



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Princípio Constitucional da Inocência na Interpretação Penal da Nova Lei Seca

Tayssa Marins de Oliveira Sato

Rio de Janeiro
2015

TAYSSA MARINS DE OLIVEIRA SATO

O Princípio Constitucional da Inocência na Interpretação Penal da Nova Lei Seca

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INOCÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO PENAL DA NOVA LEI SECA

Tayssa Marins de Oliveira Sato

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Membro da Comissão Especial de Estudos do Direito Penal da Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil.

Resumo: A mudança no Código de Trânsito Brasileiro através da promulgação da Lei nº 11.705/2008 trouxe sérias discussões na doutrina e jurisprudência ainda não pacificadas no país. O presente trabalho aborda cada uma dessas problemáticas, especificamente, a aplicação do Princípio Constitucional da Inocência na tipificação dos crimes previstos na Lei nº 11.705/2008. Além disto, os problemas não se resumem aos debates jurídicos sobre a alteração legislativa, mas têm também repercussão na vida cotidiana da sociedade, uma vez que a lei foi criada principalmente com o objetivo de conscientizar a população e diminuir o índice de morte no trânsito, porém o Judiciário e a própria população ainda está despreparada para formar uma opinião sólida, gerando assim uma grande insegurança jurídica.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da inocência. Lei Seca.

Sumário: Introdução. 1. Alterações Históricas e Aspectos Jurídicos da Lei Seca. 2. Política Pública: Operação Lei Seca. 3. Importância da observância do Princípio da Inocência na Interpretação da Lei Seca. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o aumento do índice de mortes e lesões corporais no trânsito no país e o surgimento de sugestões de medidas para reduzir os índices de violência e práticas ilícitas.

Dentre essas medidas sugeridas, encontra-se a limitação do nível de alcoolemia para condutor de veículo automotor, com o propósito de prevenir os acidentes que eram e ainda são bastante frequentes.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir sobre as alterações da Lei Seca e seus aspectos jurídicos, principalmente levando-se em conta sua adequação aos comandos constitucionais.

Em seguida, será abordada a própria viabilidade prática da medida, inclusive sua eficácia e decorrentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da existência de crime de perigo concreto ou abstrato no rol de crimes previstos na Lei n. 12.760/2012.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que o Judiciário e a doutrina brasileira ainda não chegaram a um entendimento único e sólido sobre a interpretação da nova lei. Uns dizem que a conduta de dirigir embriagado configura crime de perigo abstrato e outros defendem a necessidade de um perigo concreto como justa causa para uma ação penal.

1. ALTERAÇÕES HISTÓRICAS E ASPECTOS JURÍDICOS DA LEI SECA

A história da Lei Seca começou em 1920¹, quando entrou em vigor pela 18ª emenda de sua Constituição com o objetivo de resolver os problemas relacionados à pobreza e violência. A Constituição americana estabeleceu a proibição, a fabricação, o comércio, o transporte, a exportação e a importação de bebidas alcoólicas. Para o governo americano todos os males vividos pelo país tinham apenas o álcool como agente causador. Essa lei vigorou por 13 anos, porém foi considerada o maior fracasso legislativo de todos os tempos nos Estados Unidos.

Argumentando que a legalização das bebidas geraria mais empregos, elevaria a economia e aumentaria a arrecadação de impostos, os opositores do presidente norte-americano Franklin Roosevelt, o convenceram a pedir ao Congresso que legalizasse a cerveja. Com isso, em 1933 é revogada a emenda constitucional da lei seca.

¹ Lei Seca. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_seca>. Acesso em: 21 out. 2014.

Nos dias atuais, de acordo com a Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (Abramet), a utilização de bebidas alcoólicas é responsável por 30% dos acidentes de trânsito. E metade das mortes, segundo o Ministério da Saúde, está relacionada ao uso do álcool por motoristas. Diante desse cenário preocupante, a Lei 11.705/2008 e posteriormente a Lei 12.760/2012, surgiram com uma enorme missão: alertar a sociedade para os perigos do álcool associado à direção.

A norma originou-se da Medida Provisória n. 415/08, e não passou por debates e discussões junto ao povo; foi fruto da vontade do governante do momento, que busca soluções extravagantes, ao invés de implementar políticas sadias e ações educativas preventivas; a difícil fiscalização, principalmente na área administrativa, além dos questionamentos de inconstitucionalidade da lei antecipa dificuldades para sua execução e para surtir os bons resultados que se espera. Queixa-se que a punição, quando prevê a alcoolemia zero e quando determina aos que vendem o produto a obrigação de colocar aviso no estabelecimento, esclarecendo ser crime dirigir sob a influência de álcool, mostra rigidez incompatível com a cultura local.

A lei pode causar verdadeira decepção ao povo, pois é certo que a fiscalização que se promove nos primeiros dias de sua vigência sofrerá descontinuidade, a exemplo do que já ocorreu com a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072/90, do Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826/03, e de tantas outras, que provocaram impacto apenas no início e o tempo encarregou-se de mostrar o desleixo e a falta de interesse do governo na observação da prática dos dispositivos legais. Para aumentar as dúvidas, o Código de Trânsito, na redação original, já era tão ou mais rígido que a lei seca e nem por isto trouxe o *marketing* da fiscalização atual.

Em alguns estados norte-americanos, se o condutor recusa o “teste do bafômetro”, há presunção de embriaguez e apreensão imediata do veículo e da carteira de habilitação. O

motorista também é preso em flagrante e tem penas equivalentes a um condutor reprovado pelo teste.

No Brasil, os limites foram definidos tendo como base a concentração de álcool no sangue e os efeitos correspondentes a cada aumento de concentração.

Em função do elevado índice de acidentes de trânsito provocados pelo consumo de álcool, o Governo Federal passou a tratar o tema como questão de segurança e saúde pública. Primeiro, foi proibida a venda de bebidas alcoólicas em rodovias federais, medida que ensejou a retomada das discussões no Parlamento e produziu a Lei nº 11.705/2008².

No entendimento dos legisladores, o ato de dirigir é incompatível com o hábito de beber. Estudos científicos comprovam que a ingestão de álcool provoca perda de reflexos, confusão mental e euforia, entre outros. Isoladamente ou em conjunto, tais fatores podem levar a um desastre.

A Operação Lei Seca, como política pública, teve como objetivos a fiscalização e a conscientização no trânsito, com base na Lei nº 11.705/2008 e atualmente na Lei 12.760/2012. A fiscalização começou a ser realizada pela Polícia Militar, onde policiais foram escolhidos segundo sua vida pregressa, social [...], a fim de evitar a corrupção e tornar possível a Operação. A conscientização foi realizada num primeiro momento com ajuda de cadeirantes, vítimas de acidente no trânsito, para causar um impacto na sociedade e mostrar que não era uma simples lei nova.

O foco foi implantar uma política pública de governo permanente que resulte na diminuição de acidentes de trânsito no Estado do Rio de Janeiro pelo consumo de bebidas alcoólicas. As áreas de atuação foram definidas de acordo com o maior número de acidentes: Av. Brasil; Av. das Américas; Estrada do Bandeirantes; Av. Automóvel Clube (Martin Luther King); Av. Suburbana (Dom Helder Câmara); Av. Airton Senna; Av. Santa Cruz; Av. Epitácio

² BRASIL. Lei n. 11.705/2008, de 19 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm>. Acesso em 28 abr. 2015.

Pessoa; Estrada do Galeão; Linhas Vermelha e Amarela; [...]. E outros locais de maior concentração: bares, boates, casas de show, estádios de futebol, restaurantes, [...].

A coordenação da operação foi composta pelo Coordenador Geral Dr. Carlos Alberto Lopes, 7 equipes de atuação com 180 pessoas, 4 policiais militares e 1 policial civil, 1 integrante da Polícia Rodoviária Federal e 5 cadeirantes de violência no trânsito. Teve como Órgão Coordenador a Secretaria de Estado de Governo, do qual o Dr. Carlos Alberto era Subsecretário à época. Órgãos e entidades também participaram: Detran/RJ, Polícia Militar e Civil, SBOT (Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia), Departamento de Polícia Rodoviária Federal, Secretaria Municipal de Transporte (CETRIO), Sindicato e Associação dos Taxistas, ANDEF (Associação Niteroiense dos Deficientes Físicos).

O sucesso da Operação se deu através de um objetivo, equipes qualificadas, foco, coordenadores experientes, policiais militares escolhidos conforme a sua vida social e pregressa, metas e resultados, contribuindo para a efetiva aplicação da Lei 11.705/2008.

Contudo, as inovações penais das Leis 11.705/2008 e 12.760/2012, apesar dos grandes resultados alcançados através da Operação Lei Seca, causou um grande rebuliço no Judiciário e entre os profissionais de Direito.

A questão principal decorre da forma de análise da embriaguez. Consoante ensinamento de Delton Croce³, “a embriaguez não se presume (*ebrietas non presumitur, onus probandi incumbit alleganti*); diagnostica-se.”. Em seu livro, o autor explica o procedimento do diagnóstico da embriaguez em pessoas vivas e mortas com detalhes médicos. Irei apenas apresentar uma breve síntese do estudo feito por Croce para que entendamos o “coração” do presente trabalho: o diagnóstico da embriaguez para configuração do crime previsto na Lei nº 11.705/2008 com a análise do Princípio da Ofensividade (até que ponto o efeito do álcool causaria perigo à sociedade).

³ CROCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 98.

No vivo, o diagnóstico é feito por exame somatopsíquico⁴ e por exames laboratoriais e, no cadáver, pelo exame das vísceras e do sangue venoso.

Os efeitos do álcool dependem de fatores como: a quantidade de álcool ingerido em determinado período, uso anterior de álcool e a concentração de álcool no sangue. O uso do álcool causa desde uma sensação de calor até o coma e a morte dependendo da concentração que o álcool atinge no sangue.

2. POLÍTICA PÚBLICA: OPERAÇÃO LEI SECA

A Operação Lei Seca, como política pública, teve como objetivos a fiscalização e a conscientização no trânsito, com base na Lei nº 11.705/2008⁵. A fiscalização começou a ser realizada pela Polícia Militar, onde policiais foram escolhidos a dedo (segundo sua vida pregressa, social, [...].) a fim de evitar a corrupção e tornar possível a Operação num todo. A conscientização foi realizada num primeiro momento com ajuda de cadeirantes, vítimas de acidente no trânsito, para causar um impacto na sociedade e mostrar que não era uma simples lei nova.

O foco foi implantar uma política pública de governo permanente que resulte na diminuição de acidentes de trânsito no Estado do Rio de Janeiro pelo consumo de bebidas alcoólicas. As áreas de atuação foram definidas de acordo com o maior número de acidentes: Av. Brasil; Av. das Américas; Estrada do Bandeirantes; Av. Automóvel Clube (Martin Luther King); Av. Suburbana (Dom Helder Câmara); Av. Airton Senna; Av. Santa Cruz; Av. Epiácio

⁴ O exame somatopsíquico consiste na observação de miose ou de midríase, taquisfigmia ou de bradisfigmia, de hipertensão arterial, temperatura, hálito alcoólico, congestão da face e dos olhos, sialorréia, vômitos cheirando a vinagres, soluços, sonolência, coma; atitude de excitação, confusão, depressão, loquacidade, arrogância; orientação no tempo e no espaço, memória; articulação de palavras em cuja composição entram muitas labiais, como “paralelepípedos”, “fósforos”, “politécnico da escola politécnica”, “o pinto pia e a pia pinga”, etc, além de buscar diligentemente sinais ou outros sintomas de doenças ou traumatismo capazes de aparentar embriaguez.

⁵ BRASIL. Lei n. 11.705/2008, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11705.htm>. Acesso em 28 abr. 2015.

Pessoa; Estrada do Galeão; Linhas Vermelha e Amarela; [...]. E outros locais de maior concentração: bares, boates, casas de show, estádios de futebol, restaurantes, [...].⁶

A coordenação da operação foi composta pelo Coordenador Geral Dr. Carlos Alberto Lopes, 7 equipes de atuação com 180 pessoas, 4 policiais militares e 1 policial civil, 1 integrante da Polícia Rodoviária Federal e 5 cadeirantes de violência no trânsito. Teve como órgão coordenador, a Secretaria de Estado de Governo, do qual o Dr. Carlos Alberto era Subsecretário à época. Órgãos e entidades também participaram: DETRAN/RJ, Polícia Militar e Civil, SBOT (Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia), Departamento de Polícia Rodoviária Federal, Secretaria Municipal de Transporte (CETRIO), Sindicato e Associação dos Taxistas, ANDEF (Associação Niteroiense dos Deficientes Físicos).

O sucesso da Operação se deu através de um objetivo, equipes qualificadas, foco, coordenadores experientes, policiais militares escolhidos conforme a sua vida social e pregressa, metas e resultados, contribuindo para a efetiva aplicação da Lei 11.705/2008. Segundo o deputado Dr. Carlos Alberto, para toda lei deveria existir uma política pública. A lei, “letra morta”, de nada serve se não puder ser aplicada.

Com base em dados do DETRAN e do seguro DPVAT, 8 milhões de pessoas se envolvem de alguma forma em colisões e atropelamentos; 1,5 milhão de ocorrências trágicas no trânsito, 500 mil pessoas feridas, 160 mil internações (70% SUS e 30% particulares); 140 mil com lesões irreversíveis; 62 mil acidentes fatais (que comparado a 15 guerras no Iraque em 6 anos – 19/03/2003 a 19/03/2009 – 4.000 soldados foram mortos); 170 mortos por dia.

No início da Operação, eram gastos 4,6 milhões de reais/ano com a estrutura e campanha de conscientização. Antes, eram gastos 40 bilhões de reais/ano em internações hospitalares, remoções e recuperações de veículos, despesas administrativas, judiciais e previdenciárias; 9,8 bilhões de reais/ano referentes a custos médicos hospitalares são pagos pelo

⁶ A LEI SECA. Disponível em: <<http://www.operacaoleisecarj.rj.gov.br/a-lei-seca/>>. Acesso em 17 jun 2015

Ministério da Saúde. Atualmente, com o crescimento da Operação, são gastos ainda somente 10 milhões/ano.

3. IMPORTÂNCIA DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO DA LEI SECA

Em primeiro lugar, veja-se a definição de perigo concreto e abstrato. Segundo Luiz Regis Prado⁷, nos crimes de perigo abstrato, “o perigo constitui unicamente a ratio legis, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta. [...] O perigo é inerente à ação ou omissão, não necessitando de comprovação.” Como nos crimes de omissão de socorro (artigo 135 do CP); fabricação, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivo ou gás tóxico, ou asfixiante (artigo 253 do CP); quadrilha ou bando (artigo 288 do CP); [...].

Nos crimes de perigo concreto, “o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado.”.

Pois bem, observa-se os motivos expostos pela doutrina e jurisprudência no sentido de que não há crime pelo artigo 306 CTB sem a interpretação da lei conjunta com o princípio da ofensividade, classificando-o como crime de perigo concreto. No crime previsto no artigo 306 do CTB, há que se fazer referência ao princípio da ofensividade, em que o sujeito deverá demonstrar uma condução anormal do veículo que exponha a perigo a incolumidade de outrem. Afinal essa é a objetividade jurídica do crime em apreço.

Esse é o entendimento sob o enfoque constitucional, sob pena de antecipar-se o momento consumativo de uma ação cujo ainda não ocorreu e, talvez, nem ocorra, porque pode o condutor nunca atingir o bem jurídico em apreço, apesar de embriagado.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.

O argumento que a parte da doutrina que defende a tese de crime abstrato é a que tal conduta se compara a um homem com porte ilegal de arma (ou seja, não precisa ter um perigo concreto, de realmente ser possível lesionar a vítima, mas que já haja um perigo abstrato). Contudo, entende-se, pois, que podemos utilizar o mesmo exemplo no caso de crime de embriaguez ao volante. Se restar comprovado que, de acordo com exames e com a técnica da Medicina Legal, a taxa de alcoolemia exigida como limite na lei não gerou sintomas ou demonstrou influência do álcool no indivíduo, seria o mesmo que uma pessoa com porte ilegal de uma arma sem munição.

O princípio da ofensividade que regulamenta o Direito Penal Brasileiro determina que para que se possa tipificar algum crime, em sentido material, é indispensável que haja um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Nas sábias palavras de Bitencourt⁸ “somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque ao bem jurídico tutelado”.

Nesse sentido, para o douto doutrinador sobrecitado e diversos outros⁹ são inconstitucionais todos os tipos penais que não exigem afetação, ou no mínimo colocação em risco efetivo, ao bem jurídico tutelado. Nesses casos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal.

Registre-se que o antigo tipo penal de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, exigia daquele que conduzisse seu veículo em via pública a concreta exposição a dano potencial a incolumidade de outrem.

Tratava-se, portanto, de autêntico crime de perigo concreto, de modo que a conduta somente poderia se amoldar ao tipo penal quando o agente efetivamente expusesse a dano a

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 11 ed. Saraiva, 2007, p. 22.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226.

incolumidade de outrem, respeitando-se com isso o Princípio da Lesividade ou Ofensividade. A própria jurisprudência dos tribunais era unânime quanto ao entendimento de que para a caracterização do crime era necessária a demonstração da exposição ao dano potencial pelo agente.

Porém, o advento da Lei 11.705/08 alterou o dispositivo incriminador em liça e tentou mascará-lo de tipo penal de perigo abstrato exigindo para a configuração da prática delituosa a mera constatação de 6 (seis) ou mais decigramas de álcool por litro de sangue do agente. Aparentemente pretendeu o Legislador incriminar uma conduta que sequer apresenta a possibilidade de causação de dano a outrem, o que é sabidamente inadmissível em matéria penal.

É inclusive esse o entendimento que vem sendo consolidado nesse Egrégio Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos arestos abaixo transcritos:

[...] há necessidade, para que haja a infração penal, que o agente esteja conduzindo o veículo “sob influência” do álcool [...]. E, desta forma [...] exige a exteriorização de um fato que vai além da ingestão da substância [...] impõe-se a comprovação de que o agente, estando sob sua influência, manifestou uma conduta anormal [...] um perigo concreto indeterminado, que é o efetivo risco para o bem jurídico coletivo segurança viária, mesmo que nenhuma pessoa concreta tenha sofrido perigo. Com base em tais ponderações, deveria a denúncia ofertada pelo Ministério Público imputar uma conduta fática demonstrativa da direção anormal realizada pelo agente, resultado direto, por força da relação causal, de estar dirigindo sob a influência do álcool. No entanto, a peça exordial apenas afirma ter o paciente ingerido álcool e mais nada, o que constitui, na forma como está a imputação, apenas uma infração administrativa. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA para EXTINGUIR O PROCESSO; [...]¹⁰

Denúncia em face de cidadão por ter, em estado etílico superior ao limite legal, conduzido veículo automotor em rodovia estadual que passa pela municipalidade campista; realizada perícia positiva. Dita infração ao artigo 306, da Lei 9503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Postulação do remédio heróico, alegando inépcia da denúncia. Opinar ministerial no desfavor do "writ". Respeitosa discordância. Denúncia que descreveu apenas o fato da condução do auto, e da ingestão de pequena dose etílica; e mais nada. Ausência de sinalização quanto ao fator do perigo; requisito essencial ao bem jurídico público ofendido. Posição desta Câmara, cediça a respeito, na consonância do percuciente voto do Des. Gilmar Augusto Teixeira, na 7ª Câmara Criminal. Não é por causa de pequena ingestão de bebida alcoólica que o motorista, por necessário, terá os reflexos reduzidos. Ingestão alcoólica moderada, máxime em festas, esportes e comemorações, integrando cultura tradicional brasileira. Redação da chamada "Lei Seca", no citado artigo 306, parte final, do CTB, deixa clara a finalidade de coibir-se condução sob influência não só do álcool, mas também de drogas, mesmo lícitas, desde que fora da prescrição médica. Interpretação que deve ser mais racional e teleológica do que literal pura. Constitucionalidade na qual, por positivo ou negativo, não se

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0010270-98.2011.19.0000. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D5B3A23D4E640834349EBA7A60FC3F6295C42722561F>>. Acesso em 28 abr. 2015.

adentra, diante do princípio da reserva de plenário. Inépcia dos termos iniciais, todavia, fora de dúvida. Ordem que se concede, no declarar, e na decorrente anulação do processo pertinente, ab initio.^{11_12}

Em contrapartida, importante observar também os motivos expostos pela parte da doutrina e jurisprudência acerca da existência de crime de perigo abstrato.

Apesar de todos os argumentos no sentido de afirmar “a figura do crime de perigo in abstrato, incompatível com ‘a nova ordem constitucional’ [...]” não é observado no ordenamento jurídico, principalmente diante da leitura de outros Códigos Penais Comentados, qualquer comentário de qualquer doutrinador ou jurista, afastando dos arts. 264, 267, 268, e 269, do CP, a classificação doutrinária de crime de perigo abstrato, por estarem incompatíveis com o ordenamento constitucional.¹³

O legislador, ao normatizar o preceito primário do art. 306 da Lei n.º 9503/97, conforme alteração introduzida pela Lei n.º 11.275, de 07 de fevereiro de 2007, o classificou doutrinariamente como crime de perigo abstrato, pois o Estado deverá “atender às regras mínimas obrigatórias de convivência social: às instituições caberá “definir a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”. Dessa forma, para o outro lado da doutrina, impende salientar que uma pessoa sob o efeito de álcool é um perigo para si mesma e, mesmo que esteja a pé, se torna um perigo em potencial para todos, pois, ao deambular por uma calçada, pode descer para a pista de rolamento causando repentinamente um acidente, com mortos ou feridos, dependendo das circunstâncias. Ademais, torna-se potencialmente mais perigosa se estiver sob a condução de qualquer veículo, mesmo que por curto espaço de tempo ou trecho, não pratique qualquer direção anormal, pois não se encontra sob o total domínio de

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0018545-36.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Luiz Felipe Haddad. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048D97809B52F832043F1E9554B02BB33E99C42902232D>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹² _____ HC n. 0013973-37.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Marcus Quaresma Ferraz; RSE n. 0109159-21.2010.8.19.0001. Relator: Desembargador Cláudio Dell’Orto; HC n. 0010312-50.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Cláudio Dell’Orto; HC n. 0007212-87.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho; HC n. 0032901-70.2010.8.19.0000. Relator: Desembargador Alexandre H. P. Varella; entre outros.

¹³ BITENCOURT, op. cit., p.22.

seus reflexos. Por exemplo, no caso da pessoa sob efeito de álcool que caminha a pé e invade a pista de rolamento, será o motorista que responderá pelo crime de trânsito, até que se prove que houve culpa exclusiva da vítima, e fica a questão nesse caso: o bêbado não causou um dano real na vida das pessoas, mesmo sem estar dirigindo?

Observa-se, agora, o que a bebida alcoólica pode causar no organismo e o que sua ingestão pode fazer, ou seja, o que é estar sob seu efeito. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS),¹⁴ estudos apontam que o "consumo baixo ou moderado de álcool" resulta em uma redução no risco de doenças coronárias. Porém, a OMS adverte que "outros riscos para a saúde e o coração associados ao álcool não favorecem uma recomendação geral de seu uso".

Foi comprovado¹⁵ que o consumo moderado de álcool está associado a um maior risco de doença de Alzheimer e outras doenças senis, angina de peito, fraturas e osteoporose, diabetes, úlcera duodenal, cálculo biliar, hepatite A, linfomas, pedras nos rins, síndrome metabólica, câncer no pâncreas, doença de Parkinson, artrite reumática e gastrite. O consumo moderado também pode dificultar a memória e o aprendizado, e até piora a pontuação em testes de QI.

Os estudos científicos acima demonstram que a ingestão de 99 a 100 mg/dl de álcool causam na pessoa os seguintes sintomas: prejuízo de julgamento, atenção reduzida, diminuição de atenção e reflexos. Em se tratando de uso moderado, um homem médio poderia consumir duas latas de cerveja ao longo do dia, sem prejuízo para conduzir veículo, mas se o fizer rapidamente terá comprometido suas condições de direção de veículo, estará sob a influência de álcool, pois no teste do bafômetro atingirá o nível de etanol acima do permitido. Não existe proibição ao consumo por pessoa adulta ao álcool, o que se proíbe e que essa pessoa consuma álcool e assuma a condução de veículo, que exige perfeitas condições de reflexo e habilidade,

¹⁴ LEI SECA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_seca>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹⁵ BEBIDA ALCOOLICA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bebida_alco%C3%B3lica>. Acesso em 11 mai 2015.

por tratar de maquinário perigoso e complexo, podendo colocar em risco a vida de outras pessoas. Ao mencionarem os doutrinadores e operadores do direito que a expressão “estar sob a influência de álcool” caracterizaria uma infração administrativa prevista no art. 165 do CTB diante do índice de etanol, podemos observar que constatado o bafômetro quantidade inferior a 0,5 g/l de etanol no sangue, cientificamente e clinicamente a pessoa, apesar de estar sob o efeito de álcool, não tem qualquer de seus sentidos alterados, assim entendo que essas normas - a infração administrativa e o delito - não podem ser confundidas.

Segundo o entendimento acima, não vislumbra-se, no preceito contido no art. 306 da Lei n.º 9503/97, conforme alteração introduzida pela Lei n.º 11.275, de 07 de fevereiro de 2007, qualquer necessidade de interpretação sistemática, pois inexistente lacuna, obscuridade ou omissão. Não se trata de norma legal aberta quanto à expressão sob influência de álcool, que necessite de regulamentação. O tipo normativo em seu preceito primário possui todos os elementos objetivos e subjetivos exigidos pelo ordenamento jurídico. Tal entendimento também defendido por arte da jurisprudência¹⁶. Conforme fala o Deputado Federal Dr. Carlos Alberto, “Tornar o preceito letra morta é fazer o chavão realidade: O Brasil é um país onde existem leis que pegam ou não pegam...”.

Ainda através dos entendimentos acima expostos, mantém-se também a idéia da exigência de demonstração de perigo concreto na modalidade abstrata na conduta do agente para a caracterização do crime, de tal forma que resta minimamente preservado o caráter subsidiário da utilização do Direito Penal, por meio de uma interpretação do texto legal compatível com o princípio constitucional da proporcionalidade.

Discute-se a (in)constitucionalidade dos fatos puníveis de perigo abstrato em virtude da sua característica básica: a presunção de periculosidade que não admite prova em contrário.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC n. 0063279-43.2009.8.19.0000. Relator: Desembargador Antonio Carlos Amado; Apelação n. 2009.050.04719. Relatora: Desembargadora Eunice Ferreira Caldas; entre outros julgados.

Como esclarecido, em face do princípio da intervenção mínima, é requisito indispensável para a incriminação de uma conduta a sua lesividade material, sendo que, em não existindo tal lesividade, fica inviável a imposição de uma pena ao agente. Schröder¹⁷ propôs admitir a prova da ausência de perigo. Jescheck, Escrivá e Barbero Santos também são favoráveis ao afastamento da tipicidade quando ficar comprovada de antemão a inexistência de perigo para o bem jurídico.

Nesse ponto, em favor de negar a sua subsistência pode-se argumentar que não faz mais sentido para punir conduta criminosa, cuja importância decorre do perigo, que se supõe quando tal perigo parece estar ausente desde o início. Se a razão para a punição de qualquer crime de perigo, seja abstrata ou concreta, é o seu perigo, sempre necessária, que não desaparecem em perigo, portanto, a proposta de Schröder, Jescheck, Escrivá e Barbero Santos carece logicamente de aplicação prática. É que, como dito, a redação de tais tipos penais não admite prova em sentido contrário, e, caso não exista o perigo, não se estará tratando de tipos de perigo abstrato, mas, sim, de perigo concreto.

Se a discussão acima, referente à diferença do crime concreto e abstrato, ainda não foi pacificada, outra discussão decorrente da alteração legislativa é o conceito do efeito do álcool no sangue. Discute-se o limite estabelecido pela lei e os diferentes efeitos do álcool no sangue de cada condutor.

Conforme já dito, consoante ensinamento de Delton Croce¹⁸, “a embriaguez não se presume, *ebrietas non presumitur, ônus probandi incumbit alleganti*, diagnostica-se.”. Em seu livro, o autor explica o procedimento do diagnóstico da embriaguez em pessoas vivas e mortas com detalhes médicos.

¹⁷ SCHRÖDER, Horst. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. Tradução Pierpaolo Cruz Bottini. *Revista Internacional de Ciências Criminais*, 1969, p. 14.

¹⁸ CROCE, op. cit., p. 98.

Os efeitos do álcool dependem de fatores como: a quantidade de álcool ingerido em determinado período, uso anterior de álcool e a concentração de álcool no sangue. O uso do álcool causa desde uma sensação de calor até o coma e a morte dependendo da concentração que o álcool atinge no sangue.

CONCLUSÃO

Por fim, é possível concluir que a alteração do Código de Trânsito Brasileiro através da Lei nº 11.705/2008 é um tema de grande repercussão, uma vez que envolvem não apenas problemas relacionados a insegurança jurídica, mas também por levantar questionamentos dos princípios constitucionais.

Neste artigo não foi abordado a fundo os efeitos do álcool no sangue, tendo em vista o grande número de informações médicas, discussão que não cabe no momento.

Ha que se pensar no tema com uma abrangência legal, sobrepondo princípios constitucionais de modo a viabilizar uma interpretação mínima do Direito Penal.

Infelizmente, a sociedade brasileira precisa desse impacto do Direito Penal para se conscientizar de suas atitudes. Contudo, não seria o caminho correto. Educa-se com prevenção e não com punição. E a prevenção, ao contrário do que muitos dizem, não é feita com a punição – logicamente seria inviável, um é para evitar e o outro é para punir. A esfera Penal é a última ação sempre, de caráter residual em relação às outras áreas.

Por outro lado, a sociedade brasileira não aprenderia de outro jeito que não fosse com uma previsão legal de um crime. Apenas a punição administrativa não fazia com que o condutor pensasse antes de dirigir embriagado. A “dor no bolso” é muito menor do que a “dor de um processo criminal”.

Ainda assim, mesmo que não haja uma interpretação definida e única da nova lei,

o Judiciário deve se preocupar mais com a uniformização de suas decisões, tendo e vista a insegurança jurídica que paira na jurisprudência. Atualmente, se um caso for distribuído para a Quarta Câmara Criminal do TJERJ, seu entendimento será a necessidade da existência de um perigo concreto para a configuração do crime previsto no artigo 306 CTB. Em contrapartida, se a decisão for da Terceira Câmara Criminal, o entendimento será que basta o perigo concreto, necessitando apenas do teste do bafômetro.

Certamente são questões de grande importância, sendo imperioso reforçar que o Direito Penal não pode ser utilizado sem a observância do Princípio Constitucional da Ofensividade e da Inocência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 11.705/2008, de 19 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm>. Acesso em 28 abr. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal. v. 1. 11 ed. Saraiva, 2007

CROCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.

SCHRÖDER, Horst. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. Tradução Pierpaolo Cruz Bottini. Revista Internacional de Ciências Criminais, 1969.

Wikipedia. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_seca>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bebida_alco%C3%B3lica>. Acesso em 11 mai 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.