

ARTIGO 306, DO CTB - "EMBRIAGUEZ AO VOLANTE" - A PUNIÇÃO DO COLABORADOR

VIVIANE ALVES SANTOS SILVA

A Lei n. 11.705, de 19.06.08, denominada "lei seca", alterou, bem como acresceu diversos dispositivos ao Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97). O presente estudo ater-se-á à modificação imposta ao artigo 306 do referido diploma legal.

Anteriormente à alteração legal, dispunha a norma em questão que era crime "conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem", estabelecendo pena de detenção de seis meses a três anos, multa e a suspensão ou proibição para dirigir veículo automotor.

O novo diploma legal impôs mudança radical no tipo penal, imputando crime a todo aquele que "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", mantendo, no entanto, a mesma reprimenda penal.

Na égide do antigo dispositivo, o agente deveria estar sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos e, portanto, não bastava a mera ingestão da substância, fazendo-se "necessário que a mesma tenha exercido influência sobre a pessoa, afetando a boa e regular condução do veículo" (LIMA, 2001, p. 357).

Além disso, previa o dispositivo a necessidade de configuração do dano potencial a incolumidade de outrem. Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, não era imprescindível a individualização das vítimas, bastando existirem provas suficientes de que o autor dirigia de modo a colocar em perigo pessoas em geral (2006, p. 849).

Assim, usualmente eram presas por este fato pessoas que estivessem conduzindo veículo em via pública de forma perigosa, em zigue-zague, imprudentemente, ou as que vinham a se envolver em acidentes de trânsito, por exemplo.

O novo diploma legal, com declarado intuito de agravar a punição ao delito e reprimir fortemente a mistura álcool - direção, com maciça campanha

nos meios de comunicação e através de intensa fiscalização viária, retirou do tipo penal a necessidade de dano potencial a incolumidade de outrem. O crime deixou de ser de perigo concreto, não se exigindo mais a comprovação de potencialidade lesiva na condução do veículo automotor.

Não se debaterá aqui a acirrada polêmica sobre a possibilidade ou não de criminalização de condutas que gerem perigo abstrato. Certo é que alguns doutrinadores, como LUIZ FLÁVIO GOMES, entendem que, diante do princípio da lesividade, está proibida no direito penal a concepção do perigo abstrato e, portanto, algumas condutas do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) não teriam sido recepcionadas ou seriam inconstitucionais (2007). Porém, a jurisprudência dos Tribunais Superiores manifesta-se com regularidade sobre a possibilidade de caracterização destes crimes, não reconhecendo óbice para tal incriminação.

Assim, considerando a existência de outros delitos de perigo abstrato no ordenamento jurídico brasileiro, o presente estudo não questionará a constitucionalidade do novo artigo 306, do CTB, neste ponto, presumindo-se sua higidez, em consequência.

A situação *sui generis* que envolve o novel dispositivo legal é a atinente à forma de configuração da embriaguez.

Como já mencionado, o tipo penal anterior exigia que o agente estivesse sob a influência de álcool ou qualquer substância de efeitos análogos. Atualmente, o novo dispositivo prevê específica concentração de álcool por litro de sangue no organismo do condutor necessária para a configuração do delito. Praticamente o crime de embriaguez ao volante todo aquele que conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

Destarte, o que acontecia antigamente, na prática, era que uma pessoa que estivesse conduzindo o veículo gerando dano potencial à incolumidade de outrem e que houvesse suspeita de estar sob a influência de álcool, era levada à perícia médico-legal, ocasião em que o perito através dos sinais clínicos atestava se o indivíduo estava ou não embriagado.

Nos termos de ROBERTO BLANCO DOS SANTOS, a perícia constitui-se de apenas um exame clínico-neuro-psíquico para avaliar se o indivíduo está ou não embriagado (2000, p. 338). Neste exame, são avaliados dentre outros fatores, o equilíbrio, a coordenação motora, a fala, a orientação tempo-espaço, a deambulação, o humor etc., devendo o perito constatar sinais que demonstrem a embriaguez (tais como: euforia demasiada; hálito etílico; vestes desalinhadas; agressividade; fala arrastada; desorientação; andar cambaleante; fisionomia ruborizada; falta de coordenação motora; falta de equilíbrio; irritabilidade; motricidade escrita prejudicada; sonolência; humor instável; excitação; descontrole emocional; náusea/vômito; necessidade de esforço para

manter-se em pé; alteração das habilidades sensoriais; confusão mental; falência respiratória; distúrbios visuais; perda da memória; diminuição dos reflexos; perda do estado de alerta – letargia).

Dessa forma, em regra, não se exigia uma constatação da embriaguez através dos testes para aferir o teor alcoólico no sangue (exames de sangue ou urina e etilômetro), mas somente de forma clínica, sendo relevante consignar que muitos destes sinais podem ser constatados mesmo sem a colaboração do examinando na perícia.

Se, além da positividade na constatação da embriaguez no exame pericial, houvesse a comprovação da exposição a perigo da incolumidade de outrem, estava caracterizada a figura delitiva do artigo 306, do CTB.

Todavia, hodiernamente, a lei exige a demonstração de um percentual para a configuração delitiva (igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue), dado este que somente pode ser aferido através de testes de alcoolemia.

Recentemente, no Simpósio Sul-Fluminense sobre Perícia Criminal promovido pela Associação Brasileira de Medicina Legal na UNIFOA – Centro Universitário de Volta Redonda, no dia 20 de junho de 2009, foi ventilado e esclarecido pelos peritos acerca da impossibilidade de comprovação, apenas pelos sinais clínicos, da concentração de álcool, seja inferior, igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro no sangue do indivíduo.

Isso, porque há uma série de outros fatores que podem influenciar os sinais clínicos, como por exemplo, os medicamentos. Objetivamente, então, os peritos não podem assinalar percentuais de álcool no sangue somente através do exame médico-legal de avaliação das condições clínicas, neurológicas e psíquicas do indivíduo.

Conclui-se, assim, que apenas através de exame de alcoolemia será possível a constatação do teor alcoólico no sangue de modo a viabilizar a responsabilização penal do agente, vez que integra o tipo penal a expressão “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas”.

Ocorre que o direito à não autoincriminação consubstanciado no brocardo latino *nemo tenetur se detegere* ingressou em nosso ordenamento a partir da adesão ao Pacto de São José da Costa Rica. Dispõe o referido diploma legal no artigo 8º, que estabelece o rol de garantias judiciais, que

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada

De acordo com EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, o direito à não autoincriminação impede que o acusado seja “compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse” (2008, p. 26).

Ainda, segundo tal autor, as legislações da Europa, bem como a anglo-americana, preveem hipóteses em que o acusado deverá submeter-se a intervenções corporais com finalidades probatórias, constituindo verdadeiras exceções ao princípio da não autoincriminação. Contudo, como se tratam de medidas dirigidas contra o réu, devem ser rigidamente estabelecidas em lei e sofrer controle judicial (2008, p. 325).

No Brasil, as intervenções corporais não vêm sendo admitidas pelo Supremo Tribunal Federal, nem mesmo nos casos de investigação de paternidade (veja-se HC 71373/RS, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Julgamento: 10/11/1994, DJ de 22-11-1996, p.45686)¹.

No caso específico dos testes de alcoolemia para comprovação de embriaguez no trânsito, prevê o Código de Trânsito Brasileiro a hipótese de recusa. Logo, a não submissão aos testes para aferição do teor alcoólico é prevista e regulamentada pela lei.

Dispõe o artigo 277 do CTB que:

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

Ocorre que no mesmo dispositivo, no parágrafo 3º, o legislador determinou que:

Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no artigo 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

1. Ementa: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.

Assim, além da possibilidade de invocação do direito à não autoincriminação consubstanciado no Pacto de São José da Costa Rica, o condutor pode lastrear a recusa à submissão ao teste de alcoolemia no próprio ordenamento jurídico brasileiro (artigo 277, § 3º, do CTB).

Entretanto, a consequência da recusa dá-se tão somente na seara administrativa, posto que se aplicam as penalidades previstas no artigo 165, do CTB, que prevê a infração administrativa da “embriaguez ao volante”.

Penalmente, nada há que ser feito, pois não há a possibilidade de se trabalhar com presunções na esfera processual penal, que não seja a de inocência.² No âmbito penal, não se admite a responsabilização através de presunção de culpabilidade, como ocorre nos campos civil e administrativo.

NUCCI, comentando a prova no processo penal, esclarece que o “bafômetro” é um aparelho que utiliza um método baseado na premissa de que o álcool distribui-se entre o sangue e o ar do alvéolo pulmonar. No tocante à compulsoriedade do exame, aduz que “seu uso não é obrigatório, pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo” (2007, p. 374).

Deste modo, recusando-se o indivíduo a submeter-se ao etilômetro ou a qualquer outro teste para aferir o teor alcoólico no sangue, impossibilitada está a medição de um percentual de álcool e, portanto, a própria configuração do delito do artigo 306, do CTB.

Conseqüentemente, impossível a prisão em flagrante por referido crime na hipótese de recusa à submissão ao exame e, de forma lógica, não pode o Ministério Público propor a ação penal pública incondicionada em face do indivíduo recalcitrante.

A denúncia padeceria de inépcia, eis que o artigo 41, do Código de Processo Penal dispõe que

A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

De acordo com os ensinamentos de MARCELLUS POLASTRI LIMA as circunstâncias “são aquelas do fato ocorrido que guardem correspondência e se adêquiem ao tipo legal” (2002, p. 250).

Considerando que a perícia não pode aferir somente pelos sinais clínicos, neurológicos e psíquicos do indivíduo a concentração de álcool no sangue, estabelecendo com segurança qual este percentual, não pode haver prisão pela impossibilidade de caracterização delitiva. Isto, porque a denúncia deve

2. Oliveira denomina de “estado ou situação jurídica de inocência” (2008, p. 31).

descrever de forma categórica e precisa o percentual de álcool por litro de sangue no condutor do veículo automotor, não sendo possível conjecturas e suposições no campo processual penal.

Dessa forma, colocou-se nas mãos do condutor do veículo a faculdade de ser preso ou não, sendo a sua submissão ao teste de alcoolemia a única prova possível e viável para a configuração do delito. Se o condutor quiser colaborar com o exame dito “bafômetro” e recair em percentual igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, será preso em flagrante pelo delito do artigo 306, do CTB. Do contrário, caso ofereça recusa, não poderá ser preso por tal delito, subsistindo somente a infração administrativa pela recusa prevista no artigo 277, §3º, do CTB.

A Lei 11.705/08 criou situação imprevista no ordenamento jurídico brasileiro: o condutor de veículo automotor somente será preso se quiser, pois a única prova que pode alicerçar inquérito ou eventual denúncia e processo é o teste de alcoolemia realizado pelo indivíduo.

Vê-se, portanto, que a responsabilização criminal está ocorrendo unicamente com os colaboradores, ou sejam, as pessoas que, por boa vontade ou até ignorância de seus direitos, estão se submetendo à realização do teste do “bafômetro”, situação que beira à injustiça e fere a isonomia, a nosso sentir.

O legislador, ao querer reprimir com mais intensidade a conduta de “embriaguez ao volante”, não se atentou que criou figura típica cuja comprovação de materialidade delitiva depende exclusivamente da sujeição ao teste pelo condutor do veículo.

Dessa forma, apesar dos meios de comunicação venderem a ideia de que a lei é mais rigorosa, tanto penal quanto administrativamente, o maior rigor somente é constatado na seara administrativa, sendo imprescindível a modificação do tipo do artigo 306, do CTB para que haja equidade na responsabilização penal.

No que toca aos processos instaurados sob a égide da antiga lei que previa a necessidade do condutor estar sob a influência de álcool, entende-se a ocorrência da abolição criminis, vez que impossível tornar-se-á a comprovação do teor alcoólico no sangue exigido na nova redação do artigo 306, do CTB.

Então, quem quer ser preso por embriaguez ao volante?

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, DECRETO n. 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

GOMES, Luiz Flavio, A Constituição Federal e os Crimes de Perigo Abstrato, 2007, disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277 acessado em 23.06.2009.

LIMA, Marcellus Polastri. Novas Leis Criminais Especiais Comentadas por Artigos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____, Curso de Processo Penal. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Roberto Blanco dos. Apostila de Medicina Legal, 2000.

VADE MECUM/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2009.