainda cita outros países europeus que definem o conceito de crime:

Na Itália foi adotada a expressão reato. Nos países de língua castelhana empregam-se os termos “delitos”, “crimes” e “contravenções”, sendo que “infração” designa as três condutas delituosas. Na Alemanha são também empregados os três termos, indicando “crime” (*Verbrechen*) o que para nós é infração. Na Inglaterra, *offense* é expressão comum e genérica, abrangendo os indictable crimes, sujeitos a acusação, que se dividem em felony e misdemeanor, segundo a maior ou menor gravidade. Nos Estados Unidos da América do Norte os crimes se tripartem em treasons, felonies e misdemeanors. (DAMASIO DE JESUS, 2011, p. 191-192)

O fato social que se mostra contrária a norma, praticado contra os bens mais importante da vida social, é considerada um ilícito penal. Para que o Estado consiga

controlar a ocorrência de fatos lesivos e proteger os bens jurídicos dos cidadãos, foi criado sanções como medidas de segurança. A finalidade do Estado com a criação de normas jurídicas é combater do crime.

Com isso vimos que o crime sempre teve atenção da sociedade, no qual conceituava o mesmo de várias maneiras. Em nosso país, o primeiro conceito surgiu com o chamado Código Criminal de 1830, onde este dizia que crime era ação ou omissão voluntaria contraria às leis penais. Posteriormente surgiu o Código Penal de 1890 com os seguintes dizeres em seu art. 2º: A violação da lei penal consiste em ação ou omissão, constituindo crime ou contravenção. (ALEXANDRE,2003)

Hoje em dia, em nosso atual código, não existe uma definição expressa referente a crime, sendo um conceito genérico de crime aquilo que viola uma norma tipificada no Código Penal, praticado por um ser humano e nunca por um animal ou outro tipo de ser vivo.

Rogério Greco, diz que devido a essa indefinição do conceito exato de crime, a doutrina o conceituou o mesmo de três formas: Conceito formal, material e analítico.

CONCEITO FORMAL – crime é todo o fato humano proibido pela lei penal.

CONCEITO MATERIAL – todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade. É a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

CONCEITO ANALÍTICO – crime é ação típica (tipicidade), antijurídica ou ilícita (ilicitude) e culpável (culpabilidade). (GRECO, 2015, p. 37-38)

Veremos, em detalhes, cada um de seus conceitos:

1.1.1 Formal

Sob o enfoque formal, crime nada mais é que uma ação humana que esteja tipificada na lei penal, sob ameaça de pena.

O conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência de um crime sem levar em conta sua essência ou lesividade material afronta o princípio constitucional da dignidade humana. (CAPEZ, 2012, p. 125)

A sociedade entende necessário criminalizar certa conduta para que haja justiça, onde deve demandar ao Legislativo, para que aprove uma lei e a torne em crime, respeitando assim o princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine.)

Assim, se um fato não estiver descrito no Código Penal, não poderá ser considerado crime, ficando, assim, isento de qualquer tipo de pena. É o que chamamos de legalidade formal.

1.1.2 Material

O conceito material é caracterizado pela conduta que viola um bem penalmente protegido, ou seja, é o comportamento humano causador da lesão do bem juridicamente tutelado. É o que cita Capez:

É aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social. (CAPEZ, 2012, p. 125)

A diferença para o crime formal é o tipo, no qual se menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a produção deste último para a sua consumação.

Este conceito, é portanto, a visão da sociedade sobre o que deve ou não ser proibido, mediante aplicação de uma sanção penal. Mas não se pode aplicar o conceito material individualmente, pois não se pode conceituar crime desvinculado da legislação penal, e uma análise da lei deve ser feita independente do corpo social que lhe criou.

1.1.3 Analítico

Neste conceito, analisa-se os elementos que compõem a infração penal. Existem duas formas de classificação analítica do crime, bipartida e tripartida, embora a primeira não seja mais aceita pela doutrina.

Na classificação tripartida, pacífica entre os doutrinadores, pode-se caracterizar o crime pelo fato típico, antijurídico e culpável.

O fato típico é o comportamento do homem que pode causar um resultado previsto na lei penal como crime. Ele é composto dos elementos citados pro Greco: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.

A antijuridicidade é o conflito entre a norma penal e o fato típico, ou seja, o agente comete um ato que está descrito na norma penal como crime. Assim, a ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão, sendo considerado antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade (legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade, exercício regular de direito e consentimento da vítima).

Já a culpabilidade, é um juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta do agente, integrando a mesma a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Na segunda corrente, que é a teoria bipartida, defendida por Capez: (CAPEZ, 2012, p.126)

[...] se a culpabilidade fosse elemento do crime, aquele que, dolosamente, adquirisse um produto de roubo cometido por um menor não cometeria receptação, pois se o menor não pratica crime, ante a ausência de culpabilidade, o receptador não teria adquirido um produto desse crime. Nosso Código Penal diz que: a) quando o fato é atípico, não existe crime (“Não há crime sem lei anterior que o defina” — CP, art. 1º); b) quando a ilicitude é excluída, não existe crime (“Não há crime quando o agente pratica o fato” — CP, art. 23 e incisos). Isso é claro sinal de que o fato típico e a ilicitude são seus elementos. Agora, quando a culpabilidade é excluída, nosso Código emprega terminologia diversa: “É isento de pena o agente que...” (CP, art. 26, caput). Por todos esses motivos entendemos correta a concepção bipartida.

A classificação bipartida é, basicamente, formada por dois critérios: o subjetivo, que a vontade do agente em praticar o crime e o dano moral do delito; e o objetivo que é a ação propriamente dita do agente na realização do crime e o dano material.

Conclui-se que tal corrente defende que a culpabilidade não é um dos elementos do crime e é meramente usada para aplicação da pena.

1.2 Tipicidade

Tipicidade é a adequação entre o fato praticado pelo homem e a norma descrita na lei penal como crime.

Não se deve confundir o fato típico com a tipicidade, em que esta é um dos elementos daquela. Se não houver tipicidade, o fato será atípico, portanto, não haverá crime. Nucci diz que a tipicidade é um fato real perfeitamente adequado ao tipo, já o fato típico é o somatório de conduta, nexa causal e resultado, ambos amoldados ao modelo legal. Vejamos:

Tipicidade é instrumento de adequação, enquanto o fato típico é a conclusão desse processo. Exemplificando: Tício elimina a vida de Caio, desferindo-lhe tiros de arma de fogo (fato da vida real). Constata-se haver o modelo legal previsto no art. 121 do Código Penal ("matar alguém"). Subsume-se o fato ao tipo e encontramos a tipicidade. Logicamente, para que os fatos da vida real possam ser penalmente valorados, é indispensável que o trinômio esteja presente (conduta + nexa + resultado). (NUCCI, 2011, p. 196)

Devemos observar também que existe diferença entre a tipicidade o tipo penal: o primeiro pertence a conduta e o segundo é a fórmula que pertence à lei.

A tipicidade é dividida de três maneiras, sendo formal, material e conglobante. A formal é a adequação do fato a norma, classificando-a, segundo os dizeres de Greco, em subordinação mediata e imediata:

SUBORDINAÇÃO IMEDIATA OU DIRETA – ocorrerá quando houver perfeita adequação entre a conduta do agente e o tipo penal incriminador.

SUBORDINAÇÃO MEDIATA OU INDIRETA – ocorrerá quando o agente, embora atue com vontade de praticar a conduta proibida por

determinado tipo incriminador, seu comportamento não consiga se adequar DIRETAMENTE à figura típica. Ex.: tentativa de homicídio. A conduta não se adequará diretamente ao tipo “matar alguém”, mas somente indiretamente, por meio de uma norma de extensão. (GRECO, 2015, p. 44)

A conceito material diz que a tipicidade tem que respeitar os princípios do direito penal mínimo, citando como exemplo o princípio da insignificância.

E a ultima classificação é a conglobante, que para existir crime precisa que a conduta do agente seja antinormativa e que tenha tipicidade material, ou seja, que ocorra um critério material de seleção do bem a ser protegido.

1.3 Tipo penal

É a descrição legal da conduta proibida, ou seja, que está descrito no Código Penal, sendo que se não estiver descrito no mesmo, não haverá o crime, respeitando assim o princípio da legalidade, segundo no qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É necessário então, a definição detalhada do que o ordenamento jurídico considera como fato criminoso.

A evolução do tipo penal é dividida em 3 partes: fase de independência do tipo, fase do caráter indiciário da ilicitude e fase do tipo legal como essência da ilicitude. (CAPEZ, 2012, p. 210-211)

Na primeira fase, o tipo é separado da ilicitude, tendo função apenas descritiva, sendo assim um exame meramente formal. De tal forma, este corrente é muito vaga, onde não existe a avaliação da ilicitude.

Na segunda fase, o tipo penal passa a ter um indicio de ilicitude, não podendo separar os mesmos. Uma conduta humana em um tipo incriminador já provoca uma reação inicial negativa na coletividade, porque nos tipos legais encontram-se os comportamentos considerados mais graves e perigosos para a sociedade. Dessa forma, deve-se observar que a tipicidade opera com a função de configurar ou desconfigurar o crime mediante as causas excludente de ilicitude, ou seja, todo fato típico é ilícito, desde que não haja causa de justificação.

Na última fase, partimos do pressuposto de que a tipicidade e a ilicitude não se dividem, embora seus conceitos não se confundam. As causas de justificação além de atingir a antijuridicidade, também afetaram a tipicidade.

Das fases citadas, a dominante é a segunda:

Diretriz dominante: a segunda. Prevalece o entendimento de que tipo e ilicitude são fenômenos diferentes, que não devem ser confundidos. É que nessa área a questão não se coloca em termos do que é certo ou errado, nem do que é verdadeiro ou falso, mas da construção sistemática mais útil para o estudo do crime. É inegável a vantagem da segunda corrente, na medida em que o juiz, embora sabendo que tudo ocorre a um só instante, desenvolverá, em diferentes etapas de seu raciocínio, primeiro a verificação da tipicidade, para só então analisar a ilicitude. (CAPEZ, 2012, p. 212-213)

Conclui-se que tipo e ilicitude não devem ser misturados, em que se é vantajoso analisar diferentes etapas de seu raciocínio, primeiro verificando a tipicidade, para depois analisar a ilicitude.

1.3.1 Elementos do tipo penal

O tipo penal é composto por elementos de preferência objetivos ou descritivos, mas também temos os elementos subjetivos e normativos.

Elementos objetivos são os que se referem à materialidade da infração penal, no que concerne à forma de execução, tempo, lugar etc. São também chamados descritivos. Normalmente são compostos por um verbo que expressa a conduta, a ação indicada pelo núcleo do tipo penal, como podemos ver no exemplo: “matar” (art. 121, CP), “subtrair” (art. 155, CP).

No que se refere aos elementos subjetivos, podemos dizer que exige uma finalidade por parte do agente, são os que se referem a um motivo, a um dado específico ou que indica um fim especial visado pelo agente. Além da vontade de realizar o núcleo da conduta, o agente também terá a finalidade especial descrita no tipo penal. É o que acontece, por exemplo, nos tipos de crime do art 157, caput “para sim ou para outrem”; e art 171, § 2.º, V “com o intuito de”.

E por último temos os elementos normativos, que dependem de uma interpretação, isto é, requer que se faça um juízo de valor. São expressões utilizadas pelo ordenamento jurídico que necessitam de uma prévia interpretação jurídica ou social. Como por exemplo os conceitos de “documento” (art. 297, CP), “ato obsceno” (art. 233, CP), “alheia” (art. 155, CP).

1.3.2 Classificação do tipo penal

O tipo penal é classificado de várias maneiras pela doutrina, mas há de se destacar apenas dois tipos de classificação: tipo penal aberto e tipo penal fechado.

O tipo fechado é aquele que a lei é completa em sua descrição, não dependendo de interpretação para que seja compreendido, sendo como exemplo o crime de homicídio, tipificado no art. 121 do Código Penal, que diz “matar alguém”, não necessitando de qualquer complementação.

Já o tipo aberto é aquele que falta algo na lei penal, necessitando de uma complementação, como citamos abaixo:

Crimes de tipo aberto são os que não apresentam a descrição típica completa. Neles, o mandamento proibitivo não observado pelo sujeito não surge de forma clara, necessitando ser pesquisado pelo julgador no caso concreto. São exemplos de crimes de tipo aberto:

- a) delitos culposos: neles, é preciso estabelecer qual o cuidado objetivo necessário descumprido pelo sujeito;
- b) crimes omissivos impróprios: dependem do descumprimento do dever jurídico de agir;
- c) delitos cuja descrição apresenta elementos normativos (“sem justa causa”, “indevidamente”, “sem as formalidades legais” etc.): casos em que a tipicidade do fato depende da ilicitude do comportamento, a ser pesquisada pelo julgador em face de normas de conduta que se encontram fora da definição legal. (JESUS, 2011, p. 261)

O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que foi alterado atualmente pela lei 12.760/12, é um exemplo de tipo aberto, que diz o seguinte em seu texto: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. Neste caso, o tipo penal é incompleto, necessitando de elementos normativos para sua complementação, já que não é citado na lei se há necessidade de uma comprovação do perigo de dano, sendo isto analisado no último capítulo.

Como podemos ver, é o que acontece com a lei 12.760. Na sua redação, abre-se um leque para o entendimento quanto a necessidade da comprovação do perigo de dano tornando-o um tipo penal aberto.

Concluimos assim neste capítulo, que o conceito analítico, na corrente tripartida, é o mais adotado entre os juristas e é o que será utilizado por nós neste trabalho, tanto que analisamos o conceito de tipicidade e também o do tipo penal, passando assim para o próximo, onde estudaremos a lei 12.760 e os seus novos meios de prova.

2. O CRIME DE EMBRIAGUEZ E A LEI 12.760

Neste capítulo, veremos como surgiu a redação da lei 12.760, mais conhecida popularmente com “lei seca”, que veio a alterar o art. 306 do Código de Transito Brasileiro.

Dentro desta lei, analisaremos os novos meios de prova que foram acrescentados como a prova pericial, audiovisual e testemunhal, além de vermos também as elementares da nova redação do art. 306 do CTB.

2.1 Lei 12.760 e o art. 306 CTB

Em decorrência da grande potência dos automotores, que a partir de sua invenção no século XVII, no qual vem tornando-se cada vez mais confortáveis e velozes, é que a história passa a registrar inúmeros acidentes envolvendo motoristas e terceiros afetados por estes. (DUNCK,2013, p. 100)

No ano de 1996, ocorreram cerca de 274 mil acidentes de trânsito com vítimas no Brasil, decorrente de motoristas alcoolizados, causando a morte de cerca de 27 mil pessoas (REDETRAN, 1998), número este que comprova a impudência desses motoristas em relação a mistura de álcool e direção.

Devido a este grande número de acidentes provocado por condutores embriagados, foi instituído no ano de 1997, o Código de transito brasileiro (CTB), lá sendo incluído o crime de embriaguez no volante, descrito no art. 306 deste código.

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

Esta foi a primeira redação dada ao referido crime. Mas não foi o suficiente para a redução dos índices de acidentes, já que esta lei parou de surtir o efeito desejado, onde no ano de 2006, se contabilizava 36.367 mortes (DUNCK, 2013, p. 100). Desta forma, foi criado no ano de 2008 a Lei 11.705, conhecida popularmente como a Lei Seca. Tal lei modificou o art. 306 da seguinte forma: “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 “.

Assim, os índices de incidência começaram a cair, devido ao aumento das multas e as consequências criminais mais severas, tornando os condutores mais cuidadosos devido a tais sanções.

Mas, junto com isso, vieram as controvérsias. A citada lei deixou brechas no que tange os meios de prova. O texto da lei 11.705 diz que a embriaguez será constatada por meio de exame clínico, onde se aferido a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, será constatada a embriaguez. Porém, nenhum cidadão é obrigado a submeter a este exame, produzindo assim prova contra si mesmo, ferindo assim o princípio "nemo tenetur se detegere" (o direito de não produzir prova contra si mesmo).

Antes da alteração, a embriaguez do motorista só poderia ser constatada por meio do exame do etilômetro (“bafômetro”) ou exame de sangue. Ocorre que tais provas dependiam exclusivamente da colaboração da vítima. Assim, tendo em vista que a Constituição da República e o Pacto de São José da Costa Rica garantem o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo (princípio do nemo tenetur se detegere), era muito difícil a comprovação da embriaguez. (SANNINI NETO, 2012)

Apresentado este problema, foi criado a lei 12.760/12, que nada mais é que uma mudança a lei anterior, com a intenção de corrigir os erros, onde a mesma diz:

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

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

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

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

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

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

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

A partir disto, os tribunais passaram a entender de acordo com novos meios de prova e não somente pelo exame pericial como podemos ver na decisão abaixo:

DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ACUSADO CONDENADO PELO DELITO DE EMBRIAGUEZ LEI 12760/12 - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO CONSTAM DOS AUTOS PROVAS SUFICIENTES A INDICAR QUE O ACUSADO DIRIGIA VEÍCULO AUTOMOTOR EMBRIAGADO - NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 306 DO CTB QUE PERMITE QUE DIANTE DA NEGATIVA DO ACUSADO EM SE SUBMETER AO BAFÔMETRO SEJAM CONSIDERADAS OUTRAS PROVAS - ACUSADO QUE FOI ABORDADO PELA POLICIA MILITAR EM VIRTUDE DE DENÚNCIAS ACERCA DE DIREÇÃO PERIGOSA - POLICIAIS ATUANTES NO FLAGRANTE QUE CONSTATARAM QUE O ACUSADO ESTAVA EMBRIAGADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO). (TJ-PR - APL: 12072945 PR 1207294-5 (Acórdão), Relator: Marcio José Tokars, Data de Julgamento: 16/10/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1458 19/11/2014).

Observamos também que nesta nova redação, o termo “embriaguez” deixou de existir e o crime passou a se caracterizar pela capacidade psicomotora do motorista alterada em virtude do álcool ou de outra substância psicoativa, deixando para trás a questão de concentração de álcool por litro de sangue, que agora é usado como meio de prova. Deste modo, caso não seja constatada a capacidade psicomotora alterada, que agora é uma elementar do tipo, não haverá crime.

Verifica-se, portanto, que a “alteração da capacidade psicomotora” passa a ser elementar do tipo. Em outras palavras, caso o motorista tenha ingerido bebidas alcoólicas, mas não esteja com a sua capacidade psicomotora alterada, o crime não estará configurado. Conforme destacado, a grande alteração trazida pela nova Lei está no fato de o tipo penal não mais vincular a constatação da embriaguez, exclusivamente, ao percentual de seis decigramas de álcool por litro de sangue, sendo este apenas um dos meios de prova. (DUNCK, 2013, p. 103)

Vale ressaltar que caso o condutor faça o uso do etilômetro (bafômetro) e acuse o percentual abaixo de 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, não será considerada crime, sendo o condutor submetido apenas as sanções administrativas descritas no art. 165 do CTB.

Esta lei também deixou dúvidas quanto à definição referente ao tipo de perigo. Não diz se há a necessidade ou não de comprovação de um dano para que caracterize o delito, que será visto no último capítulo deste trabalho.

A seguir, analisaremos as elementares do tipo referente ao art. 306.

2.2 Elementares

Elementos do tipo são figuras essenciais da conduta tipificada (GRECO, 2015, p. 47). No caso, analisaremos as elementares do art. 306 da lei 12.760 que diz: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

O primeiro item é o verbo conduzir. Para que seja caracterizado tal crime, o autor deve estar ou ter capacidade para estar no comando de um veículo.

Conduzir, para fins deste dispositivo, significa dirigir, colocar o veículo em movimento mediante o acionamento de seus mecanismos, sendo necessário que o veículo esteja ligado, ainda que o deslocamento dê-se em ponto morto ou na banguela. Exige-se o movimento do veículo automotor, apto a criar uma situação de potencial de perigo para os pedestres, passageiros ou demais condutores. (DUNCK, 2013, p. 104)

Desta forma, o autor tem que ter a capacidade de conduzir o veículo, colocando o mesmo em movimento, gerando perigo aos transeuntes da via.

A segunda elementar é a expressão “veículo automotor”. O código de trânsito brasileiro define em seu anexo I:

VEÍCULO AUTOMOTOR - todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico).

Assim, se o agente não estiver conduzindo um veículo automotor conforme descrito acima, não será caracterizado o crime. Por exemplo, se um cidadão conduzindo uma bicicleta normal, se envolve em acidente e se constata a embriaguez, este não será penalizado pelo crime descrito no art.306 do CTB.

O terceiro elemento é a capacidade psicomotora alterada. Os sinais psicomotores são uma relação entre as funções motoras (músculos) e psíquicas (cérebro), e quando alteradas trazem consequências drásticas relacionadas com condução de veículos (KIST, 2013).

Na nova redação trazida, o condutor só será penalizado se sua capacidade psicomotora estiver alterada. Se estiver conduzindo veículo sob influência de álcool ou outra substância psicoativa, mas a sua capacidade psicomotora não estiver alterada, o crime não será configurado. A doutrina assim nos ensina:

Com a nova redação dada pela Lei 12.760/2012, o crime de embriaguez ao volante se caracteriza quando restar constatado que a capacidade psicomotora do motorista foi alterada em virtude do álcool ou de outra substância psicoativa, como, por exemplo, “maconha” ou “cocaína”.

Percebe-se, portanto, que a “alteração da capacidade psicomotora” passa a ser elementar do tipo. Em outras palavras, caso o motorista tenha ingerido bebidas alcoólicas, mas não esteja com a sua capacidade psicomotora alterada, o crime não estará configurado.

Conforme destacado alhures, a grande modificação trazida pela nova Lei está no fato de o tipo penal não mais vincular a constatação da embriaguez, exclusivamente, ao percentual de seis decigramas de álcool por litro de sangue, sendo este apenas um dos meios de prova. (SANNINI NETO; CABETTE, 2012).

Desta forma, dependerá a avaliação individual de cada pessoa, pois cada uma apresentará um sintoma referente à substância consumida, alterando ou não a capacidade psicomotora.

A última elementar é a frase “em razão de influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

Segundo a antiga lei 11.705/08 em seu art. 6º diz que: “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 (quantidade em mililitros de álcool absoluto contida em 100 mililitros de

mistura hidro alcoólica).” Estes tipos de bebidas alteram o funcionamento do nosso corpo quando ingeridas.

Já o conceito de drogas, segundo a OMS: “é qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas produzindo alterações em seu funcionamento”

Com isso, para que configure o crime, o autor deve ter ingerido ou feito uso de substancia psicoativa.

Importante frisar, relativamente à ingestão de álcool ou de outra substância psicoativa, por evidente, deve o acusado haver ingerido bebida alcoólica ou ter feito uso de outra substância psicoativa que determine dependência. Faz uso o legislador da fórmula de interpretação analógica, referindo-se de modo genérico, após exemplificação, a outras substâncias psicoativas que agem no sistema nervoso do condutor, alterando temporariamente seu comportamento. (DUNCK, 2013, p. 106)

Concluimos os elementos do tipo penal deste crime e passaremos a entender no próximo tópico os meios existentes para se constatar a embriaguez ao volante.

2.3 Os meios de prova

Com a publicação da lei 12.760, em seu art.306, §2º, do CTB, passaram a constar outros meios de provas do Crime de Embriaguez ao Volante, além do teste do etilômetro e do exame de sangue, que já estavam em vigor na lei anterior (nº11.075/08). Assim dispõe o texto legal:

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

O teste do etilômetro (bafômetro) e o exame de sangue são os meios de provas mais exatos, pois comprovam exatamente a concentração de álcool por litro de ar ou de sangue, havendo o crime quando este nível for superior àquele estabelecido pela legislação de trânsito, qual seja: “art.306, §1ª, inciso I - As

condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar” . Caso houve recusa do agente em fornecer qualquer tipo de prova contra si mesmo, fundado no princípio da não incriminação, o policial responsável poderá atestar a alteração da capacidade psicomotora do condutor, aplicando a sanção administrativa e criminal.

Antes a lei nº 12.760/12, o crime de embriaguez ao volante era de difícil constatação, pois era apenas permitido esses dois tipos de provas (teste do etilômetro e exame de sangue), tornando impossível a aplicação da pena ao condutor que se negasse a fazer os testes. Mas, atualmente, com a vinda de outros meios de prova, as sanções penais se tornaram mais eficazes, porque esses dois testes passaram a ser apenas mais um meio de constatação da alteração da capacidade psicomotora e não as únicas.

Analisaremos a seguir cada um dos meios de provas previstos em lei.

2.3.1 Teste de alcoolemia e exame clínico

O teste de alcoolemia é realizado através do etilômetro, mais conhecido como bafômetro, que é um aparelho que mede a concentração de álcool etílico no sangue do cidadão mediante a análise do ar pulmonar. Sua principal função é identificar condutores de veículos que estejam sob efeito de bebidas alcoólicas. Lemos abaixo:

O “bafômetro” é um aparelho que a partir do “sopro” do indivíduo mede o nível de álcool presente no seu ar alveolar pulmonar. Conforme o Decreto nº 6.488/2008, o ilícito penal seria, então, constatado quando atingida a concentração de álcool igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar, enquanto à infração administrativa seria verificada pela concentração igual ou superior a 0,05 miligramas de álcool por litro de ar alveolar. Observando-se a margem de tolerância seria de 0,1 miligrama de álcool por litro de ar alveolar. (MATTOS, 2013, p. 28-29)

Desta forma, o indivíduo que se sujeita ao teste do etilômetro, será penalizado caso ultrapasse os limites previstos na lei.

Um segundo meio de prova é o exame clínico, no qual se examina o sangue da pessoa e se for constatado concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, configurará o crime de embriaguez ao volante

Mas estes recursos possuem limitações, já que o condutor não é obrigado a soprar o bafômetro e nem realizar o exame de sangue, pois produzira prova contra si mesmo. Desta forma, o DENATRAN criou a portaria nº 217/14, que torna a recusa ao teste do etilômetro infração de trânsito.

Estas limitações podem ser supridas pelas provas testemunhais, periciais, vídeo, ou outros meios de prova admitidas pelo direito, as quais descreveremos abaixo.

2.3.2 Provas periciais

A prova pericial é o exame do condutor, realizado por peritos, sendo que estes podem fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao caso.

A perícia deverá ser requisitada por autoridade Policial competente, mas também o acusado poderá submeter-se a um exame feito por perito particular, sendo que o resultado do laudo será apreciado pelo Delegado de Polícia ou pelo Juiz no momento da formação dos seus convencimentos. Esta prova tem uma fragilidade, já que o perito fica em regime de plantão no IML, como vemos abaixo:

[...] todavia a fragilidade do exame pericial está justamente em sua operacionabilidade, pois em regra os peritos ficam no IML. Cabe observar que o deslocamento até ao Instituto pode permitir que os sinais de embriaguez desapareçam, impedindo a constatação do delito. Este é um meio de prova fragilizado perante o lapso temporal entre o flagrante da suposta embriaguez ao volante e a realização efetiva do exame pericial, o que poderá trazer questionamentos sobre os resultados alcançados através de exame realizado pelos peritos. (MATTOS, 2013, p. 35)

Assim, durante o tempo de deslocamento, poderá haver ou até desaparecer os sintomas de embriaguez do acusado, tornado este meio de prova ineficaz.

2.3.3 Provas testemunhais

As provas testemunhais são baseadas em pessoas que presenciaram o fato, ou seja, qualquer pessoa que toma conhecimento de algo juridicamente relevante, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade. (MATTOS, 2013, p. 36).

Desta forma, no caso de recusa dos exames de alcoolemia e perícias, a prova pode ser realizada pelo relato das testemunhas para a constatação da capacidade psicomotora alterada, pois elas poderão, se estiverem no local, descrever os sintomas de embriaguez descritos na resolução 432/13 do DENATRAN em seu anexo II que diz:

- I. Quanto à aparência, se o condutor apresenta: sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem nas vestes e odor de álcool no hálito.
- II. Quanto à atitude, se o condutor apresenta: agressividade, arrogância, exaltação, ironia, se está falante ou se apresenta dispersão.
- III. Quanto à orientação, se o condutor: sabe onde está, sabe a data e a hora.
- IV. Quanto à memória, se o condutor: sabe seu endereço e lembra dos atos cometidos;
- V. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: dificuldade no equilíbrio, fala alterada.

Tais sintomas também será constatado pelo agente de trânsito, que será uma testemunha no auto de prisão flagrante realizado pelo delegado, já que gozam de fé pública. Seu relato também confirmará em juízo o ato realizado pelo mesmo no dia do fato, dando mais veracidade ao processo.

2.3.4- Prova audiovisual.

A prova audiovisual é produzida através de filmagens demonstrando a veracidade dos fatos, constatando assim os sinais de embriaguez. A autoridade que analisará os fatos poderá analisar tais imagens e tirar as conclusões necessárias para condenação do réu.

Caso o réu não seja de acordo com as provas, poderá o mesmo alegar inveracidade dos fatos ou até improbidade documental. Um exemplo é o acórdão citado abaixo expedido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTS. 306 E 309 DA LEI 9.503/97 E 330 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. ISENÇÃO DE CUSTAS E DESPESAS. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA CONDENÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRELIMINAR. PROVA ILÍCITA. FILMAGEM REALIZADA PELOS POLICIAIS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU PRÉVIO CONSENTIMENTO DO INVESTIGADO NO ATO DA ABORDAGEM. PREVISÃO LEGAL DE VÍDEO PARA AFERIÇÃO DO ESTADO DE EBRIEDADE (ARTS. 306, § 2º, DO CTB E 3º, INC. IV, §§ 1º E 2º DA RESOLUÇÃO 432/13 DO DENATRAN). ELEMENTO MERAMENTE INFORMATIVO QUE NÃO MACULA O DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTEÚDO ORAL DA FILMAGEM, PORÉM, OBTIDO SEM A CIENTIFICAÇÃO AO ACUSADO DAS SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE DO SEU DIREITO AO SILÊNCIO E DE NÃO SER OBRIGADO A FAZER PROVA EM SEU DESFAVOR. ILICITUDE. PREFACIAL PARCIALMENTE ACOLHIDA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REDAÇÃO POSTERIOR À PROMOVIDA PELA LEI 12.760/12. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE EVIDENCIADAS. PRESCINDIBILIDADE DO EXAME DE ETILÔMETRO. PROVA TESTEMUNHAL E AUTO DE CONSTATAÇÃO SUFICIENTES PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. EXEGESE DO ART. 306, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E RESOLUÇÃO 432/13 DO CONTRAN. PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS UNÍSSONAS E COERENTES. CREDIBILIDADE DE SEUS DIZERES. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU DOLO. DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR, EM VIA PÚBLICA, SEM PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO. ADMISSÃO DA CULPA. PERIGO DE DANO EVIDENCIADO NOS AUTOS. CONDUÇÃO EM ALTA VELOCIDADE, SEM RESPEITAR AS REGRAS DE TRÂNSITO, ENQUANTO ESTAVA EMBRIAGADO EM NOITE COM DENSA NEBLINA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ORDEM LEGAL EMANADA ENQUANTO APELANTE DIRIGIA SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL E SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO. TENTATIVA DE MANUTENÇÃO DO STATUS LIBERTATIS. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO DEVIDA, AINDA QUE SOB FUNDAMENTO DIVERSO DO ARRAZADO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DO SEMIABERTO PARA O ABERTO. INVIABILIDADE. RECORRENTE RECALCITRANTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INTELIGÊNCIA. (TJ-SC - Apelação Criminal: APR 20140285364 SC 2014.028536-4 (Acórdão))

Sendo assim, se comprovado que a filmagem foi realizada por meio ilegal, não pode ser usada no processo contra o condutor, mas as demais provas descritas neste acordão como a testemunha e o auto de constatação de embriaguez, foram suficientes para condenação do réu.

Concluimos assim neste capítulo, que através dos novos meios de prova elencados, esta lei ajudou na diminuição dos índices de acidente envolvendo condutores embriagados, já que ficou mais fácil a constatação da embriaguez. Vimos também as novas elementares deste crime e que com essa nova redação, o tipo penal ficou aberto, dando margem para entendimentos diversos quanto a necessidade da comprovação do perigo de dano, que analisaremos no capítulo a seguir.

3. O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E O PERIGO DE DANO

Relembramos o primeiro texto legal do crime de embriaguez, onde era claro quanto a necessidade da constatação de um dano específico como podemos ver: “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Como vemos, em um dos elementos do tipo penal vinha descrito a necessidade do perigo do dano, tornando o crime de perigo concreto.

Mas este texto sofreu alterações primeiramente com a lei 11.705. A referida lei cita em seu texto legal a expressão “via pública” e não cita quanto a necessidade de um perigo de dano, tornando assim em um crime de perigo abstrato.

No ano de 2012, o art. 306 do CTB foi novamente modificado pela lei 12.760, já que havia a necessidade de mudança, pois se tinha dificuldade na constatação da embriaguez. Porém, a citada norma não faz menção quanto à necessidade da comprovação de um perigo iminente, não deixando claro quanto a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante.

Desta forma, existem vários entendimentos quanto tal comprovação, sendo que estudaremos a seguir os entendimentos a respeito.

3.1 Perigo concreto

O crime de perigo concreto é definido como aquele onde há necessidade de uma comprovação do perigo dano para que seja configurado o crime. É o que vemos nos dizeres abaixo:

Perigo concreto é o que precisa ser provado. Ex.: no art. 134 há a definição legal do crime de exposição ou abandono de recém-nascido. O perigo, no caso, não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado. (DAMASIO DE JESUS, 2011, p. 229).

De acordo com este conceito, para que o crime de embriaguez seja configurado, há a necessidade de o condutor, além de estar com a capacidade psicomotora alterada, o mesmo ainda tem que gerar um perigo de dano concreto.

Um exemplo: o condutor, com seus reflexos alterados devido o uso de bebidas alcoólicas, assume seu veículo, e começa a fazer zig-zag na pista, presumindo o perigo de dano. Neste caso, se configuraria o crime tipicado no art. 306 da lei 12.760.

Um dos defensores desta teoria é Fabricio da Mata Corrêa, que nos dizeres citados abaixo, relata que após as mudanças da “nova lei seca”, o crime passou a ser de perigo concreto.

Agora, doravante toda essa mudança, fica evidente que não basta a simples influência do álcool ou outra substância, agora é necessário que se veja comprovado que o indivíduo realmente tenha gerado com sua conduta um perigo concreto de dano, ou seja, sua direção deve estar claramente comprometida.

Antes bastava a comprovação dos índices de 0,6 decigramas ou 0,33 miligramas, que o crime já estaria configurado, não importando o fato que o indivíduo, mesmo bêbado, conduzia com cutela redobrada, ainda sim seria responsabilizado tanto administrativamente como penalmente. Agora, além de se comprovar o estado de embriaguez deve-se verificar se esse foi suficiente por comprometer a condução do veículo, caso contrário não se pode dizer que o crime ocorreu. (CORRÊA, 2013).

Este autor defende que antes da lei 12.760, o crime era de perigo abstrato, já que o caput do art. 306 fazia referência a quantidade de álcool no sangue ou ar pulmonar. Com a mudança, tais índices tornaram-se meros meios de provas, onde o crime passou a ser de perigo concreto, exigindo um dano em potencial.

Tribunais também defendem tal tese alegando que após as mudanças, há a necessidade da comprovação do perigo, como vemos abaixo:

RECURSO CRIMINAL. DELITO DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA ALICERÇADA NA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, POR SE TRATAR DE CRIME DE PERIGO CONCRETO. FATO PERPETRADO APÓS A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 12.760/12. CRIME QUE PRESERVOU SUA CLASSIFICAÇÃO COMO DE PERIGO ABSTRATO. PRESCINDIBILIDADE DE DESCRIÇÃO ATINENTE À POTENCIALIDADE DE DANO. SATISFEITOS OS REQUISITOS APTOS A JUSTIFICAR O RECEBIMENTO DA INICIAL. RECURSO PROVIDO. TJ-SC - Recurso Criminal RC 20130416454 SC 2013.041645-4 (Acórdão) (TJ-SC)

Conclui-se que de acordo com a decisão acima que o citado crime será de natureza concreta, necessitando da geração do perigo de dano para que o condutor venha a cometer o crime em pauta.

3.2 Perigo abstrato

O crime de perigo abstrato é aquele que não há necessidade de uma comprovação do perigo de dano, já que ele será presumido. É o que vemos nos dizeres de Capez:

[...] crime de perigo abstrato, no qual a situação de perigo é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime; [...] (CAPEZ, 2011, p. 294)

Assim, para que o delito seja caracterizado, basta apenas que seja constatado a embriaguez do condutor através dos meios de prova elencados no § 2º do art.306 do CTB.

Há juristas que acham esta natureza inconstitucional, por ferir o princípio da ofensividade, que consideram inconstitucionais todos os chamados “delitos de perigo abstrato”, pois, segundo ele, não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. (CAPEZ, 2011, p. 38)

Mas outros, como Renato Marcão, defendem que ao conduzir veículo embriagado, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a fazer jus a uma pena criminal. Diz ainda que o tipo penal não exige a exposição a dano efetivo à incolumidade de outrem e que a verificação do índice alcoólico ou dos sinais de alteração da capacidade psicomotora são apenas meios de prova.

Conduzir veículo nas condições do artigo 306, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal. Não se exige um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem.

Para melhor compreensão, imagine-se o seguinte exemplo: o agente não é visto por policiais de trânsito ou quem quer que seja realizando manobras perigosas com o veículo que conduz, mas ao ser abordado, em razão de embriaguez, sai cambaleando de seu automóvel e mal consegue se expressar logicamente, de modo a evidenciar considerável e perigoso estado etílico.

Na hipótese indicada, não nos animamos a sustentar que o delito do artigo 306 do CTB não está configurado. É claro que o crime ocorreu, e por isso se apresentam inafastáveis as providências de natureza criminal contra seu autor. (MARCÃO, 2013)

Tribunais citados abaixo também entendem que o crime é de perigo abstrato:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÂNSITO - ARTIGO 306, § 1º, II e § 2º DA LEI Nº 9.305 /97 - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - TESE DEFENSIVA: ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - PROVA DISPENSÁVEL - ESTADO ETÍLICO EVIDENTE - CONFISSÃO - PROVA TESTEMUNHAL - CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Pela nova redação do art. 306 do CTB , introduzida pela lei nº 12.760 /2012, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, não se exige a realização de teste de alcoolemia, podendo ser este suprido por outros meios de prova, como a testemunhal ou o exame clínico, sendo, ainda, desnecessária a comprovação do comportamento que gere um perigo de dano à incolumidade de outrem. Os policiais e agentes de trânsito são dotados de legalidade e legitimidade para produzir outros meios de prova, ao verificar sinais de embriaguez no momento da abordagem. A avaliação da situação de miserabilidade dos petionários deve ser feita no Juízo de Execução, que é o competente para cobrar dos réus as despesas processuais e, se for o caso, suspender a cobrança pelo prazo de cinco anos. Súmula 58. TJ-MG - Apelação Criminal APR 10499130005741001 MG (TJ-MG)

De acordo com estas decisões, não há necessidade do perigo de dano, sendo necessário apenas a constatação da embriaguez para configuração do delito.

3.3 Teoria mista

A citada corrente diz que o crime de embriaguez ao volante não é nem de perigo concreto, nem de perigo abstrato. Ela diz que este crime é uma mistura das

duas correntes, dando o nome de perigo abstrato de perigosidade real ou perigo concreto indireto.

No crime de perigo abstrato de perigosidade real, o risco ao bem jurídico tutelado deve ser constatado, dispensando vítima certa e determinada. É necessário a superação de uma determinada ameaça ao bem jurídico protegido.

Esta corrente se parece bastante com a segunda. Na teoria abstrata, presume-se o perigo diante da embriaguez e na corrente de perigosidade real, é preciso provar no processo que o motorista estava com sua capacidade psicomotora alterada.

Perigo abstrato (ou puro), basta a condução de veículo sob efeito de álcool, pois o risco advindo da conduta é absolutamente presumido por lei (haverá crime ainda que ausente a condução anormal do veículo).

[...]Se de perigo abstrato de perigosidade real, exige-se a prova de condução anormal (rebaixando o nível de segurança viário), mas dispensa a demonstração de perigo para vítima certa e determinada. Sem essa perigosidade real para a coletividade, que é concreta, caracteriza mera infração administrativa. (SANCHES, 2013)

Meneses Rios defende que esta teoria se encaixa perfeitamente no crime de embriaguez ao volante descrito no art. 306 do CTB como vemos abaixo.

A corrente doutrinária, que começa a ser seguida por alguns Tribunais pátrios, mais condizente com os princípios penais da legalidade e da ofensividade classifica o crime de embriaguez ao volante como delito abstrato de perigosidade real. De acordo com esta posição, embora seja um crime de perigo abstrato, dispensando, assim, a comprovação de efetivo perigo, faz-se necessário que a conduta do agente, no caso concreto, tenha sido, ao menos, perigosa, excluindo-se a tipicidade daquela que sequer ofertou risco ao bem jurídico tutelado. (MENESES RIOS, 2014)

Alguns tribunais, como Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também já entendem desta forma como citamos a seguir:

[...] desta forma, a expressão "em razão da influência" exige a exteriorização de um fato que vai além da ingestão da substância, mas que é derivado dela, o que significa concluir que não basta

ingerir, ou fazer uso de alguma substância, mas impõe-se a comprovação de que o agente, estando sob a sua influência, manifestou uma conduta anormal (por exemplo, um ziguezague), isso já sendo suficiente para colocação em risco da segurança viária. Não significa dizer que se exige um perigo concreto determinado, mas um perigo concreto indeterminado ou "um perigo abstrato com um mínimo de perigosidade real da conduta" (Prof. LUIZ FLÁVIO GOMES), que nada mais é do que o efetivo risco para o bem jurídico coletivo segurança viária, mesmo que nenhuma pessoa real e concretamente tenha sofrido perigo[...] (TJ-RJ - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: RSE 03352148320148190001 RJ 0335214-83.2014.8.19.0001)

Depois de analisado as três correntes, concluímos que a corrente mais correta é a teoria da perigosidade real, já que não há a necessidade de um risco concreto, porém é exigida uma conduta perigosa para o bem jurídico tutelado, de forma que sua aplicação requer a constatação da perigosidade real da conduta no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa científica, procurou-se estudar o crime de embriaguez ao volante, descrito pelo art. 306 do CTB, alterado pela lei 12.760, que teve o objetivo de solucionar as dificuldades probatórias da “Lei Seca”, contudo percebemos pela análise efetivada neste trabalho que a nova Lei não cumprirá sua finalidade, deixando dúvidas quanto à necessidade da comprovação do perigo de dano.

Anterior a esta lei, vigorava a lei 11.705, no qual os meios de prova descritos nesta eram falhos, pois o condutor embriagado não era obrigado a se submeter aos meios de prova desta lei, porém esta era clara que não havia necessidade da comprovação do perigo de dano

Assim, então, estudamos neste trabalho a lei 12.760, analisando os novos meios de prova que facilitaram a constatação da embriaguez do condutor, e também verificando se há ou não a necessidade do perigo de dano

Para começar esta pesquisa, foi feito um estudo sobre os conceitos de crime e algumas definições importantes para o melhor entendimento do tema como tipicidade e fato típico.

Como vimos, existem vários conceitos de crime, porém, em nosso entendimento e através dos estudos realizados, a corrente mais correta é a analítica, já que o crime é um fato típico, antijurídico e culpável, já que faltando um desses elementos o crime será inexistente.

Com relação ao conceito de tipicidade, vimos que para se configurar o crime, o fato ocorrido tem que estar descrito na norma penal, e para nós é importante este conceito, pois se no crime de embriaguez não houver enquadramento ao fato, o crime não existirá, saindo o condutor impune.

O tipo penal é importante observamos as elementares do tipo, no qual para que seja o configurado o mesmo, a conduta tem que se enquadrar perfeitamente com o que descreve o ilícito penal.

Analisados estes conceitos, passamos para a pesquisa do art.306 do CTB, já que a primeira redação, que surgiu no ano de 1997, não foi o suficiente para

reduzir os índices de acidentes como se pretendia, pois não se elencava meio de se constatar a embriaguez.

Com isso, foi criada a lei 11.705, que enrijeceu as penas aplicadas aos condutores, e também criou os meios de prova que é o etilômetro e o exame clínico. Porém estes meios de prova foram falhos, já que devido ao princípio "nemo tenetur se detegere", pois nenhum cidadão é obrigado a produzir prova contra si mesmo

Com necessidades de alteração na lei, surgiu a lei 12.760, que acrescentou os novos meios de prova, sendo o pericial, audiovisual e o testemunhal, que somados facilitaram a constatação da embriaguez, tornando a lei mais rígida, ajudando assim a redução de condutores embriagados.

Devemos citar quanto a prova testemunhal, o agente de trânsito, já que este pode ser testemunha dos fatos, por sua palavra possuir fé pública, sendo de suma importância para a constatação do crime, no caso de falha dos outros meios de prova.

Analisamos também os elementos do tipo penal do art. 306, e como já citamos, há necessidade de que toda ação praticada se enquadre nas elementares. Um exemplo que podemos dizer é um condutor embriagado e no interior do veículo automotor, porém o mesmo não está em movimento, neste caso não haverá o crime pois o mesmo não estava conduzindo o veículo, como exige o tipo penal.

Mas como vimos, os novos termos empregados ajudaram na nova aplicação descrita pela lei e foi onde avistamos o problema da necessidade ou não da comprovação do perigo de dano, já que falta um elemento normativo, dando motivo para que ocorra um juízo de valor interpretativo, ocorrendo assim três correntes quanto ao entendimento da necessidade ou não da comprovação do perigo de dano

Das correntes citadas, defendemos que a teoria mista é a mais correta, já que não a necessidade de um risco concreto, porém é exigida uma conduta perigosa para o bem jurídico tutelado, de forma que sua aplicação requer a constatação da perigosidade real da conduta no caso concreto.

Esta pesquisa, por óbvio, não esgota o tema, uma vez que esta lei, não uma decisão unânime dos nossos tribunais, sendo que há várias decisões divergentes. Por certo é que, os legisladores e membros da alta corte, necessitam

regular este crime para evitar este entendimento doutrinário polivalente, dando a esta lei um único entendimento.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Renata Cyreno. A embriaguez alcoólica e a teoria da "actio libera in causa". *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1637, 25 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10793>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

ALEIXO, Rafaela Comunale. O crime de embriaguez ao volante análise sobre aspectos polêmicos à luz da lei 12.760/12. *Revista centro universitário Toledo Prudente*, vol. 25, n. 25, ano 2013. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/4683>>. Acesso em: 04 set. 2015.

ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo de. O conceito de crime. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3705>>. Acesso em: 14 out. 2015.

ARAUJO, Felipe. Info escola, navegando e aprendendo. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/civilizacoes-antigas/sumerianos/>>. Acesso em: 17 Outubro 2015.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. (1940). *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: Código Penal. Brasília: Senado Federal, 1940.

_____. (1997). *Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997*: Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 1997.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova Lei Seca: perigo abstrato ou concreto? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3478, 8 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23405>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, parte 1. 16ª edição, Saraiva 2012.

COLABORE, operação lei seca. Cinco anos de Lei Seca no Brasil. Disponível em: <<http://www.operacaoleisecarj.rj.gov.br/cinco-anos-de-lei-seca-no-brasil/>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

CORRÊA, Fabricio da Mata. As primeiras impressões sobre a “nova” lei seca. Disponível em: <<http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941386/as-primeiras-impressoes-sobre-a-nova-lei-seca>>. Acesso em: 27 maio 2015.

DAMÁSIO DE JESUS. *Direito penal parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUNCK, Goiacy Campos dos S.; DUNCK, Davi Augusto Campos. A nova redação da lei seca (Lei 12.760/12). *Direito contemporâneo*, Goiânia, ano 2, n. 03, p. 1-118, Novembro de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Lei Seca: Acertos, Equívocos, Abusos e Impunidade. <Disponível em: <http://www.lfg.com.br/>>. Acesso em: 27/04/2015.

GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal*, parte geral. Volume 1, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

KIST, Dario José. Embriaguez ao volante: como configurar o crime. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3782, 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25748>>. Acesso em: 3 maio 2015.

MARCÃO, Renato. Nova Lei Seca não pode ser aplicada retroativamente. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-anteriores-edicao>>. Acesso em: 10 set. 2015

MARQUES, Torres. Acórdão TJ-SC - Recurso Criminal RC 20130416454 SC 2013.041645-4. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24199226/recurso-criminal-rc-20130416454-sc-2013041645-4-acordao-tjsc>>. Acesso em: 10 out. 2015.

MARTINS, Juliana Nogueira Galvão. Tipicidade: Conceito e classificação. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 13 dez. 2008

MATTOS, Alex Bruno Pinto. *A controversa questão probatória da “Lei Seca”, seus conflitos principiológicos e a edição da Lei nº 12.760/2012*. Monografia (bacharel em Direito> Faculdade de Direito da Universidade Federal de Brasília. Brasília: UNB, 2013.

MENESES RIOS, Thiago. Crime de embriaguez ao volante: tipo penal, tipicidade, classificação e consequências da nova redação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27033>>. Acesso em: 18 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, parte geral e parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RACHKORSKY LL, Zerbini T, Cintra RB. Avaliação pericial da embriaguez: legislação e aspectos práticos. *Saúde, Ética & Justiça*. 2012; 17(2): 44-9

RIZELO, Sérgio. Acórdão TJ-SC - Apelação Criminal: APR 20140285364 SC 2014.028536-4. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25314485/apelacao-criminal-apr-20140285364-sc-2014028536-4-acordao-tjsc>>. Acesso em: 10 out. 2015

SANCHES, Rogerio. Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”? Disponível em: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815106/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real?ref=topic_feed>. Acesso em: 10 out. 2015

SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei nº 12.760/2012: a nova Lei Seca. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23321>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

SANTOS, Luciano Aragão. O direito de não produzir prova contra si mesmo: "Nemo tenetur se detegere". Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

SARTORATO, Paulo Roberto. TJ-SC - Apelação Criminal: APR 20140250419 SC 2014.025041-9 (Acórdão). Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=lei+12.760+e+perigo+de+dano>>. Acesso em: 28 maio 2015

TOKARS, Marcio José. Acórdão TJ-PR - APL: 12072945 PR 1207294-5. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152714936/apelacao-apl-12072945-pr-1207294-5-acordao>>. Acesso em: 15 out. 2015