

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: CRIME DE PERIGO CONCRETO OU DE PERIGO ABSTRATO?

Whesley de Oliveira Souza¹

Thaís Chaves Brazil Barbosa²

RESUMO

As divergências doutrinárias e as controvérsias jurisprudenciais surgidas com a alteração do Código de Trânsito Brasileiro especificamente com a edição da Lei nº 11.705, de 2008 (lei seca) e Lei nº 12.760, de 2012 (Nova lei seca) foram os elementos que motivaram a realização da pesquisa, especificamente quanto à natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante, ou seja, se é crime de perigo concreto ou crime de perigo abstrato? Uma parte da doutrina defende que a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante, considera-se, perigo abstrato no caso do artigo 306, § 1º, I e de perigo concreto no caso do artigo 306, § 1º, II, do Código de Trânsito Brasileiro. No entanto, novamente à doutrina se diverge quanto ao tipo penal, pois existem autores que acabam inserindo uma nova conceituação de perigo abstrato de periculosidade real para o delito em análise. De acordo com a legislação em vigor a natureza jurídica do crime, é de perigo abstrato presumido (ou puro). Teoria que esta sendo utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido se considera que o para obter resposta das indagações, se faz necessário compreender impreterivelmente as normas que as regulamentam. Isto é, o Código de Trânsito Brasileiro, a Nova Lei Seca (Lei nº. 12.760/12), bem como conceitos de direito penal.

Palavras-chaves: Embriaguez, Crime de Perigo Abstrato, Crime de Perigo Concreto, trânsito.

1. INTRODUÇÃO

A lei nº 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro – CTB divide a questão de dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência em infração administrativa e crime de trânsito. Desde sua vigência o CTB recebe inúmeras modificações que visam alinhar a lei a situação atual da sociedade, visando ocasionar um sincronismo entre legislação e jurisdicionados. Os exemplos dessas modificações trazidas nos últimos anos são a Lei nº 11.705, de 2008, que ficou socialmente conhecida como Lei Seca é possui a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool. Alterando os

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno da disciplina TCC II, turma DIR 141/AN. E-mail: whesley.tad@gmail.com

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista, Orientadora. E-mail: thaiscbraazil@gmail.com

artigos 165 e 306 do referido dispositivo. Outra mudança foi trazida pela Lei nº 12.760, de 2012, que ficou socialmente conhecida como Nova Lei Seca tendo como objetivos corrigir divergências legislativas ocasionadas com a edição da lei seca anterior. Possibilitando aos agentes de fiscalização formas alternativas de constatação da embriaguez, preservando os direitos dos condutores. Novamente temos alterações nos dispositivos 165 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Já a lei nº 12.971, de 2014. Inseriu a previsão de exame toxicológico no § 2º do art. 306. O tratamento de recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, foi inserido pela lei nº 13.281, de 2016. Incluindo o artigo 165-A, com a seguinte redação:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: Infração – gravíssima. Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses

Diante do que foi apresentado fica evidente que todas essas modificações, corroboram para o surgimento de divergências doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao tratamento empregado pelo legislador quanto à ingestão de álcool e direção veicular. Operadores do direito e a sociedade de modo geral, diante dessas mudanças questionaram a constitucionalidade dessas modificações, alegando ferir uma série de princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, dentre eles: do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), presunção de inocência (art. 5º, LVII), ampla defesa (art. 5º, LV), além de normas internacionais de Direitos Humanos a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº678/92), onde o art. 8, nº 2, g, menciona que toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. Ou seja, a pessoa não esta obrigada a produzir prova contra si mesma.

Por outro lado os que a defendem, alegam sua constitucionalidade, fundamentados no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. O interesse público nesse contexto é a segurança viária atacada pelos elevados indicadores de mortes e acidentes tendo como fator preponderante a

ingestão de bebidas alcoólicas pelos motoristas. Sendo assim, o Estado deve agir sem anuência do particular para combater esse grave problema social.

Porém o foco principal do artigo delimita-se na classificação do crime de embriaguez ao volante. Assunto que ainda gera divergência doutrinária quanto ao perigo abstrato ou perigo concreto do dispositivo legal. Diante da relevância e repercussão do tema, os tribunais das mais altas cortes do país se manifestaram, fixando jurisprudência que também é objeto de análise.

O artigo propõe se basear em estudos bibliográficos no qual demonstrem e evidenciem elementos probatórios para o alcance da embriaguez ao volante, especificamente ao crime de trânsito.

2. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Em homenagem ao princípio da legalidade, cumpre destacar a redação vigente no que se refere ao crime de embriaguez ao volante previsto no Código de Trânsito Brasileiro - CTB:

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 ou toxicológico, 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 ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Conforme a classificação adotada pelo professor Marcão (2017, p. 160) é Sujeito ativo; qualquer pessoa que conduza veículo automotor. Não exige qualquer qualidade especial do agente (a pessoa pode ser habilitada ou não), na medida em que se trata de crime comum.

O Objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública e o sujeito passivo figura na coletividade. De encontro a essa corrente temos o posicionamento do STF no seguinte recurso:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. APLICAÇÃO PARCIAL DA LEI 9.099/95. EXAME PERICIAL. NULIDADE. 1. O crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante) é crime de perigo, cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública e o sujeito passivo, a coletividade. A ação penal pública condicionada à representação, referida no art. 88 da Lei nº 9.099/95, se mostra incompatível com crimes dessa natureza. A ação penal é a pública incondicionada. 2. Inexistência de nulidade no laudo realizado, tendo em vista que foi subscrito por 2 (dois) peritos oficiais, estando a alegação do recorrente, de que teria sido elaborado apenas por 1 (um) profissional, subordinada ao exame de fatos e provas, inviável em sede de habeas corpus. 3 - Recurso ordinário improvido. (RHC 82517, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 10/12/2002, DJ 21-02-2003 PP-00047 EMENT VOL-02099-03 PP-00474).

Corroborando com o entendimento que o objeto jurídico da tutela penal é a segurança viária de forma direta e de forma indireta à incolumidade pública os seguintes julgados: STJ - HC: 166117 RJ 2010/0049756-9, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 03/05/2011, T5 - QUINTA TURMA, data de publicação: DJe 01/08/2011 e STF - HC: 109269 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 27/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011.

O elemento subjetivo do tipo; é o dolo, não há forma culposa. Já o Objeto Material é o veículo automotor. A consumação ocorre com o ato de conduzir veículo automotor tanto em local público ou propriedade privada (sítio, fazenda, chácara, etc), estando com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

A Ação penal é pública incondicionada, em face do caráter coletivo do bem jurídico protegido. Conforme se depreende do seguinte julgado.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE TRÂNSITO. ARTIGO 306 DA LEI Nº 9.503/97. DIREITO PROCESSUAL PENAL. REPRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. 1. O artigo 306 da Lei nº 9.503/97, crime de condução de veículo automotor sob a influência de álcool, é de ação penal pública incondicionada. Precedentes. 2. Inteligência do artigo 88 da Lei nº 9.099/95. 3. Recurso improvido. (STJ - RHC: 13485 SP 2002/0133345-3, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento:

09/12/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.03.2006 p. 353).

Doravante é preciso ter a compreensão do que é capacidade psicomotora, para tanto, menciona-se as seguintes explicações registradas na obra do professor Renato Marcão (2017, p.162):

Capacidade psicomotora é a que se refere à integração das funções motoras e psíquicas. São psicomotoras as partes do cérebro que presidem as relações com os movimentos dos músculos. A área psicomotora compreende: a coordenação motora (utilização eficiente das partes do corpo), a tonicidade (adequação de tensão para cada gesto ou atitude) a organização espacial e percepção visual (acuidade, atenção, percepção de imagens, figura fundo e coordenação visomotora), a organização temporal e percepção auditiva (atenção, discriminação, memória de sons e coordenação auditiva-motora), a atenção (capacidade de apreender o estímulo), concentração (capacidade de se ater a apenas um estímulo por período de tempo) memória (capacidade de reter os estímulos e suas características), Desenvolvimento do esquema corporal (referência de si mesmo) e a linguagem.

Ainda, Marcão (2017, p. 162) afirma:

Conduzir, para os fins do dispositivo em comento, significa dirigir, colocar em movimento mediante acionamento dos mecanismos do veículo. Veículo automotor: nos termos do anexo I do Código de Trânsito Brasileiro, considera-se 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 tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas ou coisas [...]”.

O conceito de bebidas alcoólicas foi definido pela lei nº 11.705/2008 (Lei Seca)

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

Antes da lei 12.760/12 o crime só se configurava caso ocorresse na via pública (ruas, avenidas, rodovias etc). A atual redação ampliou o alcance da regra punitiva para qualquer local público ou no interior de propriedade privada. Cumpre destacar que é imprescindível percorrer a análise dos elementos acima mencionados para avançar no estudo do tema. Pois o crime de embriaguez ao volante passou por diversas alterações em sua redação. Sendo vigente a redação já transcrita.

2. CRIME DE PERIGO: CONCRETO, ABSTRATO E ABSTRATO DE PERICULOSIDADE REAL.

Doutrinariamente no estudo da classificação dos crimes quanto à lesividade são atribuídos o conceito de crime de dano e crime de perigo, este por último subdividido em concreto e abstrato. Para compreensão dessa divisão serão utilizados os seguintes posicionamentos.

Conforme o professor Grecco (2016, p. 297):

Há dois tipos de delitos no Direito Penal. De um lado, os chamados delitos de dano ou de lesão; do outro, os delitos de perigo. Os delitos de perigo, a seu turno, podem ser subdivididos em *crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto*. [...] Os delitos de dano são aqueles em que se exige, para sua configuração, a efetiva lesão ou dano ao bem juridicamente protegido pelo tipo penal. Ao contrário, os delitos reconhecidos como de perigo não exigem a produção efetiva de dano, mas, sim, a prática de um comportamento típico que produza um *perigo de lesão ao bem juridicamente protegido*, vale dizer, uma probabilidade de dano. O perigo seria, assim, entendido como *probabilidade de lesão a um bem jurídico-penal*. [...] Quando o legislador cria uma figura típica de perigo, tem por finalidade, proibir ou impor comportamentos que tenham probabilidade de causar danos aos bens jurídico-penal.

Ainda, nos ensinamentos de Grecco (2016, p. 301) afirma:

Que à conclusão da definição de crimes de perigo abstrato ou concreto, é o momento em que satisfaça ao legislador o reconhecimento da colocação em perigo – abstrato ou concreto. [...] Nos crimes de perigo abstrato, o legislador deverá concluir pela situação de perigo *ex ante*, ou seja, pela simples verificação do comportamento que está sendo proibido ou imposto pelo tipo penal já caracteriza a situação de perigo por ele prevista, com isso basta se comprove a prática da conduta – comissiva ou omissiva, prevista no tipo penal, independentemente da comprovação da efetiva situação de perigo a um bem juridicamente protegido. [...] Por sua vez, nos crimes de perigo concreto, a análise deverá ser realizada *ex post*, de acordo com o princípio da lesividade, isto é, a ação ou omissão ocorreu, efetivamente, risco de ter lesionado bem jurídico tutelado.

Segundo, Damásio (2012, p. 229):

Crimes de dano são os que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico. Ex.: homicídio, lesões corporais etc. Crimes de perigo são os que se consumam tão só com a possibilidade do dano. Ex.: perigo de contágio venéreo (art. 130, caput); rixa (art. 137); incêndio (art. 250) etc. O perigo pode ser presumido ou concreto, individual ou comum (coletivo). Perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *jure et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão. Perigo concreto é o que precisa ser provado.

Conforme ensinamento de Bitencourt (2012, p. 274):

Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem juridicamente protegido. O perigo é reconhecível por uma valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o bem jurídico que é colocado em uma

situação de risco, no caso concreto. O perigo abstrato pode ser entendido como aquele que é presumido *juris et de jure*. Nesses termos, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa.

Segundo Macedo (2018, p.394):

O perigo concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O policial presente na situação de perigo irá reconhecê-lo por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. [...] Nos crimes de perigo abstrato ou presumido *juris et de jure*, a situação de perigo não precisa ser provada, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.

O delito de embriaguez ao volante nos últimos anos conforme já apontado passou por inúmeras mudanças. Essas mudanças ocasionaram a definição de conceitos doutrinários sobre a classificação do delito previsto no art. 306 do CTB. A cada alteração da redação legislativa uma nova teoria é adotada pelos tribunais, todavia a doutrina também passa por novas interpretações, conceituações e posicionamentos. A discussão sobre a natureza jurídica do crime em comento busca responder se é de perigo concreto, abstrato ou uma nova concepção de abstrato de periculosidade real. Este por último (abstrato de periculosidade real) pelo qual uma parte da doutrina se inclina a defender, por entender ser a configuração mais aplicável ao tipo penal do crime de embriaguez ao volante.

Vale mencionar o pensamento defendido por Leandro Macedo e Gleydson Mendes no livro Curso de Legislação de Trânsito, (2018, p.587):

Cabe observar que em edições anteriores, firmamos o entendimento que o crime de embriaguez com a redação da lei 12.760/12 era crime de perigo em abstrato. Evoluímos no sentido de interpretar que para a configuração do crime é necessária a capacidade psicomotora alterada, ou seja, além do consumo de álcool, deve haver uma condução anormal, atentando objetivamente contra incolumidade pública, como por exemplo, ziguezagueando, transitando sobre calçadas, roletando cruzamentos etc.

Conforme essa teoria a conduta tipificada como perigo abstrato presumido não é suficiente, pois deve haver um perigo real para a segurança viária. Nesse ponto, é preciso haver um risco relevante, ou seja, não basta dirigir "bêbado". Tal perigo se expressa por meio da condução anormal em virtude da capacidade psicomotora alterada do motorista ocasionada pela ingestão de bebidas alcoólicas. Segundo os professores Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem, (2013,

p.135): Com a edição da nova lei seca em 2012 o legislador, “alterou o nível de abstração do perigo, retirando-o do campo de perigo abstrato presumido (puro), para enquadrá-lo, agora, num outro patamar o do perigo abstrato de perigosidade real”.

Nesse mesmo sentido, Gomes (2013. p. 96):

[...] Na verdade, sempre defendemos o perigo concreto indeterminado (equivale, como veremos em seguida, ao perigo abstrato de perigosidade real, ou seja, conduta dotada de perigosidade real). [...] A categoria dogmática que se encaixa com perfeição no novo tipo penal é a do perigo abstrato de perigosidade real, defendida na primeira parte desde livro por Leonardo de Bem, que fez uma análise dos vários posicionamentos doutrinários relacionados com o perigo abstrato e chegou à conclusão de que o delito do art. 306 do CTB (na nova redação) possui a natureza de perigo abstrato de perigosidade real, que é uma tese muito próxima do perigo abstrato com potencial perigo para o bem jurídico tutelado. [...] Não se trataria, portanto, de perigo abstrato presumido (ou puro), nem tampouco de perigo concreto (com vítima certa). Rompe-se a velha dicotomia. A letra da nova lei encontra perfeita sintonia com a teoria do perigo abstrato de perigosidade real.

Por outro lado existem aqueles que consideram que o artigo 306 §1º, I é de perigo abstrato presumido e no inciso II de perigo concreto por indicar variantes da modalidade típica. Nesse sentido CABETTE, (2013, p.384) “Conclui-se, portanto, que quando do vigor da Lei 11.705/08 o crime era invariavelmente de perigo abstrato, mas sob a égide da nova Lei 12.760/12 ele é de perigo abstrato no caso do artigo 306, § 1º., I e de perigo concreto no caso do artigo 306, § 1º., II, CTB”.

Em oposição a esse entendimento, outra parte da doutrina defende que as disposições contidas no § 1º, I e II do art. 306 não estão por indicar variantes da modalidade típica, mas tão somente formas pelas quais pode ser constatado o delito. Conforme Renato Marcão(2017, p.165):

Disso decorre não ser correto afirmar que o § 1º, II do art. 306 – que se refere à presença de sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora – regula hipótese em que se exige prova de perigo concreto para que se tenha por realizada conduta típica.

Considera-se essa a configuração que melhor se aplica ao tipo penal em comento. Por entender que o legislador optou por endurecer e ampliar a possibilidade de constatação do crime e não subdividir os incisos I e II em crime de perigo abstrato e perigo concreto. Levando em consideração que o caput do artigo 306 descreve a conduta e o paragrafo 1º as forma de verificação do delito.

3. CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DO TIPO PENAL

Inicialmente em sua redação original o Código de Trânsito Brasileiro – CTB em seu 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”. Considerava como necessária a ocorrência do perigo concreto para a configuração do crime de embriaguez ao volante. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça – STJ proferiu a seguinte decisão:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO CONCRETO. POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. I - O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. In casu, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual impõe-se a absolvição do réu-recorrente (Precedente). II - A análise de matéria que importa em reexame de prova não pode ser objeto de apelo extremo, em face da vedação contida na Súmula 7 STJ (Precedente). Recurso desprovido. (STJ - REsp: 608078 RS 2003/0181007-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 23/06/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/08/2004 p. 278)

Existiam posições que indicavam tratar-se de crime de perigo concreto, pois dependiam de certificação judicial caso a caso, visto que o perigo era um elemento do tipo penal. O seguinte julgado demonstra a necessidade de comprovação do perigo concreto para o tipo penal:

Apelação criminal. Crime de trânsito. Embriaguez. Perigo concreto indemonstrado. Absolvição. Para a caracterização do delito não é suficiente a comprovação tão só da embriaguez ao volante, exige-se, também, a verificação de alguma condução anormal do automotor, porque se trata de infração de perigo concreto. Não obstante envolvido em acidente de trânsito, não existindo nos autos elementos que evidencie a culpa do réu, a manutenção da absolvição é o corolário legal” (TJRS, 8ª C. Crim., Apelação Criminal 700.038.804-57, rel. Des. Roque Miguel Fank, j. 19-2-2002).

No período antes da alteração da redação original do art. 306 dada pela Lei nº 11.705/2008, os tribunais entendiam ser necessária a exposição da incolumidade pública alheia a dano potencial, ou seja, a perigo concreto. Conforme evidenciado no seguinte julgado:

Apelação criminal. Crime de trânsito (art. 306, do CTB). Recurso visando à absolvição, uma vez que a prova colhida nos autos cinge-se ao depoimento

dos policiais militares que promoveram o exame pericial do bafômetro. Absolvição impossível. Condenação mantida. Motorista que conduzia veículo embriagado. Perda do controle do automotor e colisão com uma moto. Infração do art. 306 da Lei de trânsito Brasileira. Autoria e materialidade comprovadas. Exposição da incolumidade alheia a dano potencial demonstrada. Recurso improvido. (TJPE, 2ª C. Crim., Apelação Criminal 117.088-7, rela. Desa. Heloísa Reis, j. 16-03-2005).

Com a entrada da lei 11.705/2008 no ordenamento jurídico pátrio, não mais se exigia expressamente a ameaça real de perigo ao bem jurídico tutelado. Considerando o artigo 306 como perigo abstrato. Invertendo de maneira ampla a classificação penal até aquele momento adotada. Mesmo com essa alteração legislativa houve aqueles que consideravam o crime como perigo concreto ainda. Conforme demonstrado no seguinte posicionamento:

[...] Criminal. *Habeas Corpus*. Embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito brasileiro. Delito de perigo concreto abstrato de dano. Realização de exame bafômetro. Prescindibilidade de exame pericial específico. Ordem Denegada. O crime de embriaguez ao volante é delito de perigo concreto indeterminado, e não de perigo abstrato. Não basta o ato de dirigir embriagado, devendo haver prova de que a conduta se revelou perigosa para terceiros, mesmo que considerados indeterminadamente. Ausente o dano potencial à coletividade, o fato será atípico penalmente, apesar, subsistindo a responsabilidade administrativa, para o qual o perigo é abstrato. Faz-se necessária a comprovação da existência de potencialidade lesiva concreta [...] (STJ, Habeas Corpus 158.311/RS, 5ª T., Min. Gilson Dipp, DJ 18-10-2010).

Ademais, com o passar do tempo os tribunais foram superando esse entendimento e passaram a considerar o artigo 306 como sendo de perigo abstrato. Nesse sentido:

Apelação criminal. Trânsito. Embriaguez ao volante. Art. 306 CTB. Crime de perigo abstrato. Autoria e materialidade comprovadas a partir do teste do etilômetro e confissão do réu. O delito previsto no art. 306, CTB, é um crime de perigo abstrato, que independe de um resultado lesivo. Precedentes do STJ (TJRS, 3ª C. Crim., Apelação Criminal 70045290822, rela. Des. Catarina Rita Kriege Martins, j. 9-8-2012).

Nesse ponto a jurisprudência vai caminhando para o mesmo entendimento. Considerando o crime de perigo abstrato. Reforça esse argumento a decisão:

Apelação criminal. Trânsito. Embriaguez ao volante (art. 306). Autoria e materialidade comprovadas. Teste de alcoolemia. Taxa superior à permitida. Absolvição pleiteada. Crime de perigo abstrato. Condenação que se impõe. Incorre nas penas do art. 306 da Lei n. 9.503/1997 aquele que dirige sob a influência de álcool, trafegando em via pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, em que não se exige o evento naturalístico do dano. (TJPB, C. Crim., Apelação Criminal 00120100043965001, rel. Des. João da Silva, j. 8-5-2012).

Com a entrada em vigor da nova lei seca (lei nº 12.760/2012), surgiu a preocupação se essa lei manteria o perigo abstrato ou iria criar uma nova conceituação. Contudo crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro considera-se de perigo abstrato, sendo despendida a demonstração de potencialidade lesiva na conduta. Esse entendimento foi firmado no STJ - HC: 183463 MG 2010/0158404-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 15/08/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2013.

Reforça esse posicionamento o seguinte julgado:

Recurso em sentido estrito. Embriaguez ao volante (art. 306 da lei n. 9.503/1997). Rejeição da denúncia. Falta de justa causa por atipicidade da conduta. Recurso do ministério público. Pretendido prosseguimento do feito. Cabimento. Sentença amparada na periculosidade concreta do crime e na ausência de provas acerca da alteração da capacidade psicomotora do denunciado em decorrência do consumo de álcool. Delito praticado após o advento da lei n. 12.760/2012. Crime de perigo abstrato. Denúncia que atendeu os requisitos do art. 41 do CPP. Caderno informativo consubstanciado em auto de constatação de sinais de embriaguez e prova testemunhal. Suficiência. Conduta típica. Necessidade de instrução do processo para delinear o fato. Existência de justa causa para apuração da infração. Prosseguimento do feito que se impõe. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. (TJSC, RCrim n. 2013.034356-0, Desa. Marli Mosimann Vargas, j. 30.07.2013).

A utilização de outros meios de prova, como os sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, disciplinadas pelo Conselho Nacional de Trânsito, por meio da resolução n. 432/2013, também está sendo observado pelos tribunais a esse respeito. Observa-se no referido julgado abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL RECEBIDA COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – FUNGIBILIDADE RECURSAL – CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – PRETENDIDA REFORMA DA SENTENÇA E CONDENAÇÃO DO RÉU – POSSIBILIDADE DA REFORMA – CRIME PRATICADO APÓS O ADVENTO DA LEI N. 12.760/2012 – AUSÊNCIA DE TESTE DE ALCOOLEMIA OU EXAME CLÍNICO – CABÍVEL A COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ POR OUTROS MEIOS – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – MATERIALIDADE DO DELITO E INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Deve ser conhecida, como recurso em sentido estrito, a apelação manejada pelo Ministério Público contra decisão que rejeita a denúncia por falta de justa causa, desde que não evidenciada a má-fé, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal. Inteligência do art. 579 do Código de Processo Penal. A Lei n. 12.760/2012 alterou o art. 306 do CTB de modo a possibilitar a comprovação do estado de embriaguez por meios de prova que não apenas o teste de alcoolemia, ou seja, através de

sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN (Resolução n. 432/13), alteração da capacidade psicomotora, a saber, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos. Recurso parcialmente provido. (Ap 164371/2015/MT, DES. PEDRO SAKAMOTO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 03/02/2016, Publicado no DJE 15/02/2016).

Para dirimir em definitivo as controvérsias a respeito do tema o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento que o crime de embriaguez ao volante previsto no artigo 306 do CTB trata-se de perigo abstrato. Conforme o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N. 9.503/1997. DELITO DE TRÂNSITO PRATICADO APÓS A LEI N.º 11.705/2008 E ANTES DA LEI N.º 12.760/2012. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA NA CONDOTA. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE IGUAL OU SUPERIOR A 6 DG. VERIFICAÇÃO POR BAFÔMETRO. FATO TÍPICO. PRESENTE JUSTA CAUSA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, reiteradamente, que o crime do art. 306 do Código de Trânsito, praticado após a alteração procedida pela Lei n. 11.705/2008 e antes do advento da Lei n. 12.760/2012, como na hipótese, é de perigo abstrato. É desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta e basta, para tanto, a constatação de que o réu conduzia automóvel, em via pública, com a concentração de álcool igual ou superior a 6 dg por litro de sangue, o que equivale a 0,3 mg por litro de ar expelido dos pulmões, aferida por meio de etilômetro. 2. Considerando que o recorrido foi submetido a teste de aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) e que o acórdão recorrido traz indícios concretos de que o réu foi flagrado dirigindo veículo automotor com concentração de álcool igual a 0,41 mg de ar expelido pelos pulmões - valor esse superior ao que a lei permite -, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal do crime de embriaguez ao volante. 3. Recurso especial provido para, afastada a atipicidade da conduta do recorrido, determinar o prosseguimento da ação penal. (STJ - REsp: 1582413 RJ 2016/0044032-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2016)

Apesar de todas as divergências ocasionadas pelas mudanças no corpo da legislação de trânsito. Observa-se que a jurisprudência tem se inclinado a considerar que o a previsão legal de embriaguez ao volante não necessita da real ameaça ao bem jurídico penalmente tutelado. Ou seja, não é necessário que o condutor de um veículo, dirija ameaçando os demais veículos ou pedestres. Somente a conduta de conduzir o veículo com a capacidade psicomotora alterada é suficiente para caracterização do delito. Esse conceito está sendo adotado pelos Tribunais ao apreciar os casos concretos submetidos a sua égide.

4. QUANTO À NATUREZA JURÍDICA

As correntes doutrinárias enriquecem sobremaneira o estudo da conceituação de crime de perigo concreto, perigo abstrato, fazendo surgir uma nova corrente que insere o instituto de perigo abstrato de periculosidade real. Nesse sentido destaca-se a posição adotada quanto à natureza jurídica do crime, a doutrina diverge em quatro correntes segundo, Gomes (2013 apud POSSEBON, 2013, p. 128):

A primeira defende que o perigo advindo da conduta é absolutamente presumido por lei, não importando se há condução normal ou anormal do veículo, para essa primeira corrente que entende que o crime é de perigo abstrato, a caracterização se dá somente pelo condutor estar dirigindo com 6 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue, 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar ou sob o efeito de outra substância psicoativa que cause dependência, ou no caso se recusar de fazer o exame, a autoridade vai apurar a embriaguez por meio de outros sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora alterada, conforme art. 306, § 1º, II, CTB.

A segunda corrente critica a primeira, afirmando que crime de perigo abstrato é inconstitucional por violar o princípio da lesividade, autorizando a punir alguém sem o risco de lesão ao bem jurídico tutelado. Para esses doutrinadores o crime é de perigo concreto, para a consumação do crime é preciso a comprovação da embriaguez, mais a condução anormal, mais o perigo a pessoa certa e determinada. Portanto se o condutor dirigir embriagado, mas de forma normal, não há crime, somente infração administrativa.

Uma terceira nasce com a Lei nº 12760/12, afirmando que o crime pode ser tanto de perigo abstrato quanto de perigo concreto, no caso do art. 306, § 1º, I, o crime é de perigo abstrato, a concentração de álcool estipulada por lei legitima o legislador a presumir o perigo advindo da conduta, se caso se recusar a passar por exame que indique essa concentração, a autoridade terá que comprovar a existência de sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, um desses sinais é dirigir de forma anormal, caracterizando crime de perigo concreto. Nesse entendimento, para caracterizar o crime é necessário a embriaguez ou os sinais que a indiquem, mais direção alterada, mais o risco a uma pessoa certa e determinada.

Com toda essa divergência doutrinária surge uma quarta corrente para tentar resolver toda essa controvérsia. Para Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem, o crime é de perigo abstrato, porém, de perigosidade real, significa que esse crime tem o bem jurídico tem que ser colocado em risco pela conduta do agente, que dirigindo embriagado, reduz o nível de segurança viário, é imprescindível a condução anormal do veículo, se aproximando muito do perigo concreto, porém não se confundem, pois dispensa a pessoa certa e determinada, que seria equivalente ao perigo concreto indeterminado, ou seja, a conduta é dotada de perigosidade real.

No entanto a jurisprudência dos tribunais nas mais altas cortes tem utilizado o preceito de crime de perigo abstrato, tanto no inciso I e II do §1º do artigo 306 da norma penal especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise da indagação inicial do artigo, embriaguez ao volante: crime de perigo concreto ou de perigo abstrato? Tendo como finalidade demonstrar de maneira sucinta as alterações do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Através da consulta doutrinária e jurisprudencial. Utilizando às legislações vigentes e revogadas. Percorrendo os princípios constitucionais, o direito penal e leis de trânsito. Constatado que o tema gera divergência e interpretações variadas quanto a sua natureza jurídica.

Os argumentos que consideram o delito do art. 306 como perigo concreto, foram superados pela legislação com a edição da lei seca em 2008. Sendo pacífica nos tribunais que não prospera à necessidade da comprovação do perigo concreto a segurança viária para configuração do crime.

Ademais o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, firmaram entendimento que o crime de embriaguez ao volante, quanto à natureza jurídica é de perigo abstrato presumido.

Entretanto parte da doutrina defende que a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante, considera-se, perigo abstrato no caso do artigo 306, § 1º, I e de perigo concreto no caso do artigo 306, § 1º, II, Código de Trânsito Brasileiro.

Por fim, a corrente que mais se aplica a configuração do crime de embriaguez ao volante, é a que está sendo atualmente adotada pela jurisprudência. Tratando o crime de embriaguez como perigo abstrato. Por entender que o legislador optou por endurecer a norma e somente ampliar a possibilidade de constatação do crime com § 1º, I e II do artigo 306.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - parte geral**. 20. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei 9503, 23 de setembro de 1997**, que instituir o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei 11705, de junho de 2008**, Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituir o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei 12760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituir o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Resolução nº 432, de 23 de Janeiro de 2013**. Disponível em: <http://www.transalvador.salvador.ba.gov.br/arquivos/res_432_jan_2013.pdf>. Acesso 10 out. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Nova Lei Seca. Perigo abstrato ou perigo concreto?** Revista Jurídica Consulex, ano XVII, nº 384, 15 de janeiro de 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120º). 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. Vol. II. 13. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. vol. 1. ed. 33ª. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO, Leandro. **Curso de Legislação de Trânsito/Leandro Macedo, Gleydson Mendes**. 5. Ed.rev.atual.e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

MARCÃO, Renato. **O Art. 306 do CTB. Conforme a Lei Nº 12.760/12**. Revista Jurídica Consulex, ano XVII, nº 384, 15 de janeiro de 2013.

MARCÃO, Renato. **Crimes de Trânsito Revista** 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PPOSSEBON, Giovani. **Lei nº 12.760, de 20-12-2012 (Nova Lei Seca), Art. 306 CTB, Crime de Perigo Abstrato ou Crime de Perigo Concreto.** Anais do 11º Encontro Científico Cultural Interinstitucional. 2013.

SANTOLINI, Ricardo Benevenuti. **Comentários a Lei 12.760/2012 e suas Alterações no Código de Trânsito Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041821.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

ZANCAN, Gustavo Dalledonei. **Perigo concreto e perigo abstrato: um estudo do delito de embriaguez ao volante.** Disponível em: < <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/07/perigo-concreto-e-perigo-abstrato-um-estudo-do-delito-de-embriaguez-ao-volante.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.