

A atual sistemática no tratamento jurídico oferecido ao crime de embriaguez na condução de veículo automotor em face dos princípios penais.

Fábio Fernandes Chaim.

Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogado.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a atual redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro contraposto em face dos princípios penais da proporcionalidade, lesividade e da intervenção mínima. É necessário demonstrar que a atual redação do dispositivo permitiu uma complementação da norma penal pela via administrativa que resultou em excesso no exercício da competência atribuída pela própria lei ao Conselho Nacional de Trânsito. É necessário demonstrar que a realização de teste clínico por agente de fiscalização atribuído à prova por ele produzido valor equivalente a do médico perito, provido de treinamento especializado para a conduta. É necessário, também, demonstrar que o tratamento jurídico oferecido ao delito como sendo de perigo abstrato ignora fatores relacionados ao contexto da conduta do agente sendo irrelevante se ele tomou as medidas necessárias para não dirigir embriagado e se conduziu o veículo com cautela, bastando estar acima do limite legal estabelecido. É necessário, por fim, demonstrar que o clamor popular gerado pelos delitos de trânsito praticados sobre a influência de bebida alcoólica levou a uma aplicação desproporcional da legislação, resultando na violação de princípios essenciais ao direito penal.

Palavras-chave: “Lei Seca”, Embriaguez ao Volante, princípios penais.

INTRODUÇÃO.

O consumo de álcool em conjunto com a condução de veículo automotor é responsável por um enorme número de mortes e mutilações no trânsito brasileiro todos os anos, resultado não apenas do consumo da substância em si, mas das altas quantidades ingeridas por cada agente criminoso.

A tolerância cultural e histórica ao consumo da substância (até mesmo com o incentivo publicitário), os interesses comerciais envolvidos com a comercialização e a evidente falha de medidas proibicionistas facilitam a aquisição e o consumo de grandes quantidades de bebidas alcoólicas, não havendo controle sobre o usuário acerca do quanto ele ingere, mas apenas se ele poderia ter ingerido (a chamada barreira etária).

A repressão ao consumo excessivo de álcool ocorre tão somente após a ingestão excessiva e da consumação de alguma conduta criminosa (como tipo próprio previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ou como agravante/causa de aumento de pena em outros delitos) ou ilícito administrativo (artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro).

Não obstante, contradizendo o princípio penal da intervenção mínima e atendendo a uma demanda social por uma criminalização crescente de condutas (incluindo o aumento das penas) criou-se uma contradição ao oferecer uma abordagem criminal excessiva a condutas que possuem fatores criminógenos sociais, culturais e econômicos que transcendem a atual abordagem oferecida ao tema, resultando numa atuação em política criminal voltada para uma repressão mais enérgica aos delitos praticados sobre a influência de álcool, sem um tratamento definitivo ao tema, dentro da sistemática de que o aumento das penas seria o suficiente para prevenir a prática do crime.

A CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB EFEITO DE ALCOOL CONFORME PREVISTO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.

A atual redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ao disciplinar o crime de embriaguez ao volante versa que:

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 ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Conforme orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (HC 109269 / MG), o delito é classificado como sendo de perigo abstrato gerando a presunção de que o agente, ao conduzir veículo automotor sob efeito de bebida alcoólica acima do limite legal estabelecido, expôs a perigo o bem jurídico tutelado pela norma.

Desta forma, não importa a maneira como o agente estava conduzindo o veículo bastando estar acima do limite legalmente estabelecido na lei o crime para que o crime esteja caracterizado.

Por outro lado, reconheceu o legislador ao criar dois ilícitos, um administrativo e outro penal, que nem toda a ingestão de bebida alcoólica

combinada com a condução de veículo automotor possui a gravidade necessária para expor a perigo abstrato o objeto jurídico tutelado pela norma (segurança viária).

Apenas a ingestão de álcool que coloque o agente acima dos limites legais estabelecidos no teste sanguíneo e de bafômetro, bem como os casos em que agente esteja visivelmente embriagado (ainda que se recuse a fazer os testes) são o suficiente para tornar necessária a aplicação do direito penal.

Trata-se da presença no próprio texto legal de um dos mandamentos mais importantes do direito penal, ou seja, sua aplicação apenas como *ultima ratio*, em atendimento ao princípio da intervenção mínima, que reserva o tratamento criminal as condutas dotadas de maior gravidade.

A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO NA COMPLEMENTAÇÃO DA NORMA PENAL.

Conforme disposto no artigo 306, parágrafo 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, compete ao CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), órgão criado no âmbito do Ministério das Cidades (Portaria n. 660/14) dispor sobre os critérios de equivalência para efeito da caracterização do crime de embriaguez do volante.

Trata-se da Resolução de n. 432/2013, cujo teor dispõe de diversos elementos desconhecidos ao cidadão comum e que dificultam a aplicação da legislação de trânsito ao caso concreto.

O primeiro deles é o disposto em seu artigo 4º, o qual versa que o etilômetro (bafômetro) deve: i) ser de modelo aprovado pelo INMETRO; ii) ter sido aprovado em quatro inspeções diferentes (inicial, eventual, em serviço e anual); e iii) deve ser descontada margem de tolerância, conforme previsto em tabela anexa à própria resolução.

Não bastando os diversos requisitos ao emprego de um instrumento de fiscalização cuja utilização é considerada prioritária pela própria resolução (artigo 3º, parágrafo 2º) a existência de margens de tolerância previstas em tabela criada por Resolução administrativa claramente viola o princípio constitucional da separação entre os poderes.

Ocorre que alterações administrativas nos limites desta margem de tolerância servem para modificar a interpretação do ilícito como sendo meramente administrativo ou criminoso, sujeitando o indivíduo a sanções completamente diferentes.

Não compete a um órgão do Poder Executivo determinar se uma conduta é ou deixa de ser crime, podendo alterar os parâmetros sem qualquer mecanismo de consulta popular.

O processo legislativo é a expressão da vontade popular através de seus representantes democraticamente eleitos, de forma que as leis produzidas são, em tese, a expressão do desejo da sociedade acerca da produção legal de determinado tema.

A presente lógica é ainda mais séria quando se trata de matéria penal, tratando-se da *ultima ratio*, a criminalização de uma conduta acaba sendo uma matéria delicada, motivo pelo qual a própria Constituição Federal submeteu exclusivamente a União, através do Congresso, a prerrogativa de legislar sobre o assunto (artigos 22 e 44) , protegendo o direito penal de interesses políticos na atuação do poder executivo (nomeação de cargos) e a população de qualquer tentativa de abuso no exercício do poder punitivo estatal por meio de alterações arbitrárias e abusivas no texto legal, sem respeito aos mecanismos de consulta popular.

Portanto, muito embora os limites legais que separam o ilícito administrativo do criminal estejam claramente expressos no próprio texto legal, as margens de tolerância (cuja própria possibilidade jurídica de existência sequer se encontra prevista na norma legal originária) são determinadas por Resolução de órgão do Poder Executivo que acaba conseqüentemente excedendo sua competência “legislando” em sede de matéria penal.

A complexidade da questão revela-se principalmente quando da análise do disposto no anexo I da própria Resolução n. 432/13, responsável por definir a margem de tolerância utilizada para efeito da consideração de ilícito administrativo e criminal.

Com tal finalidade emprega a fórmula $VC = MR - EM$, ou seja, Valor Considerado é igual a Medição Realizada pelo etilômetro menos o Erro Máximo admissível.

Desta forma, cria-se a contradição expressa no artigo 7º, inciso II, da Resolução n. 432/13, o qual versa que para efeito de aplicação do artigo 306 do CTB, deve ser considerado o volume de 0,34 mg/L no teste do bafômetro, ao tempo que a legislação expressa claramente o limite legal de 0,30 mg/L.

Esta contradição não apenas dificulta a aplicação da lei ao caso concreto como deixa claro que o Conselho Nacional de Trânsito excedeu sua competência regulamentadora prevista na própria legislação de trânsito, que não atribui a ele a prerrogativa de criar margens de tolerância para o teste do bafômetro.

Neste sentido, caso o agente ao soprar o teste do bafômetro acuse 0,32 mg/L ele estará, ao mesmo tempo, cometendo e deixando de cometer o crime previsto no artigo 306 do CTB. Trata-se de uma contradição expressa no sentido de que, embora ele esteja claramente acima do limite previsto em lei, ele está abaixo do valor considerado, descontando a margem de erro admissível, tudo isso definido por um órgão do poder executivo através de resolução administrativa no exercício de prerrogativa que não lhe foi atribuída, violando o princípio da legalidade, quando de sua aplicação aos órgãos da administração pública.

Suponhamos, ainda, que uma nova alteração da resolução modifique a tabela do anexo I, alterando o valor mínimo considerado (VC) de 0,34 mg/l para 0,40 mg/L, situação na qual há que se considerar a ocorrência de *abolitio criminis* para todos os agentes flagrados no passado entre ambas as margens (0,34 mg/L até 0,39 mg/L), ou seja, uma resolução administrativa possui a capacidade de fazer com que uma considerada antes considerada como criminosa deixe de sê-lo, sem nenhum mecanismo de consulta popular.

A lógica contrária também é válida, pois a tabela do anexo I pode facilmente ser alterada reduzindo o Valor Considerado ou alterando a fórmula matemática criada, fazendo com que condutas anteriormente consideradas como ilícito administrativo passem a ser criminosas.

Não há segurança jurídica alguma ao convergir para órgão do Poder Executivo tão importante prerrogativa, cujo resultado foi o excesso em sua atuação ao criar margens de tolerância sem previsão legal.

Ademais, conforme demonstrado anteriormente, há que se considerar o presente raciocínio em face do tratamento legal oferecido ao delito do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro como sendo crime de perigo abstrato. Sendo o perigo presumido pela transcendência da margem legal estabelecida e sendo inadmissível a produção de prova da ausência de sua ocorrência, as alterações nos limites legais de caracterização do delito por meio de atuação administrativa prejudicam a capacidade do agente de se defender no caso concreto.

Não bastando as contradições existentes na legislação acerca da aplicação do teste do etilômetro nos procedimentos de fiscalização, criou-se também a possibilidade de que o crime de embriaguez ao volante possa ser comprovado por meio de testes clínicos visuais (Artigo 306, parágrafo 2º, do Código de Trânsito Brasileiro), cuja dinâmica encontra-se prevista no anexo II da Resolução 432/2013 do CONTRAN.

Primeiramente, atribuiu ao agente fiscalizador a competência concorrente com a de médicos peritos (artigo 5º, incisos I e II) para auferir se o cidadão submetido à fiscalização encontra-se com os chamados sinais de embriaguez (anexo II), quais sejam:

“VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador:

a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:

- i. Sonolência;
- ii. Olhos vermelhos;
- iii. Vômito;
- iv. Soluços;
- v. Desordem nas vestes;
- vi. Odor de álcool no hálito.

b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta:

- i. Agressividade;

- ii. Arrogância;
 - iii. Exaltação;
 - iv. Ironia;
 - v. Falante;
 - vi. Dispersão.
- c. Quanto à orientação, se o condutor:
- i. sabe onde está;
 - ii. sabe a data e a hora.
- d. Quanto à memória, se o condutor:
- i. sabe seu endereço;
 - ii. lembra dos atos cometidos;
- e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta:
- i. Dificuldade no equilíbrio;
 - ii. Fala alterada;”

Dentre todos os sinais elencados, o único inquestionavelmente relacionado com a ingestão de bebida alcoólica é o hálito etílico (item a, vi), podendo os demais estar relacionados com outros fatores, dentre eles: i) fadiga (sonolência, olhos vermelhos, desordem nas vestes, dispersão); ii) problemas diversos de ordem biológica (vômito, soluços, distúrbios de memória, comprometimento da capacidade motora, verbal e de orientação); e iii) personalidade (agressividade, arrogância, exaltação, ironia, falante).

Não há que se questionar que o álcool possui a capacidade para influenciar estes elementos, mas há que se admitir também que eles podem e costumam guardar relação com diversos outros elementos causadores, o que demanda cautela da autoridade policial ou de trânsito quando do exercício de fiscalização ao condutor.

Portanto, com base em uma tabela prevista em resolução administrativa foi atribuído ao agente fiscalizador a mesma competência e capacidade de produção de prova (com plena validade judicial) a de um médico perito, que mesmo tendo sido submetido a anos de treinamento é obrigado ainda a fornecer laudo pericial conclusivo quando de sua análise, ou seja, tendo mais requisitos ao exercício de seu ofício do que um agente público fiscalizador, provido apenas de seu próprio bom senso e de uma série de requisitos previstos em resolução administrativa, passíveis de serem alterados a qualquer momento.

Trata-se de uma evidente desproporcionalidade derivada da pressa de se alterar a legislação como contraponto a negativa crescente (no momento histórico) de diversos motoristas de se submeterem ao teste do etilômetro.

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, DOLO E CULPA.

Neste ponto, cabe ressaltar que os critérios sanguíneos e de bafômetro para constatação da embriaguez fogem ao controle do homem médio. Por mais conhecimento teórico que possua acerca do assunto, a determinação precisa da quantidade de álcool por litro de sangue durante e horas após o ato de ingestão é algo impossível de ser praticado sem o equipamento adequado.

Ainda que a intenção do agente seja a de não dirigir sob o efeito de bebida alcoólica reduzindo a quantidade ingerida e tomando as providências necessárias para mitigar seus efeitos inebriantes, ou seja, o consumo concomitante com alimentos, o aguardo de algumas horas entre a última ingestão e o ato de dirigir e o uso de bebida não alcoólica com alto teor de glicose, nenhuma dessas medidas é garantia ao agente de que conduzirá o veículo sem nenhum traço de álcool em seu sangue e/ou no ar expelido pelos pulmões (ou ao menos abaixo do limite legal previsto para a caracterização de crime).

Não obstante, este mesmo agente, que tomou os cuidados no sentido de suprimir ou mitigar os efeitos do consumo, for flagrado no teste do etilômetro acima do citado e contraditório limite de 0,30 ml/g (legislação) ou 0,34mg/L (Resolução n. 432/13 do CONTRAN) previsto para o teste do etilômetro, estará cometendo crime,

estando sujeito a pena privativa de liberdade de seis meses a três anos de detenção presumindo-se a existência de dolo direto ou eventual (o delito não possui forma culposa) em sua conduta.

Ocorre que o agente que ingeriu bebida alcoólica e tomou as medidas para mitigar seus efeitos claramente não agiu com dolo direto ao conduzir o veículo automotor, assim como não há que se falar em dolo eventual, pois o resultado lesivo não apenas foi previsto como foram tomadas as medidas consideradas necessárias para evitar sua ocorrência.

No pior cenário possível, seria o caso de culpa em sua forma consciente (não prevista no tipo penal), pois o agente teria antecipado o resultado lesivo e tomado as medidas que considerou necessárias para evitar a sua ocorrência, qual seja expor a segurança viária a perigo abstrato.

Portanto, trata-se de uma conduta cuja punição adequada claramente é aquela prevista na via administrativa, conforme o disposto no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, qual seja a sanção de multa e suspensão do direito de dirigir por doze meses.

Não há que se equiparar a conduta deste agente, que tomou as medidas que considerou necessárias para não dirigir embriagado a de um agente que ciente da ingestão exagerada de álcool opta por dirigir imediatamente e em alta velocidade, agindo dolo direto e indiferença perante o bem jurídico tutelado pela norma.

Criminalizar ambas as condutas no mesmo artigo (306 do Código de Trânsito Brasileiro), sujeitando os agentes a mesma pena é dizer que duas ações (com consequências e motivações diferentes) seriam, para efeitos legais, equivalentes, estando evidente a violação dos princípios penais da proporcionalidade, da lesividade e da intervenção mínima.

A aplicação exclusiva de sanção administrativa ao condutor que ao menos busca evitar dirigir sob o efeito de álcool e almeja reduzir o risco de acidente (redobrando a cautela), é reconhecer o mérito do contexto de sua ação aplicando uma punição justa, proporcional e adequada e reservando a tutela penal aos agentes que demonstrem indiferença para com a lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O consumo de bebidas alcoólicas é uma prática culturalmente incentivada no mundo ocidental (incluindo a sociedade brasileira) sendo utilizada para entorpecer a mente das dificuldades do cotidiano e facilitar o relaxamento nos momentos de descanso.

Como se não bastasse, há que se considerar a importância para a ordem econômica dos grandes fabricantes de bebidas alcólicas, cuja influência pode ser sentida desde a produção agrícola de matérias primas até a prestação de serviços nos grandes centros urbanos, bem como das grandes campanhas publicitárias que incentivam o consumo de álcool.

O conjunto destes fatores compromete a edição e execução de políticas públicas voltadas a seu controle na venda e consumo, sendo o único limite atualmente existente a barreira etária para a comercialização, prevista na leitura conjunta dos artigos 2º e 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo evidente a contradição existente entre o vasto escopo de problemas causados pelo consumo do álcool em face da liberação de sua comercialização pelo Poder Público (e do incentivo cultural em seu consumo) há que se questionar a real eficácia da expansão dos tipos penais relacionados, com a aplicação de penas mais severas e maiores taxas de condenação, agora aplicável a condutas consideravelmente diferentes.

Ao agente do delito, que observa um Estado e uma sociedade contraditórios no tratamento oferecido ao tema, resta lidar com a contradição a seu próprio modo, não internalizando os valores tutelados pelas normas penais relacionadas, violando o disposto em lei em ambientes de menor vigilância e cumprindo nos demais.

O Estado, por sua vez, busca respaldo nas estatísticas relacionadas com a redução de acidentes de mortes no trânsito desde o endurecimento da “Lei Seca”, partindo do pressuposto de que a legitimidade do tratamento legal oferecido ao tema guarda relação com seus efeitos práticos, independente de suas contradições, desproporcionalidades e das citadas violações a diversos princípios penais, bem

como independente do fato de que condutas fundamentalmente diferentes estão sujeitas a aplicação das mesmas sanções.

Ao agente que consome bebida alcoólica em ambiente social, se alimenta, aguarda e conduz seu veículo com cautela, resta contar com a sorte de que o álcool já não esteja em seu organismo, pois para todos os efeitos o contexto de ingestão e condução é juridicamente irrelevante sendo ele tão criminoso (caso acima do limite legal) quanto àquele que dirige em embriaguez quase que completa.

BIBLIOGRAFIA.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

MOLINA, Antonio García-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* 5ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial*. 7ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2008.

SILVA, Luiza Lopes da. *A questão das Drogas nas Relações Internacionais. Uma perspectiva brasileira*. Brasília. FUNAG. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 9ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. Volume 1.