



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

O delito de embriaguez ao volante: uma crítica à política legislativa penal brasileira

Vânia Lúcia Machado dos Santos

Brasília – 2013

[Digite texto]



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

O delito de embriaguez ao volante: uma crítica à política legislativa penal brasileira

Vânia Lúcia Machado dos Santos
Matrícula: 08/42257

Monografia de conclusão da
graduação em Direito pela
Universidade de Brasília
Professora Orientadora: Cristina
Zackseski

Brasília – 1º semestre de 2013

[Digite texto]

Agradecimentos

Sempre grata a Deus e à minha família, mormente aos meus pais, por óbvio, por todo apoio e força dados em todos os momentos da minha vida e nesse não foi diferente.

Agradeço aos meus colegas de faculdade, pelas grandes amizades feitas, em especial ao “bonde” amado, por todo o aprendizado e por tantos momentos compartilhados dentro e fora de sala de aula.

Agradeço aos meus professores da graduação pelos conhecimentos compartilhados, os quais, juntamente com práticas de pesquisa e extensão, foram capazes de transformar meu modo de pensar e serviram de fomento para o presente trabalho.

Resumo: Neste trabalho, analisaremos o delito de embriaguez ao volante, desde a sua redação original até a última alteração, bem assim, serão debatidas polêmicas que circundam o tema. Este é um bom exemplo para observarmos como a política legislativa brasileira atua na escolha dos bens jurídicos penais. Por fim, faremos propostas de mudanças para promover estímulos à sociedade rumo a uma profunda mudança cultural e o abandono da ideia de que o Direito Penal é um instrumento político-pedagógico eficaz.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I: ENTENDENDO A NORMA E AS POLÊMICAS ENVOLVIDAS	10
O DELITO DE EMBRIAGUEZ AO LONGO DO TEMPO: MUDANÇA DE CRIME DE PERIGO EM CONCRETO PARA CRIME DE PERIGO EM ABSTRATO	10
A RELAÇÃO ENTRE A CONDUTA DE DIRIGIR EMBRIAGADO E NÚMERO DE ACIDENTES NO TRÂNSITO: CORRELAÇÃO OU CAUSALIDADE?	16
CAPÍTULO II: A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA REALIDADE BRASILEIRA.....	21
EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	21
O SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICOS.....	23
A SENSÇÃO SOCIAL DE INSEGURANÇA	25
UMA SOCIEDADE COM SUJEITOS PASSIVOS	27
O DESCRÉDITO NAS OUTRAS INSTÂNCIAS PARALELAS AO DIREITO PENAL E A INCORPORAÇÃO DO DISCURSO PUNITIVO POR OUTROS SETORES DO ESPECTRO POLÍTICO	27
CAPÍTULO III: PROPOSTAS DE MUDANÇAS	32
PRIMEIRA PROPOSTA: MUDANÇAS NA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL BRASILEIRA	32
SEGUNDA PROPOSTA: ABOLIÇÃO DO DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....	35
TERCEIRA PROPOSTA: MELHORIAS NA MOBILIDADE URBANA BRASILEIRA	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	46

Introdução

O delito de embriaguez ao volante é bom exemplo que demonstra na prática a crescente expansão do Direito Penal em outros ramos de cunho político, conferindo-lhe uma importância maior do se deveria dar. É como se através da mera utilização do discurso punitivo fosse capaz de alterar hábitos e costumes culturais, pela suposta intimidação que causaria nas pessoas.

Na maioria dos casos, ao tratarem dessa temática, artigos de revistas da mídia de massa¹, artigos de *sites* com conteúdos jurídicos², ou mesmo artigos *sites* oficiais do governo³, apenas defendem a boa vontade do legislador em ver reduzido o número de mortes no trânsito. No entanto, esses textos não costumam questionar como se deu a elaboração da norma, ou se por acaso a norma viola algum princípio fundamental, ou sequer mencionam dados sobre a aceitação popular diante da norma. Além disso, também não costumam apresentar alguns efeitos indesejáveis e intenções obscuras que a nova lei produz na sociedade.

Por essas razões, trabalharemos este tema com o fim de elucidar exatamente os pontos que não costumam ser questionados nos demais textos que abordam a mesma matéria. Procuramos também fugir da opinião de senso comum veiculada pelos meios de comunicação, muitas vezes carregada de sentimentalismos, por não concordarmos com essa.

Como é cediço, o objetivo maior da nova lei seca se resumiria na diminuição da quantidade de acidentes no trânsito, em decorrência da ingestão de álcool pelos condutores dos veículos automotores. E sobre este ponto, por oportuno, já se faz uma primeira observação a qual não foi vislumbrada pelo legislador na última atualização da norma

¹ G1 - PI. Nova lei seca não diminui o número de motoristas dirigindo alcoolizados. G1 Piauí, disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piui/noticia/2013/01/nova-lei-seca-nao-diminui-o-numero-de-motoristas-dirigindo-alcoolizados.html>>; acessado em 04/03/2013.

CARDOSO, Rodrigo. et al. 5 ideias para fazer a lei seca funcionar. ISTOÉ independente, disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/172254_5+IDEIAS+PARA+FAZER+A+LEI+SECA+FUNCIONAR>, acessado em 04/03/2013.

ESTADÃO. Cresce o número de motoristas presos após lei seca ficar mais rígida. Notícias - São Paulo, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,cresce-50-o-numero-de-motoristas-presos-apos-lei-seca-ficar-mais-rigida,992578.0.htm>>; acessado em 05/03/2013.

² FERNANDEZ, José Eduardo Gonzalez. A nova Lei n.º 12.760/2012 e seus reflexos para a atividade de polícia judiciária. Academia Brasileira de Direito, disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2333> acessado em 05/03/2013.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei seca: “mais rigor, menos violência no trânsito”. Você acredita nessa mentira? Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3533, 4mar.2013, disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23871>> ; acessado em 05/03/2013.

³ BRASIL, Secretaria de Defesa Social. Blitz da Lei Seca serão diárias a partir de julho, disponível em: <https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1777&Itemid=71>; acessado em 22/04/2013.

_____, Ministério da Justiça. Blog do Ministério da Justiça. Índice de mortes no trânsito durante o carnaval é o menor em dez anos, disponível em: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/lei-seca/>>.

[Digite texto]

ocorrida em 2012: o consumo de álcool pelos condutores de veículo e número de acidentes no trânsito não possuem uma relação de causa e efeito, mas sim, de correlação.

Em outras palavras, dirigir após ingerir qualquer quantidade de álcool não necessariamente ocasiona acidentes. Isso porque, trata-se de um campo de possibilidades, onde a hipótese supramencionada se enquadra como um dentre os vários fatores de risco que ocasionam acidentes. Por exemplo, podemos citar chuva, má iluminação do local, más condições das estradas, más condições do automóvel, como alguns dos inúmeros os fatores de risco. Aliás, dirigir com sono pode ser um fator tão ou mais perigoso que beber e dirigir, dependendo da quantidade ingerida e também dos efeitos que o álcool gera em cada indivíduo⁴.

Não se pretende no presente trabalho incentivar que as pessoas devam beber e dirigir, no entanto, dentro desta crítica abordaremos se a norma é proporcional ou não, bem como, se a política de tolerância zero é realmente adequada ou não. Para tanto, tomaremos por base algumas temáticas abordadas pela criminologia crítica para debater a lógica legislativa punitiva que está por trás, nessa tendência crescente de hipertrofia do Direito Penal nas sociedades contemporâneas.

Outrossim, seguimos o mesmo questionamento de Claus Roxin, pois pressupomos aqui que o Poder Legislativo não pode elaborar normas penais livremente, sem avaliar com devida cautela as consequências das mesmas. Assim, consideramos que não pode criá-las apenas pelo fato de uma conduta ser indesejável, deve-se demonstrar a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico a ser tutelado.

Mi cuestionamiento presupone que la emisión de conminaciones penales no es de libre disposición del legislador, es decir, que el Legislativo no puede penar una conducta solamente por el hecho de que le resulte indeseable, tal como puede ocurrir con expresiones críticas al régimen, determinadas formas de conducta sexual desviada o el consumo de drogas. Por tanto, deben existir límites al poder punitivo estatal, y, en efecto, existen; de ellos tenemos que ocupamos antes de poder obtener consecuencias concretas⁵.

Apesar de ser nova, essa lei é fruto de uma velha política legislativa brasileira⁶ de excessiva regulação em todos os âmbitos da vida social para reafirmar a

⁴JÚNIOR, Dirceu Rodrigues Alves. Fadiga e Sono na direção veicular. ABRAMET – Associação Brasileira de Medicina de Tráfego, disponível em: <http://www.fundacionmapfre.com.br/Portal/Fundacao/Arquivos/Download/Upload/791.pptx>; acessado em 04/03/2013.

⁵ ROXIN, Claus. El legislador no lo puede todo. *Iter Criminis*. Revista de derecho y ciencias penales, México: 2005, n. 12, pp. 321/322, disponível em:

http://www.iupuebla.com/Doctorado/Docto_derecho/Material_profe/g2t/Humberto_M/MA_Lectura%20EL%20LEGISLADOR%20NO%20LO%20PUEDA%20TODO.pdf; acessado em 04/03/2013.

⁶ O fenômeno descrito não é observado exclusivamente no Brasil, mas neste texto nos limitaremos em analisar apenas a realidade brasileira.

soberania estatal⁷. Consoante o que foi dito acima, concordamos que não cabe ao legislador elaborar livremente leis de cunho criminal, apenas pelo fato de ser uma conduta indesejada. Mormente para aquelas condutas onde não há concretamente um perigo e para aquelas que, na verdade, refletem uma obrigação civil, pois se corre o risco de ferir frontalmente princípios basilares do Direito Penal e garantias fundamentais dos indivíduos⁸.

Utilizaremos como base teórica, para o presente trabalho, as contribuições dadas para a literatura criminológica por autores como Zaffaroni, Baratta, Hassemer, Sánchez, Roxin. Principalmente, tomamos como base a análise feita por Jesús-María Silva Sánchez a respeito da expansão do Direito penal e as suas causas. Também utilizaremos autores brasileiros como Salo de Carvalho, Rodrigo Griringhelli de Azevedo e David Fonseca que dão suas contribuições, pois analisam com maior profundidade a realidade brasileira ao expor as ideias.

Para organizar essa crítica, no primeiro capítulo será apresentado o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, desde a sua redação originária até a sua última alteração ocorrida em 2012, bem como, a apresentação de algumas polêmicas envolvendo o referido artigo.

No capítulo II, trabalharemos alguns aspectos dessa política regulatória extremamente intervencionista, especialmente no que tange a interferência do Direito Penal em outros ramos de cunho político, pois tal fato merece uma reflexão sobre seus propósitos e sua eficácia. Demonstraremos detalhadamente algumas das causas mais importantes que ocasionam a hipertrofia do Direito Penal na sociedade brasileira, utilizando-nos sempre do delito de embriaguez como exemplo acerca do modo como essas causas acontecem na prática.

A ideia difundida na sociedade de que “quanto mais punição menos acidentes” constitui-se uma falácia de que o Direito Penal pode servir de instrumento eficaz de pedagogia político-social⁹, a qual será rebatida aqui. Essa situação é agravada quando se observa a “administrativização do Direito Penal”¹⁰, onde os limites entre as esferas administrativa e penal se confundem, de modo que criam-se sanções penais para o cumprimento de meras obrigações administrativas, o que defendemos ser um grande absurdo, seguindo o entendimento de Zaffaroni sobre esse ponto.

⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociologia e Justiça Penal. Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. 1ª Edição (p. 156) e FONSECA, Davi S. e outros. Ambivalência, Contradição e Volatilidade no Sistema Penal. Leituras contemporâneas da sociologia da punição. Belo Horizonte: 2012. Editora UFMG. (p. 299)

⁸ BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal Mínimo. Para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da Lei Penal. Doctrina Penal. Teoría e Práctica em las Ciências penales. Buenos Aires, n. 87, pp. 623-650, ano 10. (p. 625)

⁹ FONSECA op. cit. (p. 297/298)

¹⁰ ZAFFARONI Eugenio Raul et al. Direito Penal Brasileiro I. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 3ª Edição (p. 50)

Outrossim, concordamos quando Azevedo assevera com propriedade que as práticas estatais severas, nesse contexto de crescente hipertrofia do Direito Penal, prestam-se muito mais como uma resposta imediata aos medos e anseios da sociedade e como uma forma de manutenção de suas instituições, do que de intimidação para a sociedade, como meio de desestímulo à prática de delitos¹¹. Logo, essa alteração na norma não se mostra adequada a solucionar problema tão complexo e por outro lado, ainda cria outros problemas indesejáveis.

Com efeito, em razão dos efeitos gerados, será sustentado que a lógica punitiva do direito penal seja menos utilizada do que é hoje, uma vez que não será extinta por completo¹². Menos utilizada, pois do contrário os princípios basilares da esfera criminal como o da legalidade, da intervenção mínima e da ofensividade, serão violados, a tal ponto que o Direito Penal se afastará de sua função de controle e limite do emprego da força pelo Estado para se converter em instrumento simbólico contra a criminalidade¹³. Outra proposta, como consequência dessa pretensa inversão da lógica punitiva expansiva, sustentaremos que o delito de embriaguez ao volante deveria ser abolido, resistindo apenas a infração administrativa.

Por fim, ao invés de buscarmos apenas a mera punição, será proposta que para alcançar dados mais expressivos acerca da redução de acidentes em decorrência da ingestão de álcool pelos condutores, a promoção de uma mudança cultural de não mais dirigir após se ter ingerido bebidas alcoólicas é a medida que se mostra mais adequada. Para tanto, acreditamos que deveria haver estímulos externos para de fato ocorrer essa alteração de hábitos. No caso em comento, esses estímulos se traduziriam em grandes melhorias na mobilidade urbana, principalmente na prestação de serviço de transporte público, dando aos indivíduos a opção de não utilizarem seus carros para se locomoverem.

¹¹ AZEVEDO op. cit. (p. 158) e FONSECA op. cit. (p. 315)

¹² BARATTA op. cit. (p. 623)

¹³ AZEVEDO op. cit. (p.168)

Capítulo I: Entendendo a norma e as polêmicas envolvidas

Nesse capítulo estudaremos a norma desde a sua redação original até a sua última redação vigente desde o final de dezembro de 2012. Ao longo dos anos, o legislador optou por alterar a classificação do delito de embriaguez ao volante passando de crime de perigo em concreto para de perigo em abstrato, tal alteração foi inclusive confirmada pela Jurisprudência do STF como será exposto a seguir. Em outras palavras, se antes era preciso comprovar o perigo na conduta inadequada ao dirigir, demonstrando uma incapacidade para o ato, depois, optou-se por punir a conduta de dirigir com qualquer quantidade de álcool no sangue.

Na hipótese de “tolerância zero”, percebemos a clara opção legislativa de antecipar a punição para o momento anterior não só ao do dano, mas também anterior à própria demonstração de um perigo evidente. Ademais, ao considerar que o elemento mais importante do delito é a ingestão de álcool e não o ato de dirigir de forma imprudente, em decorrência dos efeitos que determinadas substâncias podem causar, é como considerar que nesse caso existe uma relação de causalidade e não de uma de possibilidade ou correlação.

Além da alteração na classificação do referido crime, observaremos também, a seguir, que as sanções penais e administrativas aplicadas foram agravadas no decorrer do tempo. O próprio slogan da campanha da nova lei seca pretende trazer essa ideia de agravamento das penas na tentativa de intimidar os cidadãos e reforçando o caráter simbólico da norma.

O delito de embriaguez ao longo do tempo: mudança de crime de perigo em concreto para crime de perigo em abstrato

Nesta primeira parte do texto apresentaremos como foi o desenrolar do artigo 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro no tempo, bem como, apresentar algumas polêmicas relativas ao referido artigo. Desse modo, é preciso primeiramente conhecer o texto do artigo em análise antes de criticá-lo no próximo capítulo.

[Digite texto]

A Lei nº 9.507/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, teve como redação original o mencionado artigo, *in verbis*:

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

Como se observa na antiga redação do artigo 306, a lei originária¹⁴ tornou crime a condução de veículo em via pública de forma potencialmente danosa em decorrência da ingestão de álcool, a ser punível com as penas de detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão da habilitação ou proibição de se obter a permissão¹⁵. A comprovação da prática do delito poderia se dar por meio de prova testemunhal, exame clínico ou outros meios de prova, logo, ao analisarmos o elemento central do tipo, percebemos que a sua classificação era de crime de perigo concreto.

Por oportuno, destaca-se uma definição de fácil compreensão acerca do que são os delitos de perigo e suas duas modalidades, *litteris*:

Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente. O perigo nesses crimes, pode ser *concreto* ou *abstrato*. **Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido.** O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. **O perigo abstrato é presumido *juris et jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.**¹⁶ (grifos nossos)

Pelo exposto, confirmamos que de fato o delito de embriaguez ao volante em sua redação original tratava-se de um crime de perigo concreto. Nessa hipótese, portanto, havia a necessidade de se comprovar que o motorista conduzia o veículo de modo potencialmente danoso em via pública, como exemplo, dirigir em zigue zague ou pela contramão ou de qualquer outra forma imprudente. Assim, deveria restar comprovado que o

¹⁴ Lei nº 9.507/1997, a qual instituiu o Código de Trânsito Brasileiro.

¹⁵ Cabe aqui uma breve observação sobre a permissão, que é a habilitação temporária. Como é cediço, após aprovado em todos os exames para retirada de carteira de motorista, primeiramente se concede a permissão para dirigir válida por um ano, sem que se possa cometer nenhuma falta grave, sob pena de perder a permissão. Somente após esse período é concedida a habilitação definitiva, válida por cinco anos, renováveis por mais cinco e assim sucessivamente, a teor do art. 148, do Código de Trânsito Brasileiro.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral -volume 1. São Paulo: Saraiva, 2009. 14ª Edição. (p. 224)

motorista não detinha o domínio suficiente sobre si para conseguir dirigir com relativa segurança, consoante o que se entende por direção defensiva¹⁷.

Posteriormente, em 2008, adveio a Lei n.º **11.705**, convencionalmente chamada de “lei seca”, a qual criou dois critérios específicos e cumulativos para configuração deste delito de trânsito, quais sejam: 1) a comprovação da ingestão de bebida alcoólica através de exame de sangue ou pelo etilômetro¹⁸; e mais 2) a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. ([Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008](#))

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.

Nitidamente, com a criação desse novo critério observa-se a mudança de foco com essa alteração na norma. Isso porque, se antes o elemento central do tipo era a condução perigosa em decorrência dos efeitos gerados pelo álcool, depois passou a ser a mera comprovação da ingestão de álcool igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue.

Nesse ínterim, surgiram várias polêmicas no espaço público, pois como havia a condicionante de se comprovar tal delito por meio de exames, se acaso a pessoa se recusasse a fazer o teste do bafômetro, o crime não restaria configurado. Dessa forma, somente eram punidos penalmente aqueles que aceitassem realizar o teste do etilômetro¹⁹, os colaboradores. Em contrapartida, para todos aqueles que se recusassem a realizar o teste, devido à presunção de que consumiram bebidas alcoólicas, eram aplicadas as sanções relativas à infração administrativa, previstas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

Destaca-se que a mencionada recusa em realizar o teste do etilômetro é uma importante garantia fundamental, alicerçada no princípio da não auto-incriminação, o qual

¹⁷ Conforme Cartilha do DETRAN/PE o conceito de Direção Defensiva nada mais é do que “[...] dirigir de modo a evitar acidentes, apesar das ações incorretas dos outros e das condições adversas que encontramos nas vias de trânsito.” BRASIL, Detran/PE. Cartilha Direção Defensiva, disponível em: <http://www.detran.pe.gov.br/download/cartilha/Cartilha_DETRAN_Direcao_Defensiva.pdf>; acessado em 05/03/2013. (p.2)

¹⁸ O teste de etilômetro é mais conhecido como teste do bafômetro.

¹⁹ SILVA, Viviane Alves Santos. Artigo 306, do CTB – “Embriaguez ao volante”- A punição do colaborador. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: n.39 - jan/mar 2011 (p. 134)

está previsto no artigo 8º, II, g do Pacto de San José da Costa Rica²⁰, bem como, no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal de 1988²¹.

Salienta-se, que foi amplamente divulgada pela mídia os inúmeros casos em que condutores se recusavam a fazer o exame (bafômetro)²², seguindo a inteligência do citado princípio que resguarda a todas as pessoas de não produzirem provas contra elas mesmas. Ademais, essas recusas, as quais impediam a aplicação de uma punição mais severa aos condutores, geraram fortes polêmicas e grande comoção popular acerca da ineficácia da norma e houve proposições de toda parte incentivando a alteração da norma.

Cabe destacar, ainda, que em 2011, para tentar sanar as polêmicas sobre o tema, estabeleceu-se um novo entendimento no Supremo Tribunal Federal, que passou a considerar em definitivo o delito descrito no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro como crime de perigo abstrato. Logo, apenas o fato de se comprovar a quantidade de álcool no organismo descrita na norma bastaria para configurar o crime, não sendo mais necessária a comprovação da incapacidade motora na direção do veículo. Vejamos o entendimento da Suprema Corte, com o seguinte acórdão:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente.

III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.

²⁰ O referido Pacto em seu art. 8º, II, g prevê que toda pessoa tem “direito a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/ano/and678-92.pdf>; acessado em 05/07/2013.

²¹ “Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;” BRASIL, Constituição Federal Brasileira disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>; acessado 22/04/2013.

²² MAGALHÃES, FÁBIO. Nova lei seca tem brechas que favorecem a impunidade dos condutores alcoolizados. JORNAL DE BRASÍLIA, disponível em:

<<http://www.jornaldebrasil.com.br/site/noticia.php?nova-lei-seca-tem-brechas-que-favorecem-a-impunidade-dos-condutores-alcoolizados&id=440763>>; acessado em 04/03/2013.

REVISTA JUS NAVIGANDI. Lei seca já não evita mortes e ainda gera impunidade <<http://jus.com.br/revista/texto/13100/lei-seca-ja-nao-evita-mortes-e-ainda-gera-impunidade>>; acessado em 05/07/2013.

Sítio eletrônico da OAB/RJ. STJ esvazia punição criminal para embriagados ao volante <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/70695-STJ-esvazia-punicao-criminal-para-embriagados-ao-volante>>; acessado em 05/07/2013.

[Digite texto]

IV – Por opção legislativa, não se faz necessária prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.

V – Ordem denegada. (HC 109269, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 639-644 REVJMG v. 62, n. 198, 2011, p. 413-415)²³ (grifos nossos)

Como consequência desse entendimento, somado com apoio dos meios de comunicação, foi esquecido que nesses casos sequer há periculosidade concreta, tendo sido apenas reforçado na sociedade que o mero perigo em abstrato deve ser combatido fortemente, mesmo sem causar danos de fato, ou mesmo, sem ser preciso a comprovação do risco.

A fim de esclarecer mais alguns aspectos acerca do conceito de delitos de perigo em abstrato, as lições de Hassemer:

Este alivio se ha intentado buscar por medio de los delitos de peligro abstracto, los cuales en los ámbitos aquí tratados han eliminado prácticamente los clásicos delitos de resultado. Encubren la ausencia de fuerza fáctica del Derecho penal para proteger bienes jurídicos, al suprimir el vínculo entre comportamiento criminalizado y lesión de bien jurídico. El injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma, sino que es solo un elemento de evaluación en la promulgación de la norma. En segundo lugar, los delitos de peligro abstracto facilitan la cuestión a efectos preventivos, siempre molesta de la atribución²⁴. (grifos nossos)

Na mesma linha do autor supracitado, entende-se que em relação aos delitos de perigo abstrato há uma ausência de força fáctica do direito penal. Nesses crimes, nem mesmo o risco de dano é comprovado, como acontece nos delitos de perigo concreto, ou seja, a sua real periculosidade é altamente questionável²⁵.

É visível que não foram levantadas nem pela mídia, nem nos espaços públicos, como as audiências públicas, questões como essa que levem a sociedade a refletir que na realidade nenhum dano efetivo é ocasionado. Com essa alteração na lei, apenas foi fomentada a sensação de insegurança na população, convencendo muitas pessoas a acreditar na eficácia dessa norma. Outrossim, a maioria dos debates travados giraram em torno da presunção de inocência e o princípio da não auto-incriminação e tinham como conclusão que

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

²⁴ HASSEMER, op. cit. (p. 33)

²⁵ idem (p. 34) e FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (p.440)

a lei seca permitia uma suposta impunidade²⁶. Em consequência, em 21.12.2013, foi sancionada a norma ora guerreada, qual seja, a **Lei n.º 12.760/2012**, que possui a seguinte redação:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: [\(Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

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: [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

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 [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

Com a mais recente alteração da lei, se mantém o entendimento de que o delito do art. 306 é de perigo em abstrato. Ademais, a norma está muito mais rígida, pois, em primeiro lugar, a quantidade mínima foi reduzida e, em segundo, a legislação trouxe novas situações para se aferir o nível de alcoolemia²⁷, quais sejam: 1) bafômetro, 2) exame de sangue, 3) exame clínico, 4) perícia, 5) vídeo e 6) prova testemunhal.

Destaca-se que o delito do art. 306, além das demais penas cumuladas, tem como sanção de detenção, pelo período de seis meses a três anos. Com base no artigo 43, parágrafo 2º, alínea *c*, do Código Penal Brasileiro, conclui-se que o regime inicial de cumprimento de pena é o aberto, *in verbis*:

Art. 43 § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso
[...]

²⁶JOBIM, Jorge André Irion. Lei seca e presunção de inocência. Inconstitucionalidades. NETSABER, disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_15325/artigo_sobre_lei_seca_x_presun%C3%87%C3%83o_de_inoc%C3%8Ancia_inconstitucionalidades>; acessado 22/03/2013.
BRASIL, Ministério Público do Estado de Goiás. A presunção da inocência e a lei seca. Revista eletrônica, disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/a_presuncao_da_inocencia_e_a_lei_seca.pdf >; acessado em 15/04/2013.
SCHLICKMANN, David. A lei seca e o conflito entre princípios. Conteúdo Jurídico, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-seca-e-o-conflito-entre-principios,37748.html>>; acessado em 15/04/2013.

²⁷Alcoolemia consiste na quantidade de álcool contida no sangue.

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (grifos nossos)

Salienta-se, ainda, que as penas em regime aberto são cumpridas em casa de albergado, ou seja, o apenado tem autorização para trabalhar durante o dia, mas retorna ao albergue, recolhendo-se ali à noite, inclusive, nos final de semana.

Entretanto, em casos de crimes com pena máxima inferior a 4 anos, há a possibilidade de ser substituída a privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o sentenciado fica em casa e não sofre privação de liberdade; contudo, é obrigado a cumprir certas condições, como prestar serviços à comunidade ou pagar uma prestação pecuniária, a teor do artigo 44 do Código Penal.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

[...]

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Na prática, por ora, a pena privativa de liberdade no caso do artigo 306 tem se mostrado como a exceção, pelo número de réus primários que conseguem a substituição da pena. Ainda assim, não concordamos com a criminalização de delitos de perigo em abstrato, tão pouco se concorda com a aplicação da pena privativa de liberdade.

A relação entre a conduta de dirigir embriagado e número de acidentes no trânsito: correlação ou causalidade?

O presente texto não tem a pretensão de convencer o leitor se é ética ou não, certa ou não a conduta de dirigir após a ingestão de álcool. O que se sabe é que bebidas alcoólicas podem alterar a capacidade motora, alterar a capacidade de discernimento, reduzir

[Digite texto]

a sensibilidade visual, reduzir a inibição, reduzir os reflexos²⁸, enquanto se estiver sob efeito das mesmas. No entanto, há um grande desconhecimento do real nível de afetação do álcool em cada indivíduo particularizado, sabemos apenas que cada indivíduo reage de forma diferente.

Ressalta-se, que por estamos num campo de possibilidades, ou seja, pelo fato de a ingestão de álcool poder causar diversos efeitos em graus diferentes²⁹ podendo ou não ser mais um dentre outros fatores de risco, é que afirmamos que nessa hipótese há uma relação de correlação e não de causalidade. Exemplificando, uma relação de causalidade ocorreria se toda a vez que um condutor previamente ingerisse bebidas alcoólicas, ao conduzir o seu veículo necessariamente aconteceria um acidente, o que na realidade não ocorre.

No mais, criticamos a solução encontrada pelas autoridades brasileiras para o problema, qual seja, o agravamento da conduta delitiva, pois além de não solucionar o problema, são criados outros efeitos indesejáveis. Dentre esses efeitos, citamos o excesso de ingerência estatal na liberdade dos indivíduos, os casos de arbitrariedades da autoridade fiscalizadora, a superlotação dos estabelecimentos prisionais, a sobrecarga na prestação jurisdicional diante de tantos novos casos e até mesmo a banalização do Direito Penal.

O slogan da campanha: "Dirigir alcoolizado é crime e pode dar cadeia"³⁰; também reflete um aspecto intimidador, altamente simbólico, por parte do Estado, pois associa ao imaginário de que não se deve cometer a conduta senão a pessoa será presa, e não que se deve alterar tal hábito. Ademais, esse slogan não reflete à realidade, pois a prisão em casos de crimes de trânsito tem sido exceção, conforme explicado anteriormente.

Com o fim de desmistificar alguns dados apontados pelo governo após a sanção da lei, vejamos a notícia sobre acidentes no carnaval veiculada no blog do Ministério de Justiça:

A Polícia Rodoviária Federal registrou queda nas estatísticas do Carnaval nos 70 mil quilômetros de rodovias federais brasileiras. Entre zero hora de sexta-feira (08/02) e meia noite de quarta-feira de Cinzas, a PRF computou queda de 18% no número de mortes, de 19% no total de feridos e de 10% no número de ocorrências. Em seis dias de operação, foram 3.149 acidentes, com 157 mortes e 1.793 feridos. Em 2012, a PRF contabilizou 3.499 acidentes, com 192 mortes e 2.207 feridos.

No cruzamento com a frota de veículos, outro índice utilizado pela PRF para medir a curva da violência nas rodovias federais, a queda é ainda mais expressiva: menos

²⁸CISA, Centro de Informações sobre saúde e álcool. **Efeitos do álcool**, disponível em: <http://www.cisa.org.br/categoria.html?FhIdTexto=5e5d3286ca390f56ddd9e79d26407f59>; acessado em 04/03/2013.

²⁹idem. No mesmo sítio eletrônico há dados que relacionam a quantidade de bebida ingerida e alguns possíveis efeitos causados, de modo que se pode concluir que quanto maior a ingestão de álcool, mais efeitos danosos serão causados ao organismo da pessoa.

³⁰Segundo informações do DEPARTAMENTO DE POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL (DPRF). Conhecendo a "Lei Seca", disponível em <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/LeiSeca.faces>>.

[Digite texto]

24% mortes. Também há queda de 25% no total de feridos e de 17% no total de acidentes. Neste cruzamento, foi registrada a maior redução da taxa de acidentes por frota nos últimos 10 anos³¹.

Foi a menor taxa de acidentes em 10 anos, mas os dados absolutos não são tão expressivos assim, quanto são os mesmos dados em porcentagem. Sustentamos, ainda, haver uma imprecisão nos dados apresentados, pois não se pode associar exclusivamente a nova lei com redução desses acidentes. Isso porque há uma série de fatores que não estão sendo considerados. 1) não se sabe a quantidade de veículos que circulou é a mesma; 2) não se levou em conta que viajar de avião é mais cômodo e hoje em dia é muito mais acessível; 3) não se sabe o nível de imprudência no dirigir dos motoristas; 4) não foram consideradas as condições climáticas dos locais analisados; 5) tão pouco levou-se em consideração as condições das estradas, dentre outras condições adversas³².

Apesar de se saber que o álcool pode afetar mais ou menos a capacidade motora das pessoas, a premissa levantada pelo Ministério da Justiça é questionável, pois os dois fatores; álcool e direção, não dão causa necessariamente aos acidentes analisados. Em outras palavras, esses dois fatores não tem relação de *causalidade*, mas sim de *correlação*. Desse modo, haveria de se considerar outros fatores³³ de acordo com os casos concretos, para se chegar a uma conclusão mais precisa estatisticamente falando de modo a comprovar essa afirmação o álcool é o fator determinante.

Assim, seria preciso realizar um levantamento mais concreto e preciso para ao menos conferir mais coerência na justificativa dessa política tão extremista adotada. Isso porque o Direito Penal não deve estar desassociado dos dados sociais, se não a norma está fadada ao completo insucesso, conforme, bem expõe Zaffaroni sobre como deve se pautar o direito penal, reforçando ideias já expostas neste trabalho:

[...] construir o direito penal sem levar em consideração o comportamento real das pessoas, suas motivações, sua inserção social, suas relações de poder etc., e como isso é impossível o resultado não é um direito penal desprovido de dados sociais, mas sim construído sobre dados sociais falsos. O penalismo termina por criar uma sociologia falsa, com **uma realidade social alheia inclusive à experiência cotidiana, uma sociedade que funciona e pessoas que se comportam como não o**

³¹ BRASIL, Ministério da Justiça. Índice de mortes no trânsito durante o Carnaval é o menor em dez anos. Blog do Ministério da Justiça, disponível em: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/lei-seca/>>

GLOBO – G1. Nova lei seca não diminui o número de motoristas dirigindo alcoolizados, disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/01/nova-lei-seca-nao-diminui-o-numero-de-motoristas-dirigindo-alcoolizados.html>>.

³² Mais informações sobre condições adversas, além das citadas, se encontram na Cartilha do Detran/PE acerca do tema direção defensiva. <http://www.detran.pe.gov.br/download/cartilha/Cartilha_DETTRAN_Direcao_Defensiva.pdf>; acessado em 05/03/2013.

³³ Condições do tempo, condições do veículo, coordenação motora do motorista, deficiência visual do motorista, dentre outros fatores, também estão relacionados como causas de acidentes.

fazem nem poderiam fazê-lo, para acabar criando discursivamente um poder que não exerce e nem poderia exercer³⁴.(grifos nossos)

O Direito Penal não deveria se afastar da realidade, como ocorreu com a referida lei. A experiência cotidiana em relação ao delito do artigo 306, tem se mostrado contrária aos valores culturais da população³⁵, além de ter estabelecido um critério desproporcional. Afirmamos que o critério da norma atual, “tolerância zero”, é desproporcional, pois conforme noticiado na mídia, temos diversas repercussões dessa lei um tanto quanto bizarros: “Bafômetro acusa bombom de licor e homeopatia”³⁶, “Padres temem lei seca após celebrar missa”³⁷, Deficiente é multada em blitz por não conseguir fazer o teste do bafômetro³⁸.

Será que é para isso que a lei se presta? O simples fato de se ter ingerido alguns bombons de licor, deve ser aplicada a pena de prisão ou mesmo as sanções administrativas? A partir de quando casos como os citados se tornaram de grande relevância para assegurar a defesa social?

Quando não atingida a finalidade da norma penal, o caráter simbólico fica evidenciado e a solução para acabar com esses novos dilemas e paradoxos é justamente fazer o caminho ao contrário do que o legislador pátrio fez, logo, se deve extinguir essa norma criminalizadora e buscar outras formas para amenizar o problema dos acidentes.

Trazendo para o caso concreto, considerando que a ingestão de álcool altera em menor ou maior grau a capacidade motora das pessoas, o ideal seria que essas não dirigissem, ou seja, há aqui um objetivo de alteração de postura de determinado grupo social. Todavia, também entendemos que a reação punitiva desta norma em discussão extrapola sua finalidade e acaba por suprimir mais a liberdade dos cidadãos do que os protege efetivamente dos acidentes.

³⁴ ZAFFARONI op. cit. (p. 65/66)

³⁵ ANTIDROGAS. Notícias. Operação Lei Seca flagra 786 motoristas sob o efeito de álcool no Rio, disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/mostranoticia.php?c=6315&msg=Opera%E7%E3o%20Lei%20Seca%20flagra%20786%20motoristas%20sob%20o%20efeito%20de%20E1lcool%20no%20Rio>>.

VEJA. Lei seca mais rígida faz crescer número de motoristas presos, disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lei-seca-mais-rigida-faz-crescer-no-de-motoristas-presos>>.

³⁶G1 – PARANÁ. Bafômetro acusa embriaguez para bombom de licor e homeopatia, disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/01/bafometro-acusa-embriaguez-para-bombom-de-licor-e-homeopatia.html>>; acessado 05/03/2013.

³⁷ G1 – PARANÁ. Padre temem sofrer sanções da lei seca após celebrar missas no Paraná, disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/01/padres-temem-sofrer-sancoes-da-lei-seca-apos-celebrar-missas-no-parana.html>>; acessado 05/03/2013.

³⁸ HOERTEL, Roberta. **Laudo médico pode ajudar deficiente em ação contra município**. EXTRA, disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/laudo-medico-pode-ajudar-deficiente-em-acao-contra-municipio-4534957.html>>; acessado em 22/04/2013.

[Digite texto]

[Digite texto]

Capítulo II: A expansão do direito penal na realidade brasileira

O sistema penal³⁹ é entendido como um conjunto de agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção. Entende-se por criminalização primária como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. Já a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas” a qual é realizada pelas agências policiais quando algum indivíduo pratica o ato criminalizado primariamente⁴⁰. Aqui trabalharemos apenas com o processo de criminalização primária no âmbito do processo legislativo penal brasileiro.

Idealmente, o Direito Penal deveria ser a medida extrema de controle social, visando proteger os bens jurídicos mais relevantes da sociedade. No entanto, na sociedade contemporânea temos frequentemente visto que a utilização do discurso punitivo cada vez mais aumenta nos discursos de emergência.

Por ser de grande relevância para o debate acerca do delito de embriaguez ao volante, neste capítulo, estudaremos o fenômeno da expansão do Direito Penal⁴¹, no Brasil, bem como, suas principais causas e efeitos na população. Consideramos que o processo de elaboração da Lei 12.760/2012, a nova lei seca, não foi diferente, também é fruto dessa crescente hipertrofia da esfera penal, de modo que o delito de embriaguez ao volante é um ótimo exemplo para enxergarmos na prática as causas desse fenômeno, bem como, os seus efeitos⁴².

Expansão do Direito Penal

A mencionada expansão ou hipertrofia do Direito Penal, em breve síntese, consiste na criação de vários novos tipos penais e no agravamento das penas relativas aos delitos já existentes na legislação vigente, aumentando a esfera de atuação desse ramo do Direito. O grande objetivo é legitimar a interferência regulatória do Estado para coibir

³⁹ Mais detalhes em: ZAFFARONI op. cit. (p.60)

⁴⁰ idem (p. 43)

⁴¹ FONSECA op. cit. (p. 319/320)

⁴² idem (p. 325)

condutas indesejáveis⁴³. Para entender melhor o tema, as lições de Rodrigo Griringhelli de Azevedo que se seguem, *in verbis*:

A hipertrofia do direito penal não é um fenômeno novo, nem mesmo isolado, mas acompanha a evolução da intervenção estatal na regulação social. **Essa tendência já se fez sentir com a entrada em cena da Escola Positiva, quando se passou a utilizar as medidas de segurança de duração ilimitadas para utilizar a ‘defesa social’, legitimando uma ampliação da interferência do Estado para coibir comportamentos considerados indesejáveis.** Todavia, essa tendência se agudiza diante do processo de globalização e de desconstrução ao do modelo do *welfare state*.⁴⁴ (grifos nossos)

Resumindo o conceito de hipertrofia e dando um panorama que reflete a realidade brasileira, o posicionamento de Salo de Carvalho do qual compartilhamos:

O atual processo de ampliação normativa, deflagrado em grande parte pelos discursos de emergência, gera espécie de ‘panoptismo legal’, ou seja, o alargamento brutal das possibilidades de incidência da lei penal nas condutas sociais. No momento em que desvios sociais passam a ser tipificados, independentemente da lesão ou perigo concreto ao bem jurídico, e qualquer conduta pode ser arbitrariamente considerada delitiva, é definido um modelo de controle administrativizado com incidência desigual nos diversos estratos sociais e sem os vínculos à lei característicos do direito e do processo penal. Portanto, *a inflação penal, efetivamente, provocou a regressão do nosso sistema punitivo a uma situação não diversa daquela pré-moderna*⁴⁵.

No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin negar que a tal explicación pueda asistirle parte de razón, creo que sería ingenuo ubicar las causas del fenómeno de modo exclusivo en la superestructura jurídico-política, en la instancia “estatal”⁴⁶

Complementando as ideias supramencionadas, Azevedo aduz que frente às novas racionalidades instauradas pelo fenômeno da globalizada hipertrofia do controle penal são instaurados novos dilemas e paradoxos⁴⁷ sem que se encontre solução para esses. Como exemplo na realidade brasileira de dilemas e paradoxos, podemos citar a criminalização de infrações de caráter administrativo. Considera-se esse exemplo um paradoxo, pelo fato do Direito Penal tem como princípio fundamental o da intervenção mínima⁴⁸, o qual aduz que

⁴³ AZEVEDO op. cit. (p. 158)

⁴⁴ idem (p. 156/157)

⁴⁵ CARVALHO op. cit (p. 81/82)

⁴⁶ SANCHEZ op. cit. (p. 21)

⁴⁷ AZEVEDO op. cit. (p. 156)

⁴⁸ O mencionado princípio também é amplamente conhecido como *ultima ratio*, ou seja, a medida extrema que deve ser usada depois de esgotadas as demais formas de se proteger os bens jurídicos.

[Digite texto]

quando houver outras formas de sanção ou outros meios de controle social suficientes para a tutela de determinado bem, sua criminalização é “inadequada e não recomendável”⁴⁹.

No tocante a essa matéria, Sánchez expõe com propriedade elencando 10 causas responsáveis pela crescente hipertrofia da esfera penal. Entender essas causas serão muito úteis ao debate, no entanto, destacaremos apenas as causas que consideramos mais importantes: 1) o surgimento de novos bens jurídicos; 2) a sensação social de insegurança; 3) uma sociedade de sujeitos passivos; 4) o descrédito nas outras instâncias paralelas ao Direito Penal e a incorporação do discurso punitivo por todos os setores do espectro político; e 5) o “gerencialismo” além de configurarem causas de inflação de tipos penais, configuram as como motivações do legislador ao elaborar a lei ora discutida.

O surgimento de novos bens jurídicos

Acerca do surgimento de novos bens jurídicos, entende-se como aqueles “considerados socialmente relevantes para a obtenção de tutela penal”⁵⁰. Assim, o legislador deve criar um critério para a escolha, que seja “socialmente relevante”, ou seja, deve haver um mínimo consenso na população que legitime essa escolha, bem como, há a necessidade de haver conformação da norma com a Constituição Federal. Ainda sobre a definição de bem jurídicos as lições de Ferrajoli:

La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho Penal⁵¹.

Dirigir após a ingestão de qualquer quantidade de álcool, ainda que sem causar danos efetivos a outrem, foi inserido como novo bem jurídico penal com o advento do Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 306⁵². Na realidade brasileira percebemos que

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral - volume 1. São Paulo: Saraiva, 2009. 14ª Edição (p. 13)

⁵⁰ AZEVEDO op. cit. (p. 157)

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica: 1992, ano 4, nº 5, disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf> (p. 1)

⁵² BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro. Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: ([Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012](#))

falta um critério mais exigente na escolha desses novos bens, configurando uma das grandes causas que gera a hipertrofia. Em outros termos, concordamos com o entendimento de que a falta de critério para se definir quais bens são realmente relevantes para a esfera criminal. Como consequência, observamos na realidade brasileira uma inflação de tipos penais.

Por oportuno, Hassemer nos traz a reflexão de como deveria ser feito esse critério de escolha dos bens jurídicos, para que o controle criminal cumpra com a função a que se propõe:

La primera respuesta, la más antigua y simple a la pregunta de cuándo cumple el Derecho penal su función preventiva sería: cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger. Esta respuesta sería suficiente si pudiésemos partir del concepto de bien jurídico y si supiésemos lo que es una (verdadera) protección de bienes jurídicos. Debido a que ello constituye una dificultad existe el Derecho penal simbólico⁵³.

Sánchez sintetiza bem a questão ao afirmar que são várias as causas da provável existência de novos bens jurídicos penais, como, por exemplo, o surgimento de novas realidades antes inexistentes e a nova valoração que se dá a determinados bens.

Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de *nuevas realidades* que antes no existían - o no con la misma incidencia-, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de *realidades tradicionalmente abundantes* y que en nuestros días empiezan a manifestarse como '*bienes escasos*', atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente⁵⁴

No processo de escolha do bem jurídico tutelado penalmente e na elaboração da norma, é evidente que a mídia exerce uma forte influência. Isso porque, como é cediço, a mídia contribui, positivamente ou negativamente⁵⁵, no modo de pensar dos indivíduos, inclusive das autoridades brasileiras.

Sobre a temática dos efeitos que a mídia exerce, Wacquant assevera que jornalistas juntamente com políticos são porta-vozes dos interesses dos dominantes⁵⁶,

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.

⁵³ HASSEMER op. cit. (p. 4)

⁵⁴ SANCHÉZ, Jesús-María Silva. La expansión del Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1999 (p. 25)

⁵⁵ Consideramos uma contribuição positiva da mídia quando traz informações seguras e ensinam algo aos cidadãos. Em contrapartida, a contribuição negativa é aquela permeada de sentimentalismo com ou falsas informações que não estimulando o senso crítico das pessoas.

⁵⁶ WACQUANT, Loic. A aberração carcerária à moda francesa. Revista de Ciências Sociais: 2004, vol. 47, nº 2, disponível em:

<<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=1169>> (p. 2)

mantendo a lógica de mercado. Em consonância com o posicionamento do autor, observa-se que a grande repercussão midiática acerca de temas polêmicos que envolvem crimes pode ter um efeito nefasto no direcionamento da atuação legislativa⁵⁷. Isso ocorre quando os meios de comunicação extrapolam o âmbito da mera informação dos fatos para promover sensacionalismos ao tratar sobre temas polêmicos e, assim, acabam por convencer as pessoas sobre determinado assunto pela sensibilidade e não pelo racional. Nesse diapasão, Paiva ensina:

O fato das abordagens da imprensa se vincularem, quase sempre, ao medo [...] contribuiu, evidentemente, para a identificação da experiência cotidiana das pessoas com o sofrimento das vítimas, mesmo aquelas com probabilidade estatisticamente irrelevante de vitimização^{58,59}.

Uma bela ilustração da supramencionada abordagem midiática carregada de cunho emocional, é trecho do discurso do atual Ministro da Justiça, em reportagem sobre os dados de acidentes no trânsito durante o carnaval desse ano:

Eu penso que hoje menos famílias choram a perda de entes queridos. E isso é um resultado fantástico. É uma vitória da sociedade brasileira, do Congresso Nacional quando aprovou a mudança da Lei Seca, dos órgãos de imprensa. Portanto, uma vitória do país, que deve ser comemorada, mas não deve ser esquecida. Daqui pra frente, a fiscalização continua e nós continuaremos agindo com rigor, como também buscaremos utilizar os mecanismos necessários para conscientizar as pessoas em relação ao perigo que é ‘beber e dirigir’, afirmou o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo em entrevista após a coletiva de imprensa⁶⁰.

A sensação social de insegurança

Ressalta-se, aqui, que a sensação social de insegurança é fruto da “dificuldade de adaptação a sociedades em processo contínua e acelerada mudança”⁶¹ repleta de informações e com poucas certezas. Ademais, AZEVEDO assevera que essa sensação é amplamente estimulada pela mídia sensacionalista:

⁵⁷ PAIVA op. cit. (p. 101)

⁵⁸ Nesse contexto, entende-se por vitimização o exercício de poder violento ou encoberto sobre outra pessoa. ZAFFARONI op. cit. (p.53/54).

⁵⁹ PAIVA op. cit. (p. 100)

⁶⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Blog do Ministério da Justiça. Índice de mortes no trânsito durante o carnaval é o menor em dez anos, disponível em: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/lei-seca/>>.

⁶¹ AZEVEDO op. cit. (pp. 161/162)

[Digite texto]

Um tal sentimento coletivo decorre, entre outros fatores, da dificuldade de adaptação a sociedades em processo de contínua e acelerada mudança, com a cada vez maior perda de domínio do curso dos acontecimentos, da dificuldade de lidar com uma verdadeira avalanche de informações, muitas vezes contraditórias e não integráveis em um contexto significativo que proporcione alguma certeza. O resultado é uma crescente desorientação pessoal. Nesse contexto, é razoável sustentar que a vivência subjetiva dos riscos é superior a própria existência objetiva dos mesmos, embora não se possa negar que ambas as variáveis tem um vetor positivo nas sociedades urbano-industriais contemporâneas.⁶²

Jesús-María Sánchez entende que esse sentimento é comum das sociedades pós-industriais diante das mais diversas e complexas situações cotidianas as quais trazem como consequência a ansiedade, dúvidas, inseguranças, por faltar critérios acerca do que se pode confiar. Os meios de comunicação. Por sua vez, exercem grande influência na formação de opiniões, trazendo ao debate diversos temas polêmicos de interesse social. Os seguintes trechos explicam o posicionamento do autor a respeito do tema:

De cualquier manera, más importante que tales aspectos objetivos es seguramente la dimensión subjetiva de dicho modelo de configuración social. Desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la “inseguridad sentida” (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. Es cierto, desde luego, que los “nuevos riesgos” - tecnológicos y no tecnológicos - existen. Pero asimismo lo es que la propia diversidad y complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, con la existencia de una sobreinformación a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en qué no, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad⁶³.

Acerca da definição de risco Karam ensina que pode ser entendido não apenas como um resultado possível da ação, positivo ou negativo, mas sempre negativo. Essa visão negativa vem como uma ameaça, a colocar no centro das preocupações a busca por ideal de segurança⁶⁴.

Para aprender mais acerca da temática da sociedade de risco, resultado da sensação de insegurança instaurada, as lições de Hassemer:

Aparece como rasgo de una (sociedad de riesgo) moderna que no puede aceptar sus peligros o (riesgos de modernización), sino que necesita de un (vinculo causal y con ello al mismo tiempo de una responsabilidad jurídica y social). Las así creadas y en su concreción experimentadas responsabilidades, los intereses de minimizar la inseguridad de una (sociedad de riesgo) y de dirigir los procesos

⁶² AZEVEDO op. cit. (p. 162)

⁶³ SANCHÉZ op. cit. (p. 32)

⁶⁴ KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (p. 24)

complejos, han afectado no solo a la política criminal sino asimismo a la teoría penal y a la doctrina del bien jurídico⁶⁵.

Uma sociedade com sujeitos passivos

Para Jesús-María Sánchez a sociedade do Estado de bem-estar se configura cada vez mais como uma sociedade de pessoas mais passivas, e no Brasil, marcado em sua história por regimes autoritários, não foi diferente.

José Murilo de Carvalho nos explica que a história político-social brasileira, foi fortemente marcada por regimes autoritários que suprimiam os direitos políticos e tratavam os direitos sociais e civis⁶⁶ como benefícios e não como direitos. Desse modo, os direitos dos cidadãos eram concedidos conforme a conveniência política dos governos,

Diante de tais fatos, estabeleceu-se no Brasil uma relação de forte dependência da população perante o Estado⁶⁷. É o que o autor chama de *estadania*, que seria o Estado provendo, em detrimento da cidadania que seria o pleno gozo dos direitos políticos, civis e sociais⁶⁸.

Por essa razão que frente a dilemas sociais, como o “grande número de acidentes e mortes no trânsito”, que causa enorme comoção popular, a sociedade brasileira cria uma expectativa de ver os governos resolverem esses problemas, legitimando uma ampliação de interferência estatal nas liberdades individuais inerentes aos cidadãos⁶⁹. Como se sabe, uma das formas de ingerência estatal se dá pela regulação, ou seja, com a criação de novas leis sobre diversos temas.

O descrédito nas outras instâncias paralelas ao direito penal e a incorporação do discurso punitivo por outros setores do espectro político

⁶⁵ HASSEMER op. cit. (p. 10)

⁶⁶ Cabe aqui explicar melhor as conclusões de José Murilo de Carvalho. No Brasil, no período dos regimes autoritários, ao mesmo tempo em que eram suprimidos os direitos políticos, os direitos sociais eram concedidos aos cidadãos. Em ordem inversa ocorreu na Inglaterra, onde os direitos sociais foram conquistados em consequência do exercício dos direitos políticos. Para saber mais. CARVALHO, José Murilo de. **O longo caminho da cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: 2012. Editora Civilização Brasileira. 15ª Edição (pp. 219/229)

⁶⁷ idem (p.222/223)

⁶⁸ idem (p.224)

⁶⁹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. **A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009. (p. 23) e SANCHÉZ (pp. 45 /46)

Dando sequência às causas da hipertrofia, no tocante ao descrédito nas outras instâncias paralelas ao direito penal⁷⁰, essa ideia se mostra diretamente ligada à incorporação do discurso punitivo por todos os setores do espectro político⁷¹. Enquanto que o descrédito nas outras instâncias, Direito Civil, Ética Social e Direito Administrativo se traduz no desprestígio das mesmas⁷², a incorporação do discurso punitivo nada mais é do que a utilização desarcerbada do Direito Penal como instrumento pretensamente eficaz para coibir condutas desviantes, ainda que sejam condutas de mero perigo⁷³.

Esses dois fenômenos são responsáveis pela quebra da fronteira entre as esferas penal e administrativa, contribuindo, assim, para manutenção da política de hipertrofia legislativa.

Percebe-se, portanto, que o direito penal contemporâneo, devido ao processo de alta demanda criminalizadora, fruto do ingresso de novas formas de violação aos bens jurídicos (conflitos coletivos e transindividuais), padece de uma ‘elefantíase legislativa’ que resulta na perda dos limites substanciais entre ilícitos penais e administrativos.⁷⁴

A respeito dessa perda de limites entre os mencionados âmbitos do direito Zaffaroni dá o nome de “administrativização do Direito Penal”.

Existe um fenômeno relativamente recente [...] **a chamada administrativização do direito penal, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas** (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário, etc.), **o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção de dolo, vale-se de responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes**⁷⁵.

O fenômeno da administrativização do direito penal com sua lógica reducionista traz consigo outros problemas de modo que o Estado não tem se mostrado eficiente na resolução dos mesmos. Dentre alguns problemas imediatos pode-se citar a incapacidade de dar uma prestação jurisdicional eficiente e a superlotação dos presídios, sem contar a frequente supressão das garantias individuais que se revezam consoante o caso

⁷⁰ AZEVEDO op. cit. (p. 166)

⁷¹ AZEVEDO op. cit. (p. 167)

⁷² SANCHÉZ op. cit. (p. 61)

⁷³ SANCHÉZ op. cit. (p. 63)

⁷⁴ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. 3ª Edição (p. 81)

⁷⁵ ZAFFARONI op. cit. (p. 50)

concreto demande, todos esses exemplos contribuem para que a população perca a confiança na justiça⁷⁶.

No caso da norma em questão, restam violados não só a presunção de inocência, ao se tentar obrigar a realização do bafômetro, como há um cerceamento da liberdade de ir e vir. Ademais, princípios básicos do direito penal, que deveriam servir de apoio na escolha dos seus bens jurídicos, são violados nos processos legislativos de emergência.

Na hipótese em apreço, fica evidente, pois é punível um crime de perigo abstrato, ou seja, pelo simples fato de se ter ingerido uma pequena quantidade de álcool e ter dirigido, já está configurado o tipo penal, não importando a comprovação de que o motorista conduzia de forma indevida ou perigosa, como ocorria na redação original da lei.

O Gerencialismo

Em relação a última causa que escolhemos, o “Gerencialismo”, Jesús-María Sánchez⁷⁷ define como sendo um mecanismo de gestão eficiente de determinadas problemáticas, as quais não mantêm ligação com valores (como justiça e verdade) da esfera criminal. Exatamente o que ocorre no caso da mencionada norma. Logo, o Direito Penal ao seguir essa tendência de crescente intervenção regulatória estatal, acaba por abandonar sua característica de *ultima ratio*⁷⁸, mas ao contrário é amplamente utilizado para pretensamente combater problemas sociais.

O cerne do problema é que lei penal e principalmente a aplicação da pena privativa de liberdade não deveriam servir como resposta a muitos problemas sociais, como é feito hoje em dia⁷⁹, por serem remédios extremos. Nesse mesmo sentido, destacamos as lições de Ferrajoli que conclui brilhantemente que somente com uma redução da esfera de bens de relevância penal a um mínimo necessário poderá restabelecer a legitimidade e credibilidade do Direito Penal:

⁷⁶ AZEVEDO op. cit. (p. 157)

⁷⁷ SANCHEZ op. cit. (p.89/90)

⁷⁸ PAIVA op. cit. (pp.29/30)

⁷⁹ SANCHEZ op. cit. (p. 91)

[...] el principio de ofensividad personal, entendido en el sentido que aquí se ha explicado, tiene el valor de un criterio polivalente de minimización de las prohibiciones. Y equivale, por ello, a un principio de tendencial tolerancia social de la conducta desviada. Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos, o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas; evitando, obviamente, el conocido ‘engaño de las etiquetas’ consistentes en llamar ‘administrativas’ sanciones que son sustancialmente penales porque restringen la libertad personal. Sólo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al *mínimo necesario puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho Penal*⁸⁰.

Como se sabe, o Direito Penal tem o princípio da legalidade como basilar⁸¹, esse deveria significar uma garantia a todos os cidadãos frente ao poder do Estado. No entanto, diante do panorama descrito, de excessiva tipificação penal, sua validade resta aqui questionável, pois não ter critério na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados se configura como uma banalização que atenta frontalmente às garantias fundamentais do indivíduo⁸².

Se é o Estado que detém o privilégio de dizer, por meio da legalidade, o que é a racionalidade, a legitimação das normas penais a partir dessa racionalidade nada mais será do que a evidência decorrente de sua legalidade. Cai-se, assim, num círculo vicioso: legítimo é o que Estado declara como tal por meio da legalidade, que por sua vez é racional, porque o Estado a declara como legítima. A expressão do que todo real é racional e todo racional é real não está, portanto, distante de toda a argumentação jurídica que nos é destilada por nossa tradição doutrinária⁸³.

Diante dessa situação, verifica-se também que o Estado ao privilegiar a adoção dessas medidas arbitrárias sob o pretexto de defesa social acaba por prejudicar o seu papel *a priori* de assegurar direitos aos cidadãos.

A *distorcionante instrumentalização* (GOMES e BIANCHINI, 2002, p. 46) do direito penal está vinculada a vários fatores, podendo destacar-se, dentre eles, as influências políticas e da mídia. O Estado, ao reduzir a sua atuação na garantia dos direitos sociais, busca reforçar a sua legitimidade respondendo aos clamores sociais através da legislação penal, transformando a lei penal, de forma de intervenção subsidiária, na principal forma de combater aos problemas sociais, ou de ‘estabilização das expectativas’, como preferem os teóricos sistêmicos⁸⁴.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi, Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica: 1992, ano 4, nº 5, (p. 12), disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf>; acessado em 05/03/2013.

⁸¹ Não é à toa que está disposto no art. 5º da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal brasileiro, *literis*:

“Art. 5º XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

“Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

⁸² TAVARES, Juarez et al. Direito e Psicanálise. In: Os objetos simbólicos da proibição: O que se desvenda a partir da presunção de Evidência. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, v. 01, pp. 43-44. disponível em <http://www.juareztares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf>; acessado em 05/03/2013.

⁸³ *idem* (p. 46)

⁸⁴ AZEVEDO, op. cit. (pp. 156/157)

No mesmo sentido, Fonseca explana:

[...] essas novas criminologias também têm um lado *expressivo*, no qual **medos e ansiedades do público são canalizados em uma resposta dura contra o desvio, melhor entendida na expressão *pegar pesado contra o crime***. A *criminologia do outro* explicitamente transmite essa ideia, considerando a perigosa *subclasse* como um inimigo a ser domesticado ou eliminado. Os infratores, nesse sentido, são caracterizados como indivíduos perversos e desajustados que provocam apenas desordem e confusão em seu ambiente⁸⁵.

O perigo dessa política de “pegar pesado” está justamente no fato de que a “*proteção da estrutura institucional se torna mais importante do que a proteção de direitos e liberdades individuais*”⁸⁶, o que configura uma evidente subversão do papel do Estado Democrático de Direito para com a sociedade.

Isso porque, em tese o Estado de direito deveria assegurar garantias mínimas aos cidadãos, mas ao invés disso é o primeiro a cometer práticas violadoras de direitos a partir de normas como essas. Por oportuno, as palavras de Hassemer:

El Derecho penal abandona la cáscara liberal donde aun se trataba de asegurar un (mínimo ético) y deviene un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención de delito le queda demasiado corta como tarea al Derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente político, de la salud y de la política exterior. De una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas⁸⁷.

Essa discussão toda foi travada para questionarmos os novos dilemas e paradoxos que a norma nesse caso traz consigo. Pretende-se responder a seguir, se o art. 306, da Lei n 12.760/2012 é adequado e eficaz para a sua finalidade, e também questionar se o mencionado artigo não está a violar as liberdades fundamentais dos cidadãos.

⁸⁵ FONSECA, op. cit. (p.315) (grifos nossos)

⁸⁶ FONSECA op. cit. (p.317)

⁸⁷ HASSEMER op. cit. (p. 33)

Capítulo III: Propostas de mudanças

Após conhecer a redação atual do delito de embriaguez ao volante e algumas das polêmicas que circundam esse tema, aquelas que consideramos mais importantes, cabe agora fazermos algumas propostas de mudanças para que as críticas não fiquem no vazio. Propomos alterações não só a respeito da norma em debate, mas principalmente acerca da crescente incorporação do discurso punitivo em vários setores de caráter político.

Por se entender que a reação punitiva desta norma em debate extrapola sua finalidade, ou seja, entendemos que suprime mais a liberdade dos cidadãos do que os protege efetivamente dos acidentes, a primeira proposta reside na mudança da racionalidade atualmente aplicada pelo legislador de criar cada vez mais novos tipos penais, bem como, de agravar as penas já existentes como se isso bastasse para intimidar os indivíduos.

Como uma consequência possível da primeira proposta, propomos, em segundo lugar, a abolição do delito de embriaguez ao volante, mantendo apenas a infração administrativa. Isso porque, na prática não faria muita diferença a extinção do delito, visto que possui a previsão legal de infração administrativa análoga ao tipo penal. No entanto, na teoria faria muita diferença, pois ao abolir tipos penais como o que foi estudado é o mesmo que abandonar aspectos meramente simbólicos e buscar um Direito Penal Mínimo.

Dividimos as propostas em três partes: mudanças na política legislativa penal brasileira, abolição do delito penal e, por fim, a recomendação de melhorias na mobilidade urbana das cidades brasileiras.

Primeira proposta: mudanças na política legislativa penal brasileira

Ao longo deste trabalho, foi proposta uma reflexão acerca dessa lógica penalizante para que assim seja possível rever quais são os bens jurídicos devem mesmo se submeter à tutela do direito penal, para não se incorrer na já citada banalização⁸⁸. Apesar de já

⁸⁸ ZAFFARONI op. cit (p. 50)

ter sido trabalhado o tema da reação punitiva no âmbito da legislação penal, cabe aqui, ainda, fazer algumas considerações.

De início, salienta-se ser preciso primeiro desassociar a ideia de justiça com o de Direito Penal, como se o último fosse um instrumento eficaz de pedagogia político-social para depois se abandonar a ideia de que com penas mais graves os indivíduos deixarão de praticar delitos⁸⁹. Essas são duas grandes falácias que colocam em risco a própria legitimidade da norma criminal. Dessa forma, segue-se aqui o mesmo entendimento de Salo de Carvalho:

Com o remodelamento das funções da criminologia oficial, com a deformação inquisitorial do processo penal e com a assunção por parte do direito penal da esquizofrenia legislativa na abundante produção de leis, o sistema penal é acometido por gradual e substantiva perda de legitimidade, (re)estruturando-se a partir de uma concepção penal funcionalista-eficientista que delega à pena e à criminalização *uma forma bizarra de processo pedagógico*⁹⁰.

Outrossim, em um contexto de dados imprecisos e confusos, mas sobretudo inexpressivos⁹¹, que não revelam de forma transparente acerca da eficácia da norma em alcançar a redução do número de acidentes no trânsito, concluímos que a realidade fática tem demonstrado que a população brasileira não incorporou culturalmente o hábito de não dirigir após ingestão de bebidas, mas sim está mais preocupada em uma constante busca de como não ser flagrado.

Uma vez entendida a política legislativa penal, para não incorrer na sua banalização, afirma-se que deveria ser combatida para se instaurar um verdadeiro Estado Democrático, o qual não impõe à força a sua vontade para a sociedade, mas se abre para o debate, busca outras formas de resolução do conflito além da reação punitiva.

No caso em comento, no momento da criminalização primária ao tentar trabalhar matéria tão complexa, considera-se que o legislador teve um bom propósito de diminuir os acidentes, mas ao criar critérios quantitativos extrapolou e acabou criando uma série de situações indesejadas, como, por exemplo, o fato de que praticamente apenas aqueles

⁸⁹ AZEVEDO op. cit. (p. 154/155)

⁹⁰ CARVALHO op. cit. (p. 78/79)

⁹¹ BRASIL, Ministério da Justiça. Índice de mortes no trânsito durante o carnaval é o menor em dez anos. Blog do Ministério da Justiça, disponível em: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/lei-seca/>>.

ANTIDROGAS. Operação Lei Seca flagra 786 motoristas sob o efeito de álcool no Rio. Notícias, disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/mostranoticia.php?c=6315&msg=Opera%E7%E3o%20Lei%20Seca%20flagra%20786%20motoristas%20so%20o%20feito%20de%20E1lcool%20no%20Rio>>; acessado em 22/04/2013.

ESTADÃO. Cresce o número de motoristas presos após lei seca ficar mais rígida. Notícias - São Paulo, disponível em:

<<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades.cresce-50-o-numero-de-motoristas-presos-apos-lei-seca-ficar-mais-rigida,992578.0.htm>>; acessado em 05/03/2013.

[Digite texto]

que colaboram e aceitam fazer o teste do etilômetro serão punidos. Nessa linha, o entendimento de Zaffaroni:

É impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas. Não se trata de uma empresa possível, embora objetável, mas de um empreendimento tão impossível quanto fazer medicina sem incorporar dados fisiológicos [...]. O mesmo acontece quando se pretende construir o direito penal sem levar em consideração o comportamento real das pessoas, suas motivações, sua inserção social, suas relações de poder, etc., e como isso é impossível, o resultado não é um direito penal desprovido de dados sociais, mas sim construído sobre dados sociais falsos. O *penalismo* termina por criar uma sociologia falsa, com uma realidade social alheia inclusive à experiência cotidiana, uma sociedade que funciona e pessoas que se comportam como não o fazem nem poderiam fazê-lo, para acabar criando discursivamente um poder que não exerce nem poderia exercer⁹².

Concordamos com as ideias do texto acima, uma vez que um Direito Penal sem dados sociais se torna descolado da realidade, é o mesmo que letra morta que passará unicamente a exercer um papel simbólico. O mesmo se verifica com relação ao delito de embriaguez ao volante, o qual não se mostra ter uma boa aceitação popular, uma vez que as pessoas não incorporaram como uma mudança cultural não dirigir após consumirem bebidas alcoólicas, as pessoas estão mais preocupadas em como fugir das fiscalizações.

Acima de tudo é preciso destacar aqui que atos delinquentes sempre existirão na história das sociedades⁹³, de modo, que não há como se pretender acabar definitivamente com esses. Desta feita, novos tipos penais e penas mais graves nunca serão suficientes para se alcançar a tão almejada segurança nacional. Pior ainda é quando uma legislação penal extrapola seu limite de atuação e reforça apenas o seu lado simbólico a fim de satisfazer uma parcela da sociedade.

Confirmando a ideia de que as práticas estatais adotadas hoje em dia não são mais voltadas apenas para a intimidação dos indivíduos, mas servem principalmente para restabelecer a confiança do cidadão fiel às leis dando uma falsa sensação de resolução dos problemas relativos à criminalidade, as palavras de David Fonseca:

A nova pena criminal também defende que a punição não se dirige para infratores potenciais, mas, ao invés, destina-se a enviar uma mensagem para os cidadãos fiéis à lei. Nessa abordagem, a principal função da sanção criminal é a reafirmação dos valores sociais correntes mais do que a intimidação de possíveis infratores. Ela se dirige, portanto, ao cidadão comum, restabelecendo sua confiança

⁹² ZAFFARONI op. cit (p.65)

⁹³ BITENCOURT op. cit (p. 1)

em normas sociais e jurídicas, cuja eficácia é enfraquecida com a ocorrência de um crime. Enfatizando os valores sociais vigentes, essas abordagens aumentam a solidariedade social ao redor de padrões de comportamento prevalentes, agregando a sociedade em torno de seus valores hegemônicos. Excepcionalmente, nesse modelo, a perspectiva instrumental de uma sanção é substituída pela preocupação com seu aspecto simbólica, o restabelecimento da confiança nas instituições que é prejudicado pela ação desviante⁹⁴. (grifos nossos)

A partir da afirmativa supracitada, infere-se que a nova “lei da embriaguez” atende a esse aspecto simbólico para uma parcela população, entretanto, para outra grande parcela a lei parece não intimidar. São inúmeros os casos que demonstram uma não adesão do grupo de adultos que bebem ao texto legal⁹⁵, verifica-se isso através dos números de pessoas que tem sido presas em flagrante ou punidas administrativamente nas fiscalizações. Também podemos considerar uma não adesão à norma por aquelas tantas outras pessoas que publicam em suas redes sociais ou nos aplicativos para celular, os locais das blitz, gerando assim um conflito de eficácia da norma, pois sua finalidade será frustrada.

Desse modo, concordamos com as ideias defendidas por Wacquant, pois propor essa mudança da lógica legislativa atual não é incentivar a impunidade, mas sobretudo é aprender a encontrar as devidas soluções cabíveis para cada caso e aprender a utilizar o controle punitivo criminal como medida extrema, a fim de não incorrer em banalização:

A finalidade, aqui, não é negar a realidade da criminalidade nem a necessidade de encontrar a solução – ou melhor, as soluções –, inclusive no plano penal, quando o caso exigir. O objetivo é compreender exatamente sua gênese, sua fisionomia cambiante e suas ramificações, “encaixando” novamente a criminalidade no sistema completo de relações de força e de sentido da qual ela constitui a expressão. Para isso, é indispensável cessar de devorar os inumeráveis discursos apocalípticos e abrir um debate racional e bem informado sobre as ilegalidades (no plural), suas repercussões e suas significações⁹⁶.

Segunda proposta: abolição do delito de embriaguez ao volante

⁹⁴ FONSECA, op. cit. (p. 317)

⁹⁵ G1 - PI. Nova lei seca não diminui o número de motoristas dirigindo alcoolizados. G1 Piauí, disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/01/nova-lei-seca-nao-diminui-o-numero-de-motoristas-dirigindo-alcoolizados.html>>; acessado em 04/03/2013.

ESTADÃO. Cresce o número de motoristas presos após lei seca ficar mais rígida. Notícias - São Paulo, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,cresce-50-o-numero-de-motoristas-presos-apos-lei-seca-ficar-mais-rigida,992578.0.htm>>; acessado em 05/03/2013.

REVISTA ÉPOCA. Com nova lei seca aumenta número de presos por dirigir embriagado, disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2013/02/com-nova-lei-seca-aumenta-numero-de-presos-por-dirigir-embriagado.html>>; acessado em 05/03/2013.

⁹⁶ WACQUANT, op. cit. (p. 4)

[Digite texto]

A segunda proposta, como consequência da primeira, reside na abolição do crime disposto no art. 306 do código de trânsito brasileiro, tornando, desse modo, a conduta de conduzir veículo automotor após a ingestão de bebidas alcoólicas em infrações administrativas, por se entender que a sanção de detenção é desnecessária.

Considera-se desnecessária, pois, em primeiro lugar, na prática não é aplicada a sanção de detenção, na maioria dos casos, há na verdade a substituição da pena, e, assim, se vislumbra que a infração administrativa seria suficiente para “punir” aos infratores, satisfazendo parcela da população que defende essa norma.

Em segundo lugar, as pessoas não deixam de cometer delitos apenas pelo fato de terem sido agravadas as penas, há uma série de razões que levam à prática de condutas delitivas. A delinquência é fruto de diversas causas e motivações, logo, não bastando uma norma punitiva, por mais grave que seja essa, para conter a prática do crime. Ressalta-se, ainda, que para a manutenção dessa política de tolerância zero é mister realizar várias fiscalizações para não incorrer num descrédito da população sobre a norma. É certo que a experiência nacional tem demonstrado que os recursos materiais são e serão sempre insuficientes para realizar contínuas fiscalizações e também para dar uma prestação jurisdicional adequada e rápida, de modo que o Estado nunca dará conta de superar esse novo problema criado por ele mesmo.

Em terceiro, trata-se de crime de perigo em abstrato, de maneira que sustentamos ser absurdo o Estado punir nesses casos onde não há uma real afetação do bem jurídico⁹⁷. Tanto é assim que não há a comprovação de qualquer dano, nem em potencial como ocorria na vigência da redação originária da norma, a qual não previa critérios acerca da quantidade ingerida. Entendemos que nessa hipótese instaurada o legislador forçou na criação de uma situação de periculosidade que na verdade não há, pois a ingestão de álcool não é uma causa de acidentes, mas sim um fator de risco que pode estar correlacionado aos acidentes.

Em quarto, seguimos a linha que defende a inconstitucionalidade do artigo 306. Ainda que se tenha como objetivo a redução do número de acidentes no trânsito, pretender que as pessoas produzam provas contra elas mesmas, enquanto que os princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação são garantias fundamentais de todo cidadão brasileiro, asseguradas na Constituição Federal e no Pacto de São José.

⁹⁷ “[...] não basta comprovar (apenas) a idoneidade lesiva da conduta (só o desvalor da ação). Também é mister verificar a real afetação do bem jurídico (segurança viária e bens pessoais), que constitui o desvalor do resultado.” BIANCHINI, Alice et al. **Direito Penal**. Introdução e Princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (p. 349)

Por último, consideramos que os critérios adotados são inflexíveis e injustos, de modo que a política do “tolerância zero” provavelmente acarretará em situações bizarras como os casos já citados: do bombom de licor, ou em situações não adequadas, como prender dependentes do álcool, aplicar multa a uma deficiente com parcial paralisia facial que se recusou a fazer o teste do bafômetro⁹⁸ etc.

Ainda sobre o último ponto discorrido, reforçamos que infelizmente o legislador no processo de elaboração da nova lei seca não se preocupou com a questão da parcela da população que sofre da síndrome da dependência do álcool, entendida pela OMS como uma enfermidade. Não parece certo impor a sanção de detenção para os indivíduos dependentes do álcool, uma vez que os mesmos não possuem um controle absoluto de seus atos e fatalmente reincidirão no delito, criando um círculo vicioso insanável.

Para aqueles que ainda acreditam no caráter pedagógico da prisão, é preciso lembrá-los que poucos permanecem de fato presos em decorrência do delito em comento. Diante disso, questionamos: porque utilizar-se dessa sanção se na prática não é utilizada? E ainda, se é tão eficaz quanto o governo diz ser, porque não há dados mais expressivos e transparentes? Nesse caso, evidentemente prevalece o caráter punitivo simbólico.

Cuanto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean los fines de la pena, más claramente parece su contenido simbólico: Persiguen con la ayuda de una intervención instrumental del Derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica) transmitir (cognitiva e emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al Derecho.⁹⁹

Defendemos que o panorama ideal seria aquele sem as prisões¹⁰⁰, ou que pelo menos se buscasse menos utilizar a pena privativa de liberdade. Isso porque, ao longo de todo esse tempo de existência da pena privativa de liberdade, não se observa melhorias na sociedade e muito menos no indivíduo preso ou egresso¹⁰¹. Ao contrário, esse paradigma tem proporcionado uma série de violações às garantias mínimas dos presos, ferindo de todos os modos a integridade física e a moral dos mesmos¹⁰².

⁹⁸ HOERTEL, Roberta. Laudo médico pode ajudar deficiente em ação contra município. EXTRA, disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/laudo-medico-pode-ajudar-deficiente-em-acao-contra-municipio-4534957.html>>; acessado em 22/04/2013.

⁹⁹ HASSEMER op. cit. (p.4)

¹⁰⁰ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 4ª Edição (p. 11)

¹⁰¹ Aberração, igualmente, porque a criminologia comparada demonstra que não existe, em lugar algum – nenhum país e nenhuma época – uma correlação entre o índice de encarceramento e o nível de criminalidade. Mais sobre esse ponto em WACQUANT op. cit. (p.2) e AZEVEDO, op. cit. (p. 106)

¹⁰² THOMPSON, op. cit. (p. 110)

Terceira proposta: melhorias na mobilidade urbana brasileira

Sair para beber, hoje em dia, está cada vez mais oneroso para o consumidor, pois além dos aumentos nos valores das bebidas, para não incorrer no delito de embriaguez ao volante as pessoas primordialmente recorrem ao transporte privado, frente à péssima prestação de serviço de transporte público. Dessa forma, a ausência de outros meios de transporte fere frontalmente à liberdade de ir e vir dos cidadãos, bem como o seu direito ao lazer, situações que devem ser combatidas.

Ainda que nenhuma das duas primeiras propostas seja aceita, ao menos a próxima deve urgentemente ser acatada. A terceira proposta que damos consiste na troca do controle punitivo por estímulos positivos para sociedade caminhar rumo a uma mudança cultural, pois, acredita-se que com essa mudança serão alcançados números mais expressivos do que com uma mera norma criminalizante.

Em outras palavras, ao invés de apenas punir por punir sem mesmo se ter ocasionado algum dano, estimula-se a adoção de outra conduta que venha substituir à conduta indesejada, para assim concretizar uma redução o problema. Destaca-se que apenas se pode almejar que sejam os dilemas sociais amenizados, uma vez que nunca será completamente resolvido¹⁰³. Deve-se ter isso em mente, nunca, de nenhuma maneira será completamente solucionada a questão. Essa dedução vem do próprio conceito de que o delito é produto de uma rede de causas e razões múltiplas que levam às pessoas a cometê-lo¹⁰⁴, logo, sempre que se combate a uma das causas, haverá outras causas e razões distintas que expliquem o porquê do cometimento do crime.

Com o tempo, utilizando-se normas que não refletem mínimos valores da sociedade, a situação problema será estabilizada, ou seja, o número de acidentes se estabilizará se acaso uma profunda alteração cultural não for estimulada e não forçada. A mudança de paradigma cultural se dá pela inserção de novos hábitos que ensejam a adoção de novos valores pelo povo. Logo, enquanto não houver essa mudança a eficácia da lei está comprometida.

¹⁰³ Deve-se ter isso em mente, em todas as sociedades foram e serão observados comportamentos desviantes das normas. A diferença está em como a mídia e os políticos interpretam essa delinquência, fazendo ou não grandes alardes a fim de comover e legitimar discursos de emergência na elaboração de novos tipos penais. No mesmo sentido, WACQUANT. op. cit. (p. 2)

¹⁰⁴ WACQUANT op. cit. (p. 4)

Adaptando a proposta ao tema aqui trabalhado, levanta-se a hipótese de fomento ao transporte público e privado, visto que há barreiras para a mobilidade urbana, decorrentes do alto custo do transporte privado e/ou pela ausência total ou parcial¹⁰⁵ de transporte público no espaço urbano das cidades. Neste diapasão, levando-se em conta que as relações sociais se pautam na lógica do capital¹⁰⁶, também devem ser criadas opções de incentivos econômicos.

Na hipótese em apreço, a utilização de outros meios de transportes alternativos ao veículo particular deve estimulada, para que as pessoas não saiam mais para beber dirigindo. Apesar da alteração cultural não acabar definitivamente com o problema do elevado número de acidentes no trânsito por completo, poderá ajudar a reduzi-lo. Desse modo, afirma-se que é preciso pensar em outras formas de se coibir condutas principalmente em relação às obrigações administrativas, de modo a fazê-lo não apenas negativamente, por meio da mera punição, mas sim positivamente, com estímulos à sociedade para que se inicie uma mudança cultural.

Uma barreira para não adesão da população se encontra exatamente aqui, nessa busca por outro meio, haja vista nas grandes metrópoles brasileiras é observada uma grande deficiência no transporte público de modo a prejudicar fortemente a mobilidade urbana.

A título de exemplo, apresentamos a realidade do Distrito Federal. Através de estudo realizado pela Secretaria de Estado de Transporte do Distrito Federal (STDF)¹⁰⁷, 51% da população do DF opta pelo veículo particular para se locomover no espaço urbano¹⁰⁸. Também foi realizada pesquisa sobre o nível de satisfação com a qualidade de serviço dos ônibus, segundo modo mais adotado pelos habitantes do DF, que concluiu que mais de 45% da população considera ruim ou péssima essa qualidade de serviço¹⁰⁹, consoante se verifica na tabela¹¹⁰ abaixo.

¹⁰⁵ Entende-se como ausência parcial, quando o transporte público é de difícil acesso.

¹⁰⁶ KARAM op. cit. (pp. 24/25)

¹⁰⁷ SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES DO DISTRITO FEDERAL (STDF). In: Plano Diretor de Transporte Urbano e Mobilidade do Distrito Federal, disponível em: <http://editais.st.df.gov.br/pdtu/final/relatorio_final.pdf>

¹⁰⁸ TABELA 3: Repartição modal de preferência por modos motorizados no Distrito Federal. Tabela extraída do sítio eletrônico da SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES DO DISTRITO FEDERAL (STDF). In: Plano Diretor de Transporte Urbano e Mobilidade do Distrito Federal, disponível em: <http://editais.st.df.gov.br/pdtu/final/relatorio_final.pdf> (p. 55)

¹⁰⁹ idem (p. 35)

¹¹⁰ idem (p. 55)

[Digite texto]

4.9 Repartição modal

A repartição modal mostra que 77% das viagens do DF e 53% do Entorno imediato são realizadas por modo motorizado. Isso evidencia o uso intenso de veículos no DF e a importância das viagens a pé no Entorno.

O Gráfico 28 e o Gráfico 29 apresentam a repartição modal por modos motorizados no Distrito Federal e nas cidades do Entorno. No Distrito Federal, a repartição por modos motorizados mostra que 53% das viagens são realizadas por modo individual e 47% por modo coletivo. No Entorno imediato, 76% das viagens são realizadas por modo coletivo. Esses dados demonstram a grande importância do transporte individual no DF e do transporte coletivo nos municípios do Entorno imediato.

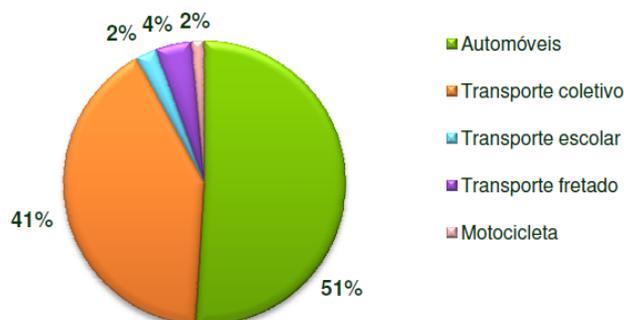


Gráfico 28: Repartição das viagens por modo motorizado – Distrito Federal

Diante de tais fatos, é possível inferir que no Distrito Federal muitas pessoas compram seus veículos particulares para não dependerem tanto do péssimo serviço de transporte público, quanto do caro transporte privado. Sem contar que, segundo dados do IPEA¹¹¹, as tarifas de transporte público urbano aumentaram acima da inflação nos últimos anos de modo que o custo do transporte privado ficou mais barato do que o do público.

Como já foi afirmado anteriormente, defendemos que o delito de embriaguez ao volante deveria ser abolido, por não vermos lógica tanto na mera punição como meio pedagógico como no excesso de ingerência estatal nos hábitos culturais brasileiros. Todavia, apesar de saber que essa proposta dificilmente concretizar-se-á, muito menos em curto prazo, vale o apelo pela abolição do tipo, por tudo o que aqui foi defendido.

Em contraponto, o argumento levantado de que se faz urgente promover melhorias nos transportes, serve tanto para quem defende a lei, uma vez que confiaria à norma uma maior eficácia, quanto para quem é contrário a essa, pois dá opções às pessoas que em muitos casos dependem unicamente de seus veículos particulares para se locomoverem. Por óbvio, havendo mais opções de transportes é bem provável que muitos conciliarão os seus interesses individuais com os interesses públicos, deixando de dirigir após ingerirem bebidas alcoólicas.

¹¹¹ RESENDE, Thiago. Tarifa de ônibus sobe mais que custo de transporte privado, diz IPEA. Valor Econômico, disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3186364/tarifa-de-onibus-sobe-mais-que-custo-de-transporte-privado-diz-ipea>>; acessado em 10/06/2013

Novamente estamos num campo de possibilidades, não há certeza nesse caso. Porém, enquanto que a lei apenas intimida alguns, uma boa mobilidade urbana estimularia uma verdadeira mudança de hábitos para, dessa forma, alcançar efetivamente o objetivo de diminuir o número de acidentes de trânsito que tenham como fator de risco a ingestão de álcool.

Considerações finais

Acerca da temática abordada, o delito de embriaguez ao volante, foi proposta uma reflexão diferente do que comumente se tem visto em diversos meios de comunicação. Isso porque defendemos aqui um posicionamento contrário, não ao objetivo finalístico da norma, mas sim da atual redação da “lei seca” e de suas implicações. Assim não foi debatido sobre o objetivo do legislador, pois obviamente há uma boa intenção em prol da população, porém foi atacado o processo de elaboração da lei em si, bem como o seu texto final, o qual não previu uma série de situações, gerando novos dilemas e problemas na sociedade.

Outrossim, também explanamos sobre a expansão excessiva do Direito Penal em diversos setores de caráter político, bem como sobre suas principais causas, tomando o delito de embriaguez ao volante como exemplo prático de como funciona a atual lógica legislativa brasileira. Vimos a importância de se ter critérios razoáveis na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados, uma vez que não cabe ao legislador criminalizar condutas de cunho administrativo em nome de um valor ético ou de um risco efetivamente inexistente, sob pena de violar o princípio básico da *ultima ratio*. Mormente em relação aos delitos de perigo abstrato, como *in casu*, onde a conduta praticada não acarreta em dano efetivo e nem sempre seu risco é sequer comprovado.

Com efeito, por todo o exposto, concluímos que essa norma foi elaborada apenas para agradar a uma parte da população, principalmente as vítimas ou os familiares de vítimas. Igualmente, afirmamos que leis semelhantes a lei ora estudada servem simbolicamente para agradar aquela parcela influenciada pela mídia, diante do sentimento de insegurança e todo sensacionalismo promovido pelos meios de comunicação ao tratar de embriaguez ao volante, como se o endurecimento das penas fosse algo extremamente eficaz no controle social feito pelo Estado.

De outra sorte, sabemos que essa legislação não é cumprida por outra grande parte da sociedade brasileira. Aferimos esse fato tanto pelo número de pessoas que tem sido presas em flagrante ou punidas administrativamente nas fiscalizações, quanto pelas tantas outras pessoas que noticiam, em redes sociais ou em aplicativos para celular, os locais das

[Digite texto]

blitz, gerando assim um conflito de eficácia e inadequação da norma, pois não terá, assim, seu fim atingido.

Por essas razões, defendemos que a norma tem se mostrado indevida para com seus propósitos, uma vez que 1) não se observa uma adesão da população, frustrando seu propósito preventivo, 2) não se verifica uma expressiva mudança de comportamento através do mero agravamento das penas, frustrando seu propósito repressor e 3) viola garantias fundamentais e liberdades dos cidadãos diante de seu extremo rigor, frustrando seus propósitos repressor e preventivo que ultrapassam os limites impostos pelo permissivo constitucional e dos tratados internacionais.

Diante de tudo o que foi debatido até aqui, aferimos que o Estado se utiliza diversas vezes da pena privativa de liberdade como forma de intimidação de delitos¹¹², mas, principalmente, utiliza-a como uma resposta imediata e simplista aos medos e anseios da sociedade e como um fortalecimento das instituições estatais, em detrimento da garantia de liberdades individuais.

Em relação especificamente ao delito de embriaguez ao volante, dentre essas garantias asseguradas constitucionalmente, não se pode deixar de dar destaque ao direito de não se produzir provas contra si mesmo (de não autoincriminação), bem como da restrição do direito de ir e vir, ocasionada pela falta de opção aos cidadãos de outros meios de transportes alternativos ao veículo particular, os quais sejam mais acessíveis e com custo mais baixo do que se tem hoje.

Conforme exposto, posicionamos-nos de forma contrária a mencionada tendência de se usar do direito penal como única e primeira resposta para problemas sociais. Isso porque a amplificação desarcebada de novos bens jurídicos penais, gera novos dilemas para o Estado e para a população, bons exemplos de novos dilemas são: 1) o problema da superlotação, que, como se sabe, está fortemente ligada a criação demasiada de novos tipos penais e 2) a ineficiente prestação jurisdicional que não consegue atender a tantas novas demandas fruto do excesso de tipos penais. Desse modo, propomos além da mudança da atual lógica legislativa a abolição desse delito, pois na prática é pouco aplicada a sanção penal, sendo a regra a aplicação de sanção administrativa durante as fiscalizações.

No mais, não se pode olvidar, tanto para aqueles que são a favor da norma ora debatida, quanto para os que são contra, de pensar no fomento de políticas que melhorem

¹¹² Para explicar melhor, a intimidação da sociedade em geral tem por objetivo que os indivíduos não cometam crimes, já a intimidação dos reclusos serve para que os mesmos não cometam novamente delitos. BITENCOURT op. cit. (p. 100)

efetivamente o grande problema de transportes públicos e privados. O que seria uma alternativa de conciliar os interesses públicos, evitar que ingerir de álcool seja uma causa de acidentes; com os privados, sair para beber sem que seja perigoso ou extremamente oneroso para o cidadão.

Conclui-se ser urgente a mudança de postura da política legislativa, visto que se essa tendência permanecer teme-se pelos seus efeitos. Como exemplo concreto, há um projeto de lei que visa tornar obrigatório o uso de farol baixo nas rodovias¹¹³, novamente, maus hábitos não são corrigidos apenas com leis, frequentemente se verifica esse equívoco. Hipoteticamente, teme-se pela criação de proibição quanto ao uso de redes sociais e aplicativos de celular que trazem informações sobre o local das fiscalizações, faltando apenas ao legislador criar um toque de recolher, de modo que assim seguramente todos os cidadãos deverão ficar em suas casas e ninguém sofrerá nenhum dano. Apesar de essas três últimas proposições parecerem absurdas, o caminho da política legislativa de emergência, frente a crescente hipertrofia do Direito Penal tem se mostrado muito arbitrária.

É certo que nem todos os brasileiros se mostram contrários à norma aqui debatida de forma explícita. No entanto, ao descumprirem a norma, emitem a mensagem de que são contrários, mas de forma implícita. Dessa maneira, se o objetivo é que as pessoas mudem de postura ética, deve-se na verdade fomentar uma alteração nos hábitos da população. No caso em análise, o que se precisa é de uma grande mudança cultural de não dirigir após a ingestão de qualquer quantidade de álcool para amenizar o problema do número de acidentes no trânsito que tenham correlação com condutores embriagados.

Seguindo a mesma linha, afirmamos que melhorias na mobilidade urbana se fazem urgentes, pois estão diretamente ligadas a essa proposta de mudança cultural de dirigir após ingestão de bebidas alcoólicas. Com outras opções de meios de transporte abrem-se para o cidadão um leque de possibilidades para uma tomada de decisão, pois somente a partir dessas melhorias é que as pessoas poderão optar o qual meio de transporte mais adequado.

Todo esse trabalho, além de mostrar como tem se comportado a política legislativa penal brasileira em relação a discursos de emergência, dentro de um contexto de crescente expansão do Direito Penal, concluímos que num verdadeiro Estado Democrático de Direito não cabe ao último impor à força valores éticos ou morais, passando por cima de seus princípios basilares e dos direitos individuais assegurados constitucionalmente.

¹¹³PINHEIRO, Eduardo. O uso de faróis baixos em rodovias poderá ser obrigatório. Diário da Manhã, disponível em: <http://www.dm.com.br/texto/44370-uso-de-farois-baixos-em-rodovias-podera-ser-obrigatorio>; acessado em 22/04/2013.

Nesse sentido, se faz urgente uma alteração de postura na lógica legislativa brasileira atual, a qual atenda contra as liberdades individuais. Nessa mudança, também se deve abrir mais o debate político e buscar outros meios de resolução de conflitos dentro dos outros ramos do direito, a fim de conciliar interesses mútuos e reduzir danos.

[Digite texto]

Referências bibliográficas:

ANTIDROGAS. Operação Lei Seca flagra 786 motoristas sob o efeito de álcool no Rio. Notícias, disponível em:

<<http://www.antidrogas.com.br/mostranoticia.php?c=6315&msg=Opera%E7%E3o%20Lei%20Seca%20flagra%20786%20motoristas%20sob%20o%20efeito%20de%20%E1lcool%20no%20Rio>>; acessado em 22/04/2013.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de, et al. **Sociologia e Justiça Penal**, Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. 1ª Edição.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª Edição.

_____. **Princípios do Direito Penal Mínimo**: para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da Lei Penal. Tradução de Francisco Bissoli Filho. *Doctrina Penal. Teoría e Práctica em las Ciências penales*. Buenos Aires, n. 87, pp. 623-650, ano 10.

BIANCHINI, Alice, et al. **Direito Penal**. Introdução e Princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2009. 14ª Edição.

BRASIL, Detran/PE. Cartilha do Detran/PE acerca do tema direção defensiva. <http://www.detran.pe.gov.br/download/cartilha/Cartilha_DETTRAN_Direcao_Defensiva.pdf> ; acessado em 05/03/2013.

_____, Código de Trânsito Brasileiro, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>, alterado pela Lei nº 12.760/2012, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm#art1>; acessado 01/05/2013.

_____, Código Penal Brasileiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

_____, Constituição Federal Brasileira disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> ; acessado 22/04/2013.

_____, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>, acessado em 15/06/2013

_____, Departamento De Polícia Rodoviária Federal. Cartilha. Conhecendo a lei seca, disponível em <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/leiSeca.faces>>; acessado em 04/03/2013.

_____, Ministério da Justiça. Padrões de consumo de álcool no Brasil, disponível em <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11461&rastr o=PUBLICA%25C3%2587%25C3%2595ES%252FRelat%25C3%25B3rios+de+pesquisa/Nacionais>; acessado em 04/03/2013.

_____, Ministério Público do Estado de Goiás. A presunção da inocência e a lei seca. Revista eletrônica, disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/a_presuncao_da_inocencia_e_a_lei_seca.pdf>; acessado em 22/04/2013.

[Digite texto]

_____, Secretaria de Defesa Social. Blitz da Lei Seca serão diárias a partir de julho, disponível em:

<https://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1777&Itemid=71>; acessado em 22/04/2013.

_____, Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal (STDF). Plano Diretor de Transporte Urbano e Mobilidade do Distrito Federal, disponível em:

<http://editais.st.df.gov.br/pdtu/final/relatorio_final.pdf>; acessado em 22/04/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>; acessado em 22/04/2013.

CARDOSO, Rodrigo. et al. 5 ideias para fazer a lei seca funcionar. ISTOÉ independente, disponível em:

<http://www.istoe.com.br/reportagens/172254_5+IDEIAS+PARA+FAZER+A+LEI+SECA+FUNCIONAR>, acessado em 04/03/2013.

CARVALHO, José Murilo de. **O longo caminho da cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: 2012. Editora Civilização Brasileira. 15ª Edição.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. 3ª Edição.

CISA, Centro de Informações sobre saúde e álcool. **Efeitos do álcool**, disponível em: <http://www.cisa.org.br/categoria.html?FhIdTexto=5e5d3286ca390f56ddd9e79d26407f59>>; acessado em 04/03/2013.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>, acessado em 15/06/2013.

ESTADÃO. Cresce o número de motoristas presos após lei seca ficar mais rígida. Notícias - São Paulo, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,cresce-50-o-numero-de-motoristas-presos-apos-lei-seca-ficar-mais-rigida,992578,0.htm>>; acessado em 05/03/2013.

FERNANDEZ, José Eduardo Gonzalez. A nova Lei n.º 12.760/2012 e seus reflexos para a atividade de polícia judiciária. Academia Brasileira de Direito, disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=2333>; acessado em 05/03/2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales**. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica: 1992, ano 4, nº 5, disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf>; acessado em 05/03/2013.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA, Davi S. et al. **Ambivalência, Contradição e Volatilidade no Sistema Penal**. Leituras contemporâneas da sociologia da punição. Belo Horizonte: 2012. Editora UFMG.

G1- PI. Nova lei seca não diminui o número de motoristas dirigindo alcoolizados. G1 Piauí, disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/01/nova-lei-seca-nao-diminui-o-numero-de-motoristas-dirigindo-alcoolizados.html>>; acessado em 04/03/2013.

G1 - PR. Bafômetro acusa embriaguez para bombom de licor e homeopatia, G1 Paraná, disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/01/bafometro-acusa-embriaguez-para-bombom-de-licor-e-homeopatia.html>>; acessado 22/03/2013.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei seca: “mais rigor, menos violência no trânsito”. Você acredita nessa mentira? Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3533, 4mar.2013, disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23871>>; acessado em 05/03/2013.

[Digite texto]

HASSEMER, Winfried, **Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos**. In: **Pena y Estado**, Traducción de Elena Larrauri. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAGALHÃES, Fábio. **Nova lei seca tem brechas que favorecem a impunidade dos condutores alcoolizados**. Jornal de Brasília, disponível em:

<<http://www.jornaldebrasil.com.br/site/noticia.php?nova-lei-seca-tem-brechas-que-favorecem-a-impunidade-dos-condutores-alcoolizados&id=440763>>; acessado em 04/03/2013.

JOBIM, Jorge André Irion. **Lei seca e presunção de inocência**.

Inconstitucionalidades. NETSABER, disponível em:

<http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_15325/artigo_sobre_lei_seca_x_presun%C3%87%C3%83o_de_inoc%C3%8Ancia_inconstitucionalidades>; acessado 22/03/2013.

JÚNIOR, Dirceu Rodrigues Alves. **Fadiga e Sono na direção veicular**. ABRAMET – Associação Brasileira de Medicina de Tráfego, disponível em:

<http://www.fundacionmapfre.com.br/Portal/Fundacao/Arquivos/Download/Upload/791.pptx> ; acessado em 04/03/2013.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. **A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PINHEIRO, Eduardo. **O uso de faróis baixos em rodovias poderá ser obrigatório**.

Diário da Manhã, disponível em: <<http://www.dm.com.br/texto/44370-uso-de-farois-baixos-em-rodovias-podera-ser-obrigatorio>>; acessado em 22/04/2013.

RESENDE, Thiago. **Tarifa de ônibus sobe mais que custo de transporte privado, diz IPEA**. Valor Econômico, disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3186364/tarifa-de-onibus-sobe-mais-que-custo-de-transporte-privado-diz-ipea>>; acessado em 10/06/2013.

ROXIN, Claus. **El legislador no lo puede todo**. Revista de derecho y ciencias penales. México: 2005, Iter Criminis, n. 12, p. 321-347.

SCHLICKMANN, David. **A lei seca e o conflito entre princípios**. Conteúdo Jurídico, disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-seca-e-o-conflito-entre-principios,37748.html>>; acessado em 15/04/2013.

SILVA, Viviane Alves Santos. **Artigo 306, do CTB – “Embriaguez ao volante”- A punição do colaborador**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: n.39 - jan/mar 2011.

SANCHÉZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1999

TAVARES, Juarez et al. **Direito e Psicanálise**. Os objetos simbólicos da proibição: O que se desvenda a partir da presunção de Evidência. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, v. 01, p. 43-56. disponível em

<http://www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf>; acessado em 05/03/2013.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 4ª Edição.

VEJA. **Lei seca mais rígida faz crescer número de motoristas presos**. Caderno Brasil – Trânsito, disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lei-seca-mais-rigida-faz-crescer-no-de-motoristas-presos>>; acessado em 22/04/2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e outros. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 3ª Edição.

WACQUANT, Loic. **A aberração carcerária à moda francesa**. Revista de Ciências Sociais: 2004, vol. 47, nº 2, disponível em <http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=1169>; acessado em 22/04/2013.

[Digite texto]