

Embriaguez ao volante – a prova processual e as alterações da Lei 9.503/1997
(Publicado no Boletim 248 – Julho/2013 – do Instituto Brasileiro de Ciências
Criminais – IBCCRIM)

Autor: Carlos Kauffmann

Sob o título “*Rio absolve 3 em cada 4 réus da lei seca*”, jornal de grande circulação na capital de São Paulo publicou, recentemente, matéria que retrata o entendimento do Poder Judiciário fluminense acerca do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, para quem, mesmo antes das modificações operadas pela Lei 12.760/2012, a existência do crime exige comprometimento da atividade psicomotora do motorista, ainda que o teste de bafômetro tenha comprovado a ingestão de álcool acima dos limites da legislação. Na mesma página, porém, referido periódico informa que o “*TJ-SP mantém condenações da 1ª Instância*”, assegurando que referido crime, de mera conduta, dispensa qualquer outra prova além da quantitativa (álcool por litro de sangue).

As constantes modificações do tipo penal que regulamenta – e sempre regulamentou – a embriaguez ao volante permitem tamanha dissonância interpretativa e nos conduzem, hoje, ao retorno daquilo que preconizava em outros casos – a até sob outros aspectos – a justiça do Rio de Janeiro: sem comprometimento da capacidade psicomotora do motorista não há crime.

Inicialmente, o art. 34 da Lei das Contravenções Penais punia quem dirigia veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia. A embriaguez era uma das formas de causar perigo que, à época, era concreto. Com o advento do Código de Trânsito Brasileiro, a embriaguez ao volante foi criminalizada e o perigo, antes concreto, tornou-se abstrato: “*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*”. Passados mais de dez anos, o legislador pátrio optou por instituir a chamada “lei seca”. Fê-lo por intermédio da Lei 11.705/2008 que, alterando de forma abrupta o sistema e tipo penal vigentes, deu nova redação ao art. 306 do Código de Trânsito para adotar critério exclusivamente quantitativo para a tipificação penal: “*conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*”.

O endurecimento legislativo da “lei seca”, porém, não surtiu, de plano, o efeito esperado. Ao adotar critério eminentemente quantitativo de dosagem alcoólica, esqueceu-se, o legislador infraconstitucional, de que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, que, entre outras garantias judiciais, assegura a “*toda pessoa acusada de um delito [...] o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”. Surgiu, daí, o entendimento de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si.

Havia, portanto, um impasse: a nova lei, que pôs fim ao comprometimento da capacidade psicomotora para a caracterização da embriaguez ao volante, tipificou crime de mera conduta que, por sua vez, exigia comprovação material a ser produzida por elementos fornecidos pelo próprio acusado. A existência do crime, dessa forma, dependia da ingenuidade ou boa vontade daqueles que, flagrados embriagados na condução de veículo em via pública, espontaneamente se submetiam ao teste do etilômetro ou a exame de sangue.

Recorrentes foram os casos em que motoristas se recusaram a realizar referido teste, inclusive por não desejar produzir prova contra si, sem que a recusa pudesse acarretar qualquer presunção probatória ou, ainda, crime de desobediência. Nem mesmo eventual embriaguez, constatável por simples visão perfunctória do estado em que se encontrava o motorista, poderia caracterizar crime que, em razão de seu tipo, passou a exigir determinada quantidade de álcool por litro de sangue. Aos renitentes em participar de testes de etilômetros, portanto, restava, apenas e tão somente, aplicar sanção administrativa consistente na suspensão da habilitação.

Após intenso debate sobre o tema e recorrentes decisões que entenderam indispensável, para o crime em apreço, demonstrar-se a quantidade de álcool por litro de sangue, editou-se, na busca de solucionar o impasse probatório que se alongava há quatro anos, a Lei 12.760/2012. Mais uma vez o art. 306 do Código de Trânsito foi substancialmente alterado, inclusive com relação ao tipo penal da embriaguez ao volante. Porém, a alteração legislativa que mais repercutiu, deu-se pela dispensável inclusão do § 2.º no art. 306, no sentido de que *“a verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal[...]”*. Foi o suficiente para que se alardeasse, aos quatro cantos, que a partir desta alteração legislativa a embriaguez ao volante passaria a ser comprovada por qualquer meio de prova, dispensando-se o teste do etilômetro ou outra constatação material da quantidade de álcool por litro de sangue. Falso meio de se falar uma verdade: de nada adiantaria o dispositivo em referência se o legislador não houvesse, também, alterado o tipo penal da embriaguez ao volante para substituir o critério quantitativo pelo qualitativo.

Assim, a principal alteração introduzida pela Lei 12.760/2012, foi a nova redação dada ao art. 306 que, afastando do tipo penal tanto o critério quantitativo quanto o perigo (concreto ou abstrato, estabeleceu ser crime *“conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”*. Hoje, o tipo objetivo, que praticamente reproduz aquilo que era descrito pelo mesmo dispositivo antes do advento da “lei seca”, *consiste na alteração da capacidade psicomotora pela ingestão de álcool em qualquer quantidade*, o que, muitas vezes, por independe de comprovação material, pode ser demonstrada por exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos.

A modificação legislativa foi seguida da Resolução 432 do Contran, nos seguintes termos: *“Art. 3.º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa*

que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor: I – exame de sangue; II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência; III – teste em aparelho destinado a medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro); IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor”.

E, para fins do inciso IV do art. 3.º da Resolução, o agente fiscalizador deve, nos termos do inciso VI Anexo II da mesma Resolução, observar, *a.* quanto à aparência, se o condutor apresenta: sonolência; olhos vermelhos; vômito; soluços; desordem nas vestes; odor de álcool no hálito; *b.* quanto à atitude, se o condutor apresenta: agressividade; arrogância; exaltação; ironia; falante; dispersão; *c.* quanto à orientação, se o condutor: sabe onde está; sabe a data e a hora; *d.* quanto à memória, se o condutor: sabe seu endereço; lembra dos atos cometidos; *e.* quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: dificuldade no equilíbrio; fala alterada. Tudo isso para que possa assinalar, em formulário previamente elaborado, se o condutor está sob influência de álcool ou de substância psicoativa.

Contudo, o teste do etilômetro não está descartado nesta nova sistemática. Isto porque há presunção legal de alteração da capacidade psicomotora pela concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar (art. 306, I, da Lei 9.503/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.760/2012).

Esta nova redação do art. 306 Código de Trânsito, especialmente em razão do disposto no inciso I, permite, em primeiro momento, a equivocada conclusão no sentido de que a embriaguez ao volante se tipifica tanto pela alteração da capacidade psicomotora, independentemente da quantidade de álcool ingerida (critério qualitativo), quanto pela concentração de álcool por litro de sangue ou ar alveolar superior à permitida por lei (critério quantitativo). A presunção legal do inciso I, porém, é relativa e permite demonstração de que a quantidade de álcool encontrada nenhuma influência teve sobre a capacidade psicomotora do agente. Cabe a este, porém, demonstrar que esta capacidade encontrava-se incólume, mesmo tendo ingerido álcool acima do permissivo legal.

As inovações introduzidas pela Lei 12.760/2012 e seus complementos, especialmente aquelas relacionadas à fiscalização que precede a lavratura do flagrante ou eventual inquérito policial, não podem ser analisadas de forma isolada do sistema processual vigente. Por isso e “em obediência ao princípio constitucional do contraditório”, as provas colhidas durante a fiscalização de trânsito, levadas à eventual investigação policial ou processo criminal, principalmente as renováveis, não autorizam, por si, a condenação: necessitam apoiar-se nos elementos produzidos na instrução contraditória e demonstrar o inequívoco *comprometimento da atividade psicomotora do motorista* pela ingestão de álcool (em qualquer quantidade).

Carlos Kauffmann

Professor de Processo Penal da PUC-SP.
Conselheiro Secional da OAB-SP.
Advogado