



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A alteração do art. 306 do CTB pela Lei n. 11.705/08  
e sua repercussão no processo penal

Olivia Fonseca da Gama

Rio de Janeiro  
2012

OLIVIA FONSECA DA GAMA

A alteração do art. 306 do CTB pela Lei n. 11.705/08  
e sua repercussão no processo penal

Projeto de Pesquisa 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

Rio de Janeiro  
2012

## A ALTERAÇÃO DO ART. 306 DO CTB PELA LEI N. 11.705/08 E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO PENAL

Olivia Fonseca da Gama

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Assessor jurídico do Ministério Público. Pós Graduada em direito tributário *latu sensu* pela UGF e Pós Graduada em direito civil, processual civil e empresarial *latu sensu* pela UVA

**Resumo:** A alteração do art 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei 11.705/08 trouxe nova interpretação para o crime cometido sob efeito de álcool na direção de veículo automotor. Isso porque, subtraindo a exigência de perigo concreto na direção de veículo automotor, passou a incriminar a conduta do motorista que trafega nas vias públicas sob o efeito de álcool. A essência do trabalho está na análise da jurisprudência acerca dos elementos do novo tipo penal e a interpretação jurisprudencial conferida ao art. 306 CTB.

**Palavras-chave:** Crime. Perigo abstrato. Conflito jurisprudencial.

**Sumário:** Introdução. 1 A redação original do art. 306 do CTB e as motivações que geraram a alteração do dispositivo legal 2. A redação vigente no art. 306 CTB e os elementos do tipo penal 3. A natureza jurídica do art. 306 do ctb e os elementos do tipo penal 4. Meios de provas 5. A constitucionalidade do crime de perigo abstrato. 6. A ação penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A inovação legislativa efetivada pela Lei n. 11.705/2008 alterou os elementos do tipo penal descrito no art. 306 do CTB e dispensou a comprovação do efetivo risco à segurança viária causada pelo motorista que trafega embriagado.

A mudança decorre do fato de que a violência no trânsito no Brasil tornou-se insustentável, e essa realidade demandou a adoção de medidas eficazes para reduzir o índice

de mortalidade nos acidentes de trânsito. Não faltam exemplos de como dirigir sob a influência de álcool pode resultar em verdadeiras tragédias.

Em resposta ao anseio social, potencializado pela constatação de que o Brasil é um país onde mais se mata e se morre no trânsito, o legislador promoveu alterações significativas no Código de Trânsito Brasileiro que visam a exacerbar as sanções penais e administrativas, assim como fortalecer a fiscalização, em relação à direção de veículo automotor sob efeito de álcool.

O legislador, que buscou a melhor proteção da incolumidade pública, no viés da segurança viária coletiva, passou a entender desnecessária, no tipo penal, a exigência de direção perigosa ou anormal. A mudança foi embasada em estudo próprio a legitimar a postura legislativa, o que levou a uma fixação máxima permitida de concentração de álcool no corpo.

A intenção do legislador, como é notório, foi impor maior rigor aos motoristas que ingeriam álcool antes de dirigir, visando a encorajar o nível zero de alcoolemia (“lei seca”). Assim, como a segurança pública viária está sendo agredida constantemente pela condução de veículos por indivíduos em estado de embriaguez, não há violação ao chamado princípio da lesividade.

Ocorre que tal alteração legislativa acendeu grande controvérsia no universo jurídico. O entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores era no sentido de que o art. 306 do CTB (Código de Trânsito Brasileiro) trazia a hipótese de crime de perigo concreto, que necessitava, para sua caracterização, a demonstração do dano potencial.

Porém, após a edição da Lei n. 11.705/08, modificadora da norma acima referida, tal entendimento mudou. Agora, trata-se de um crime de perigo abstrato à segurança pública viária, bem jurídico supra-individual protegido na espécie, pois o legislador optou por

considerar típica o simples fato de alguém dirigir veículo automotor com concentração de álcool acima da legalmente permitida.

A título ilustrativo vale citar que Damásio de Jesus<sup>1</sup> já trazia uma análise sobre o “impacto da quantidade de bebida alcoólica no organismo de uma pessoa de 70 quilos”. Em sua obra, o autor descreve que a ingestão de "um copo de cerveja, um cálice pequeno de vinho, uma dose de uísque ou outra bebida destilada" equivale a "0,2 a 0,3 g/l", enquanto que a ingestão de "três a quatro copos de cerveja" reflete em "0,5 a 0,8 g/l" de álcool no organismo”.

Por fim, o presente trabalho visa a trazer para o debate a insegurança jurídica proporcionada em razão da interpretação controvertida atribuída ao tipo penal pelos Tribunais, pois é dado tratamento desigual a pessoas em circunstâncias similares.

## **1. A REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 306 CTB E AS MOTIVAÇÕES QUE GERARAM A ALTERAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL**

O Código de Trânsito Brasileiro, publicado em 24 de setembro de 1997 sofreu diversas alterações legislativas ao longo de sua vigência, mas a mais recente e substancial mudança ocorreu em 2008, com advento da Lei n. 11.705/2008. A referida lei alterou, dentre outros dispositivos legais, o art. 306 que é objeto de estudo deste trabalho.

Em diversas pesquisas realizadas por órgãos oficiais, constatam-se números que colocam o Brasil em larga desvantagem quando o assunto é acidente de trânsito. Notícia veiculada pela Organização Mundial de Saúde<sup>2</sup> informava desde 2009 que o Brasil é o quinto

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito*. São Paulo:Saraiva, 1998. P. 153

<sup>2</sup> *Número de mortes no trânsito brasileiro é três vezes maior do que o tolerado pela OMS*. Disponível em: <<http://www.portaldotransito.com.br/tag/oms>>. Acesso em: 02 mai. 2012.

país com maior número de mortes no trânsito de todo o mundo. Outra pesquisa realizada em 2011 pela USP afirma que o trânsito no Brasil mata 13 vezes mais do que em países ricos.<sup>3</sup>

Essa triste realidade era frequentemente noticiada nos jornais e telejornais, e os especialistas afirmavam que isso decorria de uma série de fatores. Em que pese as precárias condições das vias rodoviárias que cortam o país, esse fator isolado não é determinante para o alto índice de acidentes.

O fator predominante desse resultado destrutivo está na falta de educação dos motoristas no trânsito e da pouca retribuição estatal ao motorista negligente. Visando cumprir as funções retributiva e preventiva, foi criada uma Medida Provisória de n. 415/2008, que proibiu a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais e acresceu dispositivo à Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro.

Tal Medida Provisória foi convertida em Lei, de n. 11.705/08, e esta norma veio a alterar o tipo penal descrito no art. 306 do CTB, que é objeto de estudo do presente trabalho.

Esta medida provisória, agora lei, causou grande polêmica no cenário jurídico, na medida em que proibiu que os estabelecimentos comerciais situados à beira das estradas federais vendessem bebida alcoólica. Muitos proprietários questionavam a legitimidade da medida, pois entendiam que ela repercutia na livre iniciativa econômica do comerciante. A controvérsia se instalou e muitos mandados de segurança concederam a ordem para autorizar a venda de bebida alcoólica.

Diante desse contexto, a Abrasel (associação brasileira de restaurantes e empresas de entretenimento) ajuizou uma ação declaratória de inconstitucionalidade de n.

---

<sup>3</sup>*Trânsito no Brasil mata 13 vezes mais do que em países ricos.* Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/brasil/noticias/transito-no-brasil-mata-13-vezes-mais-do-que-em-paises-ricos>> Acesso em: 02 mai. 2012.

4103 argumentando que o dispositivo que proíbe venda de bebidas em estradas ofende a livre iniciativa econômica, e, atualmente, encontra-se pendente de julgamento.

Na contramão da jurisprudência dos Tribunais locais, no STF<sup>4</sup>, há precedente indeferindo os pedidos feitos em sede de mandado de segurança, ao argumento de que “a Medida Provisória e o Decreto Presidencial apontados como atos coatores são normas com efeitos abstratos e não de aplicação concreta, razão por que o mandado de segurança encontraria óbice na Súmula nº 266/STF” .

De qualquer modo, tal norma proibitiva continua em vigor no art. 2º da lei n. 11.705/2008, cuja sanção pelo descumprimento é de multa ou suspensão de acesso à rodovia pelo prazo de até 1 ano.

Ainda em relação à Lei n. 11.705/2008, é possível constatar em sua exposição de motivos que os deputados ressaltaram que a mortalidade no trânsito está intimamente ligado ao uso de álcool ou entorpecente pelo motorista. Nesta peça, os parlamentares concluíram que a legislação pátria não intimidava os motoristas e que alta porcentagem dos entrevistados confirmou que consumiam álcool antes de dirigir.

Afirmou, ainda, a repercussão no sistema de saúde, pois os gastos com procedimentos hospitalares de internações decorrentes de acidentes de trânsito dificultava a implementação de políticas públicas nessa área.

Inicialmente, a conduta prevista no art. 306 do CTB existia no ordenamento pátrio na qualidade de contravenção penal cuja punibilidade decorria da infringência do art. 34 do DL n. 3.688/41. Diante da ineficácia repressiva da norma, o legislador agravou a reprimenda, tornando a direção sob efeito de álcool ou entorpecente, crime tipificado na lei 9.503/97.

A antiga redação da Lei de n. 9.503/97 assim descrevia o tipo: “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos,

---

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27133 MC / SP Julgado em 12/02/2008. Relator Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2593152>. Acesso em: 25/11/2012

expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Da sua leitura, concluía-se que se tratava de crime de perigo concreto, que se caracteriza por exigir uma conduta lesiva ao bem jurídico protegido.

Como leciona Fernando Capez e Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>5</sup>, o crime em tela:

[...] exige a demonstração da real ocorrência de probabilidade de dano à pessoa certa e determinada. A acusação deve provar que uma pessoa, seja outro condutor, passageiro, transeunte ou qualquer presente ao local, esteve exposta a sério e real risco de dano em consequência da conduta do motorista.

Isso significa que era indispensável que a ingestão de bebida alcoólica pelo motorista, o levasse a dirigir de forma perigosa, ou seja, em tese, se permitia que o motorista pudesse beber antes de dirigir, pois só haveria crime se a direção se revelasse perigosa aos demais veículos e transeuntes.

Diante do contexto acima exposto e com base nas lamentáveis estatísticas, o Código de Trânsito foi sensivelmente alterado. Além da proibição de venda de bebida alcoólica em estradas, o art. 306 do CTB transformou o crime em tipo penal de perigo abstrato.

## **2. A REDAÇÃO VIGENTE NO ART. 306 CTB**

A atual redação do art. 306 do CTB exige quantidade mínima de álcool no organismo, dispensando, porém, o perigo na condução do veículo. É o que se conclui da leitura do art. 306 do CTB: “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”.

---

<sup>5</sup> CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 42

Na vigência da antiga redação era indispensável o nexo causal entre a direção anormal e a conduta de ingerir bebida alcoólica ou outra substância de efeito análogo. Assim, dizia Damásio de Jesus<sup>6</sup>, naquela época, que "não é suficiente prova de que o sujeito dirigiu embriagado ou com determinada taxa de álcool no sangue ou que bebeu antes de dirigir: é imprescindível a demonstração da influência etílica na condução."

Com a alteração legislativa ficou suprimido esse nexo porque a direção anormal foi extirpada do tipo penal, logo, é possível afirmar que nosso ordenamento exige apenas a ingestão de álcool e posterior direção.

Na vigência da redação original do art. 306 do CTB existia uma controvérsia sobre a aplicabilidade ou não do dispositivo que descrevia a quantidade mínima de decigramas de álcool por litro de sangue. Tal previsão estava contida no capítulo referente as infrações administrativas (arts. 165 e 276 do CTB) e a doutrina majoritária da época, por todos, Damásio de Jesus, sustentava que o princípio da tipicidade cerrada do direito penal impedia uma aplicação de uma regra não contida no tipo descrito no art. 306 do CTB.

Não obstante, tal preceito legal propulsionou a inserção de um quantitativo de álcool dentro do preceito legal visando possibilidade de dar uma análise objetiva a subsunção do fato a norma.

### **3. A NATUREZA JURÍDICA DO ART. 306 DO CTB E OS ELEMENTOS DO TIPO PENAL**

No tocante à classificação do crime em estudo, pode-se afirmar que se trata de crime de mão própria, ou seja, depende de atuação pessoal do motorista para a realização do tipo. Também constitui elemento do tipo, a direção de veículo automotor e em via pública, o que

---

<sup>6</sup> JESUS, Damásio. op. cit., p. 155.

afasta a tipicidade no caso em que o sujeito transita no estacionamento do prédio, por exemplo.

O objeto de tutela jurídica é a coletividade e por essa razão o legislador conferiu à ação penal, a natureza de pública incondicionada, dispensado a representação para instauração de inquérito policial. A infração ao artigo 306 do C.T.B prevê pena que varia entre 6 meses e 3 anos, além de multa e suspensão e proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Vale ressaltar que as punições administrativas e penais podem ser aplicadas cumulativamente, sendo certo também, que isso não configura *bis in idem*, e, tampouco, permite a compensação de uma pela outra.

Por consequência, como não se trata de crime de menor potencial ofensivo, não são aplicáveis os institutos da transação penal e composição civil com vistas a extinguir a punibilidade. Não obstante, o art. 89 da lei 9.099/95 admite a suspensão condicional do processo e a prática forense revela a sua larga aplicabilidade.

O sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha ou não habilitação, sendo certo que neste último caso pode recair a infrigência de outro tipo penal, qual seja, o descrito no art. 309 do CTB. Esse sujeito ativo só pode agir de forma dolosa, pois a lei não admitiu a forma culposa do delito em estudo. Por sua vez, o sujeito passivo desta infração penal é a coletividade.

A consumação ocorre quando o motorista embriagado ou sob efeito de entorpecentes trafega na via pública, sendo certo que, por não se tratar de crime de perigo concreto, fica dispensado a constatação de direção perigosa ou anormal.

Alguns autores, por todos, Renato Marcão<sup>7</sup> admitem a tentativa quando o motorista embriagado tenta iniciar a atividade de direção em via pública mas acaba sendo impedido por outrem.

---

<sup>7</sup> MARCÃO, Renato. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva. 3 ed., 2011, p. 179

É importante esclarecer que os crimes de perigo abstrato são aqueles em que o legislador visa punir uma conduta que cause risco de dano, sem exigir como elemento do tipo, a ocorrência efetiva de lesão, ou, como resume Fernando Capez e Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>8</sup>, “o risco é presumido pelo legislador, não permitindo prova em sentido contrário (basta à acusação provar a realização da conduta).”

Em que pese haja doutrina que sustente ser a tipificação penal de perigo abstrato inconstitucional, por suposta ofensa ao princípio da lesividade, doutrina e jurisprudência majoritária a admitem como legítima. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>:

Recurso ordinário em habeas corpus. Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97). Alegada inconstitucionalidade do tipo por ser referir a crime de perigo abstrato. Não ocorrência. Perigo concreto. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido. 1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. 2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso não provido.

Por fim, como visto, apesar do tema ser controvertido, a tese amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que trata-se de crime de perigo abstrato e que este é constitucional.

#### **4. MEIOS DE PROVA**

---

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Op. Cit. P.45.

<sup>9</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 8/5/2012. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4137197>. Acesso em: 26/11/2012

A lei n. 9.503/97 dispõe sobre as infrações penais e administrativas cometidas por motoristas na direção de veículo automotor. No entanto, no que toca ao meio de prova, não delimitou de forma exaustiva os mecanismos que podem ser usados, e, por essa razão devem ser aplicados as regras e princípios gerais das provas. Quanto aos meios de provas, há duas teses difundida na doutrina.

Por um lado, parcela dos juristas sustenta que só o exame de sangue e o teste de “bafômetro” são eficazes para a incriminação do motorista pelo crime do art. 306 do CTB. Porém, outra corrente doutrinária admite que qualquer meio de prova é idôneo a incriminação, exemplificando, inclusive, com a prova testemunhal.

A segunda tese se pauta na construção do valor probatório conferido ao etilômetro pode ser substituída por prova testemunhal, posto que a supervalorização de uma prova técnica em detrimento dos demais meios de prova malferem os ditames do art. 157 do CPP. Se o próprio Código de Processo Penal prevê a possibilidade de substituir a prova técnica pela testemunhal, não há óbice para que tal dispositivo seja aplicado no caso de ausência de prova de bafômetro.

A tese ainda encontra respaldo na própria lei, pois, conforme se depreende da leitura do art. 277, *caput* da lei 9.503/97, é admitido que a embriaguez seja provado por outro meio clínico, conforme texto abaixo reproduzido:

Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

Como constatado, a lei expressamente prevê a possibilidade do uso de outros métodos para aferição de alcoolemia, mas é silente quanto a prova testemunhal.

O debate se torna acirrado quando se observa que o art. 306 do CTB prevê a incriminação da conduta do sujeito que dirige sob efeitos de substância psicoativa que determine dependência. Nesse caso é mais evidente que a prova apenas por exame clínico (que a toda evidência não pode ser por bafômetro) seria eficazmente substituída por prova testemunhal.

Segundo Renato Marcão<sup>10</sup>, nos casos em que se busca provar que o motorista trafegava sob o efeito de substância entorpecente, “para a persecução penal não é imprescindível prova pericial, sendo suficiente a produção de prova oral”.

Não obstante, em março desse ano, em razão da extrema controvérsia existente sobre o tema, as Turmas do Superior Tribunal de Justiça remeteram o recurso especial n. 1.111.566/DF para que a 3ª Seção da Corte pudesse se manifestar sobre o tema. Nesse momento tiveram a oportunidade de julgar a matéria e decidiram que apenas os resultados obtidos por meio de bafômetro e exame de sangue podem ser aceitos como prova de embriaguez no trânsito para desencadear uma ação penal, em razão do princípio da estrita legalidade. Em que pese o inteiro teor ainda não tenha sido publicado, outros julgados posteriores já o mencionam como paradigma, conforme abaixo exemplifica-se:

REsp 1244600 / RS- DJ: 7/8/2012

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ALCOÓLICA NO SANGUE. ATIPICIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA TERCEIRA SEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que embora haja exame clínico e testemunhas constatando o estado de embriaguez do recorrente, não há qualquer comprovação técnica do grau de concentração alcoólica em seu sangue, sendo inviável sua condenação.

II. A Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) teve a redação do caput do art. 306 alterada pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, a qual incluiu a elementar da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

III. Trata-se de elementar objetiva, que estabelece valor fixo para a configuração do delito, de modo que para sua comprovação é necessária aferição técnica apta a estipular numericamente a concentração de álcool por litro de sangue do acusado. Precedentes.

IV. Matéria submetida ao crivo da 3ª Sessão desta Corte, no dia 28 de março de 2012, na ocasião do julgamento do RESP 1.111.566/DF, a qual pacificou a questão

---

<sup>10</sup> MARCÃO, Renato. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva. 3 ed., 2011, p. 169

decidindo que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal.  
V. Recurso provido para cassar o acórdão condenatório e restabelecer a sentença absolutória.

Ocorre que a interpretação feita pelo STJ enfraqueceu a lei, já que o motorista pode se recusar a se submeter ao teste ou ao exame, amparado pelo princípio constitucional da não auto-incriminação insculpido no art. 5º, inciso LXIII da CRFB/88.

É extremamente pertinente a crítica feita pelo autor Renato Marcão<sup>11</sup> de que a o alarde social criado em torno da operação policial denominada de lei Seca, na realidade, praticamente fica impossibilitada “a punição de motoristas alcoolizados, pois necessária prova pericial para averiguar a concentração de álcool no sangue do agente, quando se sabe, ao acusado é concedido o direito de não constituir prova contra si”.

Cumprе ressaltar que nos casos em que o motorista se vale da prerrogativa constitucional de não produzir prova contra si, estará incurso em infração administrativa descrita no art. 165 do C.T.B. e isso reacende outra discussão. Isso porque, em que pese a não submissão ao exame de alcoolemia através do bafômetro não traga repercussão na esfera penal, repercutirá em esfera administrativa, com aplicação de multa e apreensão do veículo, nos termos que dispõe o art. 277, § 3º do C.T.B., *in verbis*: “Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo”.

Dessa forma, o uso de uma prerrogativa constitucional de não auto-incriminação acaba não produzindo seus plenos efeitos, pois ele sofre sanção extrapenal.

Diante desse contexto, os deputados federais se mobilizaram e apresentaram um projeto de lei para alterar o dispositivo vigente com vistas a ampliar os meios de provas admissíveis bem como aumentar a pena de multa para os que não realizam o teste do bafômetro.

---

<sup>11</sup> MARCÃO, Renato. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva. 3 ed., 2011, p. 173

No início da implantação do sistema o etilômetro teve sua idoneidade questionada, mas é importante ressaltar que o referido meio de prova recebe um adesivo do INMETRO e possui prazo de validade. Não obstante, até hoje é possível identificar a presença desse debate nos Tribunais Superiores, que tem reconhecido, em sua maioria, a idoneidade da prova. Abaixo, um julgado nesse sentido:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). EXAME DE ALCOOLEMIA SANGUÍNEA NÃO REALIZADO. AFERIÇÃO EFETUADA ATRAVÉS DE ETILÔMETRO, VULGAMENTE CONHECIDO COMO BAFÔMETRO. MATERIALIDADE DO CRIME. NORMA PENAL EM BRANCO. CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO (CONTRAN). PROVA INDICIÁRIA IDÔNEA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. REFORMA DA DECISÃO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. Não se afigura razoável que a materialidade do crime somente seja comprovada através de exame pericial da dosagem de álcool no sangue. 2. Tendo sido realizado o teste de alcoolemia por intermédio do bafômetro, está devidamente satisfeita exigência legal, o que se traduz na presença de justa causa para o recebimento da denúncia. 3. Embora o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro faça menção aos níveis de "álcool por litro de sangue", o seu parágrafo único é expresso em permitir que o Poder Executivo Federal estabeleça outros métodos para aferição da alcoolemia para fins do cometimento do crime. 4. Cuida-se, como é cediço, de norma penal em branco, que atribui competência ao Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) para estabelecer a equivalência de outros testes alcoolimétricos com relação ao exame de sangue do condutor. Este mesmo órgão, no uso de sua competência, editou a Resolução nº 81, de 19/11/1998, regulamentando a utilização de medidores de alcoolemia no organismo humano. 5. Para efeitos da deflagração da ação penal basta a prova indiciária idônea do cometimento de crime. Com efeito, ainda que se reconheça a preocupação do douto Magistrado e se louve a defesa do direito constitucional de respeito à chamada amplitude defensiva, o certo é que a denúncia oferecida apresenta condições para a obrigatória deflagração da ação penal, com garantia da ampla defesa ao denunciado, ora recorrido. Provimento do recurso do Ministério Público para receber a denúncia, prosseguindo-se no feito. (R.S.E. 0014899-69.2009.8.19.0038 DES. JOSE MUINOS PINEIRO FILHO. dj: 15/12/2009 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL DO TJRJ)

Apesar da literalidade da lei, é importante ressaltar que o contexto jurídico pátrio prestigia a jurisprudência. Em que pese o precedente ser forte e advindo de uma Seção do Superior Tribunal de Justiça, esses julgados não possuem força vinculativa em relação aos

demais membros do Poder Judiciário. Não obstante, considerando a tradição pátria de observância aos julgados dos Tribunais Superiores, é extremamente previsível que tal julgado seja adotado como paradigma no que toca aos meios de prova quanto ao enquadramento do disposto no art. 306 do CTB.

## **5. A CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PERIGO ABSTRATO**

Conforme exposto brevemente no capítulo 2 do presente artigo, a alteração do dispositivo legal objeto de estudo trouxe um debate acerca da natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante. O entendimento que prevalece é que após a edição da Lei nº 11.705/08 o crime tornou-se crime de perigo abstrato à segurança pública viária.

Essa constatação traz consigo um debate que é comum a outros crimes que possuem a mesma natureza jurídica, ou seja, discute-se a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

No entanto, é perfeitamente possível a conciliação dos crimes de perigo abstrato com o princípio da lesividade, inexistindo qualquer inconstitucionalidade na opção legislativa pela incriminação de condutas presumidamente perigosas. Esta presunção resulta de estudos exaustivos a respeito do comprometimento causado pelo álcool e substâncias análogas à capacidade motora humana na direção de veículo automotor, trilhando um caminho preventivo.

A conduta descrita é absolutamente compatível com o sistema constitucional vigente conforme doutrina nacional. Segundo ensina o Prof. Damásio de Jesus<sup>12</sup>, o denominado “perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado

---

<sup>12</sup> JESUS, Damásio. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 31 ed., 2010, p. 229

comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão.”<sup>13</sup>

Nessa linha de entendimento, parece acertada a tese segundo a qual o para o crime de perigo abstrato, basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública seja maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta. Nessa linha de raciocínio, a norma do art. 306 do CTB também é constitucional.

## **6. A AÇÃO PENAL**

Através da intensa fiscalização realizada nas principais vias públicas, a lei de trânsito cumpriu seu papel preventivo de forma eficaz. Os motoristas que se dispuseram a colaborar com a operação policial, se submetendo ao teste do bafômetro, permitiram a constatação de que a intensa fiscalização mudou o comportamento das pessoas. Isso porque o número de motoristas que bebe e dirige logo depois caiu muito, seja por consciência do que é correto, seja por medo de ser repreendido.

Não obstante, dessas operações policiais foram instaurados inúmeros procedimentos inquisitoriais junto às delegacias de polícia em razão da constatação da presença de álcool no organismo dos motoristas submetidos voluntariamente ao teste do bafômetro.

Como se trata de ação penal pública incondicionada, todos os procedimentos policiais são encaminhados ao Ministério Público para oferecimento da denúncia junto a Vara Criminal da Comarca competente. Citado para oferecer resposta preliminar nos termos do art.

---

<sup>13</sup> JESUS, Damásio. *Direito Penal. Parte Geral*. 31 ed., 2010, Saraiva, São Paulo, p. 229.

396 e 396-A do CPP, muitos advogados defendem seus clientes alegando, principalmente que o acusado deve ser absolvido sumariamente por entender que o fato imputado não constitui crime.

Quando não obtém êxito na primeira instância, impetram *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça competente objetivando o trancamento da ação penal por atipicidade da conduta.

Antes de analisar casuisticamente a questão jurisprudencial, é preciso esclarecer que somente se admite o trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus* se comprovados, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a completa ausência de indício de autoria ou de prova da materialidade. Isso porque, como essa ação constitucional não admite dilação probatória, a prova tem de ser pré-constituída, ou seja, as provas que respaldam o pedido do autor, tem de refletir a existência do direito.

Sobre o tema pode-se destacar que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão datada do dia 31/05/2011, cuja relatoria foi da lavra do Exmo. Dr. Sr. Ministro Gilmar Mendes, denegou a ordem no HC 107.768/RS, por entender que não se pode comprovar, de plano, a atipicidade da conduta de conduzir veículo automotor em estado de embriaguez, não havendo que se falar em trancamento da ação penal:

HC 107.768/RS: EXISTÊNCIA, MATERIALIDADE DO FATO, EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, REALIZAÇÃO, TESTE DE BAFÔMETRO. DESCABIMENTO, ALEGAÇÃO, INEXISTÊNCIA, MATERIALIDADE DO FATO, DECORRÊNCIA, AUSÊNCIA REALIZAÇÃO, EXAME TOXICOLÓGICO. Trancamento da ação penal. Ausência de prova da materialidade do crime. Não ocorrência. Ordem denegada.

Sob a ótica jurídica e tendo como parâmetro o precedente acima, acertada é a decisão do juiz de primeira instância que não acolhe o pleito defensivo de absolvição sumária. Porém, em que pese o precedente citado, o tema está longe de ser solucionado.

Dessa forma, a intensa controvérsia sobre o tema tem criado verdadeiras contradições, porque muitas pessoas na mesma situação recebem tratamento diferenciado. A solução está longe de ser solucionada, mas é válido citar dois precedentes recentes da Corte Estadual que demonstram bem a controvérsia:

HABEAS CORPUS 0045905-09.2012.8.19.0000. Delito de trânsito. Condução de veículo automotor com concentração de álcool no sangue. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa. Não verificação. Atipicidade da conduta. Não ocorrência. Estabelece o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 306, que constitui infração penal "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". Por esta disposição, está evidenciado que a exposição da segurança viária a risco se configura com a simples condução de veículo automotor na via pública com dosagem de álcool no sangue igual ou superior àquela estabelecida no dispositivo codificado. Assim é porque a infração penal definida na disposição reproduzida é, à evidência, de mera conduta, ou de perigo abstrato, não se exigindo do condutor do veículo automotor qualquer outra conduta para o surgimento de sua responsabilidade criminal, além daquela prevista pelo legislador. Com efeito, o crime de perigo abstrato é aquele em que o tipo penal define um comportamento que contém, em si, perigo de dano ao bem jurídico tutelado, não se exigindo, para o seu aperfeiçoamento, sequer a necessidade de produção de perigo concreto, mesmo que indeterminado, ao citado bem jurídico. Em consequência, ao se lançar a conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, acima daquela estabelecida em lei, o agente desenvolve conduta típica, antijurídica e culpável, devendo, por isso, operar-se a deflagração da ação penal se os elementos colhidos na fase inquisitorial indicarem a presença de justa causa para tanto, como ocorre no caso dos presentes autos. Ordem denegada. DES. MOACIR PESSOA DE ARAUJO - Julgamento: 03/09/2012 – PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL

Por outro lado, há julgados acolhendo o pedido de extinção da ação penal quer por falta de justa causa, quer por inépcia da inicial acusatória que não descreveu na denúncia a ocorrência de direção perigosa do tipo em questão:

Habeas corpus 0027870-98.2012.8.19.0000. Paciente denunciado por crime de condução de veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas (art. 306 da lei n.º 9.503/97 e art. 2.º, II, do decreto n.º 6.488/2008). Alegado constrangimento ilegal por ser a denúncia inepta. Pretensão ao encaminhamento dos autos ao órgão especial a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 306 da lei n.º 9.503/67, ou ao trancamento da ação penal, declarando-se a nulidade do ato que recebeu a denúncia. Acolhimento do pedido subsidiário. delito que exige o perigo concreto para a coletividade. Peça inicial que não descreve qualquer comportamento anormal na direção de veículo. Conduta atípica. Denúncia inepta. Ausência de justa causa para a propositura da ação penal. Aplicação do art. 395, I e III, do código de processo penal. Infração administrativa caracterizada. Aplicação do art. 165 do código brasileiro de trânsito. Constrangimento ilegal configurado. Concessão da

ordem para trancar a ação penal, sem prejuízo de que outra denúncia seja ofertada. -  
des. Francisco Jose de Asevedo – Quarta camara criminal - Julgamento: 24/07/2012

Não é possível deixar de mencionar que o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 306 do CTB feito pelo impetrante no bojo do *habeas corpus* não pode ser acolhido diretamente pela Câmara Criminal, sem que antes seja afetado a matéria para julgamento pelo Plenário do Tribunal de Justiça local. Dessa forma, só após esse procedimento é que será permitido à Câmara o julgamento do caso concreto.

Por fim, destaca-se que a reserva de Plenário está consolidada no art. 97 da CRFB e na súmula vinculante n.10 do STF, de modo que eventual descumprimento desses preceitos enseja a interposição de recurso extraordinário ou reclamação constitucional junto a Suprema Corte.

## **CONCLUSÃO**

A alteração da lei surtiu efeitos, em variadas escalas nos Estados Brasileiros. Isso porque, não obstante a lei não ter majorado a sanção para o motorista que venha a ser flagrado dirigindo embriagado, houve uma mobilização para aplicar uma política preventiva dos acidentes, com intensa fiscalização policial.

Assim, constata-se que os Estados que implementaram ostensivamente a fiscalização foram os que obtiveram êxito em diminuir sensivelmente o índice de acidentes, como é o caso da região metropolitana do Rio de Janeiro.

O sucesso se deve ao fato de que a fiscalização permanece intensa por longo período, e, no caso do Rio de Janeiro, desde 2009. A rotina dos motoristas foi alterada, se não pela consciência, pelo temor de ser penalizado administrativamente ou penalmente.

Segundo pesquisas<sup>14</sup> realizadas após a alteração legislativa, apenas no Rio de Janeiro, a redução de acidentes foi de 30%, e ao longo dos anos, as apreensões de veículos e de flagrante de motoristas bêbados diminuiu em 80%, o que comprova a eficácia educativa da prevenção.

Dessa mudança legislativa se extrai um exemplo de que a legislação pode cumprir seu efetivo papel preventivo e repressivo, promovendo uma conscientização e punição aos descumpridores da lei.

---

<sup>14</sup> Disponível em: < [http://www.iqa.org.br/website/destaques\\_exibe.asp?n=1566](http://www.iqa.org.br/website/destaques_exibe.asp?n=1566) > Acesso em: 24 set. 2012.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgado em 8/5/2012. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4137197>. Acesso em: 26/11/2012

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal : parte geral*. 3. ed. São Paulo: Impetus, 2006.

HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 3. ed. Rio de Janeiro: JusPodvm, 2011.

JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 31 ed., 2010

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCÃO, Renato. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva. 3 ed., 2011.

*Número de mortes no trânsito brasileiro é três vezes maior do que o tolerado pela OMS*. Disponível em: < <http://www.portaldotransito.com.br/tag/oms>>. Acesso em: 02 mai. 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 13ª ed.

PORTOCARRERO, Cláudia Barros. *Leis penais especiais para concursos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

*Trânsito no Brasil mata 13 vezes mais do que em países ricos*. Disponível em:< <http://exame.abril.com.br/economia/brasil/noticias/transito-no-brasil-mata-13-vezes-mais-do-que-em-paises-ricos> > Acesso em: 02 mai. 2012.