

O crime e a embriaguez ao volante face aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade

COLOMBELLI, Rodrigo¹

Resumo:

O presente trabalho busca a análise do crime de embriaguez ao volante, quando não demonstrado perigo de dano, verificando a constitucionalidade dessa modalidade delitativa frente aos princípios constitucionais da ofensividade, ultima ratio, culpabilidade, dentre outros, bem sua incompatibilidade com as modernas teoria do delito.

Palavras-chave:

Crime; embriaguez; ultima ratio.

Crime and drunken driving behind the principles of minimal intervention, fragmentation and subsidiarity

Abstract:

The present work seeks to analyze the crime of embryo behind the wheel, when there is no danger of turning, completing the verification that the modality is voluntary against the constitutional principles of offensiveness, ultima ratio, culpability, among others, as well as its incompatibility modern theory of crime.

Key words:

Crime; drunkenness; ultima ratio.

Introdução:

A vida em sociedade sempre representou um grande desafio ao ser humano. Se as benesses dessa convivência são notórias, pois afastaram o homem do estado

¹ Delegado de Polícia do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná.

Revista da Escola Superior de Polícia Civil - DPC-PR e-INSS: 2595-556X

Rua Tamoios, nº 1.200 - Vila Izabel - Curitiba/PR—CEP: 80.320-290

Fone: (41) 3270-1650 - fax: 3243-5324

e-mails: espc.revista@pc.pr.gov.br e espc@pc.pr.gov.br

de natureza, permitindo sua evolução e fortalecimento, os problemas também o são, sendo comum à existência de conflitos.

A fim de resolver referidos conflitos se faz necessária a utilização dos mais diversos ramos do direito, os quais nos trarão as balizas necessárias para dar cabo das lides existentes.

Dentre referidos ramos do direito, especial destaque possui o direito penal, o qual somente poderá intervir quando os demais ramos do direito não se mostrarem capazes de resolver o conflito apresentado.

Isso porque o direito penal é a última instância do direito, somente devendo ser invocado para resolver os problemas mais graves, atuando em bens jurídicos de extrema relevância para a sociedade.

O legislador buscando conter os anseios sociais de punição, e tentando dar resposta imediata aos novos riscos criados pela sociedade atual, tem invocado cada vez mais o direito penal para intervir na vida das pessoas, levando-o a agir em situações em que o bem jurídico sequer é colocado concretamente em risco.

Em algumas situações, esse anseio punitivo e a vontade de dar uma resposta rápida à sociedade vêm causando verdadeiras injustiças e negação do direito, constituindo verdadeiro arbítrio estatal indevido.

Neste contexto exsurge à discussão de até que ponto o direito penal pode antecipar condutas e puni-las? Quando referido ramo do direito deve intervir criminalizando condutas que não excedam ao âmbito do próprio agente, ou não representem um perigo concreto ao bem jurídico tutelado?

O que se põe em dúvida é a legitimidade da utilização exacerbada de infrações penais sob forma de crimes de perigo presumido, sob a perspectiva de um direito penal liberal democrático, corolário de um Estado Democrático de Direito.

Tal indagação não pode ser respondida satisfatoriamente sem que a presente tensão dialética que se estabelece entre os direitos humanos fundamentais, especialmente o direito à liberdade, e a efetividade da norma penal, suporte de outro princípio fundamental: a segurança².

Assim nos resta questionar até onde o uso de tal técnica legislativa é justa? Até onde ela não acarreta um retrocesso no direito penal atual? Em quais situações

2 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, Dos Crimes de perigo abstrato em face da constituição, 1ª Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 15.

seria justo tutelar bens jurídicos sem que ocorra perigo concreto de lesão ao bem jurídico?

O presente trabalho visa demonstrar a desnecessidade da tutela penal para a infração penal para o crime de embriaguez ao volante quando inexistir perigo concreto aos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Demonstraremos a desnecessidade de incriminação da referida conduta, atento ao fato de que o direito penal é a *ultima ratio*, somente devendo ser invocado quando os demais ramos do direito se demonstrarem insubsistentes para tutelar o bem jurídico defendido pela norma.

Por fim, demonstraremos quais medidas seriam mais adequadas para a tutela do bem jurídico lesado no delito em análise, demonstrando que o recrudescimento das sanções administrativas surtiriam efeitos satisfatórios para os casos em que o infrator ingeriu quantidade de bebida alcoólica ou qualquer outra substância psicoativa sem colocar em risco direto e imediato os bens jurídicos defendidos pela norma.

1. Condutas Dignas De Intervenção Do Direito Penal:

Numa visão simplista, para que o Estado resolva os conflitos a ele apresentado ele deve utilizar-se do direito, sendo que este, somente para fins didáticos, foi dividido em vários ramos – civil, comercial, trabalhista, eleitoral, penal etc.

O direito é uno, mas a divisão em ramos é medida salutar para a facilitação dos trabalhos. Dentre os ramos do direito existentes, o que possui maior força é o penal, devendo ser utilizado com parcimônia e sabedoria, pois este pode restringir o bem mais valioso de qualquer ser humano: a liberdade.

Oportuna a ideia de que a conduta humana somente é criminosa se lesar bens jurídicos fundamentais. Os bens jurídicos são os valores existentes na sociedade, não constituindo realidades palpáveis, concretas.

A noção material de crime nos ensina que crime é o comportamento humano que lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos fundamentais, sendo que o direito penal só justifica sua intervenção se levado em conta à natureza dos bens em causa, bem como à intensidade da agressão que afeta esses bens jurídicos.

Temos como princípios basilares norteadores do direito penal os princípios da intervenção mínima e da ofensividade, sendo estes uma base sólida para que o direito penal não atue desnecessariamente ou abusivamente na vida das pessoas.

Pelo princípio da intervenção mínima temos que o direito penal não deve se preocupar com quaisquer bens jurídicos. É dado a esse ramo do direito em seu mister buscar a defesa, tão-somente, dos bens jurídicos mais importantes existentes na sociedade e das lesões mais repugnantes a estes bens.

Só é típico o ato humano ofensivo relevantemente a um bem, jurídico, e em se tratando de lesão insignificante, ínfima, embora o fato seja formalmente típico, materialmente não é, pois o direito penal só deve intervir quando necessário, assim sendo, por questões de política criminal o fato insignificante deixa de ser típico, estando fora do direito penal.

O poder legislativo, por intermédio de critérios de política criminal, verificando que os demais ramos do direito se demonstram ineficientes para proteger determinados bens jurídicos de grande relevância incumbe ao direito penal o dever de proteção a estes.

Assim são escolhidas condutas, sejam comissivas ou omissivas, que merecerão especial atenção da norma penal incriminadora, devendo o direito penal intervir, com toda a sua força punitiva respeitada as limitações constitucionais e penais.

O direito penal não deve intervir demasiadamente na vida dos indivíduos a ponto de retirar-lhes sua autonomia e liberdade, pois a lei penal não deve ser vista com a primeira opção (*prima ratio*), mas sim como a última (*ultima ratio*).

Se as sanções existentes nos demais ramos do direito ou “outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a criminalização será inadequada e desnecessária”³.

Conforme já foi dito, o Estado não deve interferir desnecessariamente na vida dos indivíduos, porém tal indagação não nos livra da incômoda interrogação de até onde deve ir tal intervenção, e em que condutas esse poderoso ramo do direito deve reprimir.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto, **Lições de direito penal** – Parte Geral, p. 32.

Assim, auxiliando o princípio da intervenção mínima, existe o princípio da ofensividade, que nos diz que para o direito penal atuar é necessário uma conduta que lesione um bem jurídico, sendo insuficiente que esta conduta fira apenas conceitos morais, sociais, religiosos etc.

Tal princípio buscou desfazer a confusão existente entre o direito e a moral, possuindo, no escólio de Nilo Batista⁴, quatro principais funções, a saber:

- a) Proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda ao âmbito do próprio autor;
- c) Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
- d) Proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Assim sendo, ao direito incriminador interessa tão-somente as condutas que atinjam de maneira relevante os bens jurídicos mais valiosos e necessários para uma coexistência harmônica entre as pessoas, e somente com a efetiva ameaça a esses bens o direito penal estará legitimado a agir, intervindo sobre o infrator.

Assim, num primeiro sentido, o princípio em estudo se traduz na impossibilidade de punição por condutas que não excedam o âmbito do próprio autor. Ou seja, estão vedadas punições por pensamentos ou sentimentos pessoais, bem como condutas não lesivas a terceiros.

Em uma visão baseada na atual constituição, se torna inconcebível a punição de fatos que não gerem danos a bens jurídicos tutelados pela norma, ou seja, somente podemos aceitar intervenções da norma incriminadora quando efetivamente ocorra uma lesão considerável a um bem jurídico defendido pelo ordenamento jurídico.

A escolha de condutas que devem ser reprimidas se dá em razão da política criminal, que é a arte de selecionar os bens jurídicos que merecem ser tutelados pela norma penal, escolhendo os caminhos para efetivar essa tutela.

A seleção dos bens jurídicos tutelados pela norma penal, em decorrência da necessária observância do princípio da legalidade, se dá por nosso legislativo federal, o qual, por ser o representante do povo, fica encarregado de selecionar as condutas dignas de repressão penal.

⁴ Batista, Nilo, **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p.92-94, em Greco, Rogério. Código Penal Comentado, 2ª Edição, 2009.

O legislador não pode criminalizar qualquer conduta, deve observar obrigatoriamente todos os princípios que orientam o direito penal para que não desrespeitar nossa carta constituinte e seus princípios basilares explícitos ou implícitos.

A seleção de condutas criminosas deve pautar-se especialmente na efetiva lesão a bens jurídicos sob pena de incorrer no erro de tutelar condutas que não mereçam proteção do direito penal, podendo tais lides serem resolvidas pelos demais ramos do direito.

2. Das Sanções Decorrentes Da Embriaguez Ao Volante:

O Código de Trânsito Brasileiro descreve nos artigos 165 e 165-A penalidades administrativas⁵ para quem dirigir veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância que determine dependência e/ou se recusar a efetuar a ser submetido os testes comprobatórios.

Já o artigo 306 do mesmo diploma legal, prevê o crime de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, cominando para tal tipo penal as penas de detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor⁶.

5 Art. 165, Código de Trânsito Brasileiro. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração – gravíssima;
Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no [§ 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro](#).

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses”

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

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

Denota-se que o legislador, levando em conta a suposta gravidade da conduta, culminou dupla responsabilidade – administrativa e criminal –, determinando referidas responsabilidades independentemente da existência de um perigo real de dano ao bem jurídico tutelado.

Neste contexto, incidirá no mesmo tipo penal e nas mesmas medidas administrativas tanto o indivíduo que, após ingerir pequena quantidade de bebida alcoólica ou qualquer outra substância, dirija seu veículo automotor de maneira prudente, quanto o indivíduo que, ante a ingestão de referidas substâncias encontrar-se completamente incapacitado de guiar o veículo, colocando concretamente em risco à vida, integridade física ou patrimônio dos transeuntes ou demais motoristas.

À guisa de informação a discussão se alicerça tão somente constitucionalidade e necessidade de imputação criminal da conduta de dirigir veículo automotor após a ingestão de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência somente nas hipóteses em que tal conduta não causou qualquer perigo concreto de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma.

E, assim sendo, não defendemos o afastamento do tipo penal incriminador quando referida conduta colocar concretamente em perigo o bem jurídico tutelado pela norma.

De outra banda, conforme se demonstrará, nos casos em que o agente, em que pese a ingestão de bebida alcoólica ou qualquer substância inebriante, não colocou em risco em nenhum momento os bens jurídicos descritos na norma, o afastamento do direito penal e o implemento de medidas administrativa se demonstra medida mais adequada ao caso.

3. Da desnecessidade de tipificação penal do crime de embriaguez ao volante quando não ficar demonstrado perigo concreto de lesão:

Conforme já descrito, o próprio legislador, ao analisar a conduta de dirigir veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou de qualquer outra substância que possa causar alteração física ou psíquica optou por utilizar-se da dupla responsabilização – administrativa e criminal.

Quanto a conduta de guiar veículo automotor nas condições acima descritas, em sendo demonstrado o perigo concreto de dano, entendemos ser a dupla responsabilização proporcional e necessária.

De outra banda, defendemos a inconstitucionalidade e desnecessidade de utilização do direito penal na tutela dos bens jurídicos pertinentes a norma, nas condutas em que o indivíduo, após fazer uso de bebida alcoólica ou qualquer outra substância, conduza veículo automotor de maneira prudente, não colocando concretamente em risco à vida, integridade física ou patrimônio de outrem.

Para referidas condutas a utilização do direito administrativo já daria guarida suficiente na defesa dos bens jurídicos tutelados pela norma, não sendo necessária a intervenção do direito penal.

Isso em decorrência do fato de que o direito penal somente deve ser acionado quando os demais ramos do direito se demonstraram insuficientes na defesa de bens jurídicos – *ultima ratio* -, o que não vislumbramos na hipótese em discussão.

Parece-nos que a simples ingestão de qualquer substância, sem que haja uma efetiva alteração no modo de guiar e, por consequência, um risco real para a vida, integridade física ou patrimônio das demais pessoas, não merece possuir reprimenda pelo ramo do direito que possui a medida mais drástica – a prisão.

Para referidas condutas, o incremento de medidas administrativas, tais como agravamento de multas, apreensão do veículo, obrigatoriedade de comparecimentos em curso de reciclagem, demonstram-se plenamente eficazes e suficientes para inibir e/ou punir os infratores.

Utilizar-se do direito penal quando outros ramos do direito mostram-se plenamente eficazes traz a lume a função meramente simbólica do direito penal, a qual manifesta-se com a “inflação legislativa (Direito Penal de emergência), criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias⁷”.

Referida inflação legislativa vai de encontro ao princípio da intervenção mínima, pois leva o direito penal a solucionar conflitos que outros ramos do direito se demonstrariam plenamente aptos.

⁷ Masson, Cleber. Direito penal esquematizado; parte geral – vol 1 / Cleber Masson – 11.ª ed. rev. ampl. – Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2017.

Referido princípio nos ensina que somente os bens jurídicos de maior relevância mereceriam guarida pelo direito penal, havendo verdadeira seleção, em decorrência da importância de tais condutas para a sociedade.

Conforme assevera Roxin, quando explica a fragmentariedade do direito penal, “a proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico⁸”.

Neste contexto, o recrudescimento de medidas administrativas em detrimento das penais se demonstraria plenamente adequado, desestimulando a conduta de guiar veículo automotor e punindo quem insistir em agir dessa forma.

Tais medidas iriam ao encontro do que assevera as mais modernas doutrinas penais, resguardando as funções subsidiária e fragmentária desse ramo do direito.

Afora isso, não podemos olvidar o aspecto pragmático do afastamento do direito penal para referidos casos, o qual resultaria na redução da quantidade de inquéritos, denúncias e ações penais, ganhando-se efetividade e celeridade com demandas efetivamente relevantes – roubos, homicídios, crimes sexuais etc.

Não podemos olvidar ainda que, nas hipóteses de flagrante delito, não raras vezes, por não possuir no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante numerário suficiente para arcar com o valor arbitrado em fiança criminal, o infrator permanece preso, juntamente com criminosos realmente perigosos – ladrões, estupradores, traficantes etc.

Parece-nos que o legislador, no afã de coibir condutas indesejáveis, enxerga somente o direito penal como único ramo competente para tal intento, ignorando o fato de que a utilização de outros ramos do direito pode ser tão eficiente quanto.

Portanto, afastar o direito penal nas hipóteses em que, após fazer uso de qualquer substância, o indivíduo guie veículo automotor, sem gerar qualquer risco a outrem, nos parece medida salutar, levando em conta a gama de princípios constitucionais já descritos, acrescido do fato de que outros ramos do direito, em especial o direito administrativo, certamente dariam a retribuição devida ao infrator e a proteção adequada aos bens jurídicos que se quer proteger.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, t. I, p. 65, extraído de Greco, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

Conclusão:

Pelo exposto, restou devidamente demonstrado o equívoco do legislador ao tipificar como crime a conduta prevista no art. 306 do CTB sem que esteja comprovado o perigo concreto da conduta.

Deveria o legislador nacional ter distinguido referida conduta, deixando para o direito penal somente quando restar devidamente comprovado perigo real de dano aos bens jurídicos tutelados, restando ao direito administrativo a reprimenda para os demais casos.

Utilizar-se do direito penal para punir indivíduos que, em que pese a ingestão de pequena bebida alcoólica ou qualquer outra substância, estejam guiando regularmente veículo automotor constituiu-se verdadeiro direito penal de emergência, o qual visa salvaguardar bens jurídicos sem sequer haver reflexão sobre a necessidade da utilização deste ramo do direito.

Para tais hipóteses, melhor resguardados estariam os bens jurídicos com o recrudescimento das medidas administrativas, deixando para o direito penal somente as condutas em que ocorra um perigo concreto de lesão – casos em que o motorista ingeriu grande quantidade das substâncias já descritas e/ou não consegue guiar o veículo de maneira correta, colocando em risco a vida, patrimônio ou integridade física de outrem.

Ressalte-se a necessidade de, juntamente com o recrudescimento das infrações administrativas, uma efetiva fiscalização do cumprimento do comando normativo, cabendo aos órgãos de trânsito intensa fiscalização, com a conseqüente punição dos infratores.

O legislador, no afã de brevar condutas indesejadas, deveria realizar verdadeiro filtro sobre a possibilidade de resguardar os bens jurídicos tutelados pelos demais ramos do direito, sendo que, somente quando estes demonstrarem ineficazes fazer uso do direito penal.

A utilização do direito penal de maneira exacerbada põe em descrédito este ramo do direito, indo de encontro aos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade.

Neste diapasão, a descriminalização da conduta de embriaguez ao volante, quando não comprovado risco real e efetivo aos bens jurídicos tutelados pela norma,

demonstra-se medida salutar, face ao princípio da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade.

Referências Bibliográficas:

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. Código Penal anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES DUARTE NETO, Júlio. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20artigos_leitura&artigo_id=6154>. Acesso em jun 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado; parte geral – vol 1 / Cleber Masson – 11.ª ed. rev. ampl. – Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2017.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, Dos Crimes de perigo abstrato em face da constituição, 1ª Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003

Site: www.planalto.gov.br