

Comentário à Jurisprudência

COMENTÁRIOS SOBRE O ART. 306 DO CTB NA PRÁTICA FORENSE

RODRIGO IENNAO DE MORAES
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Desde sua entrada em vigor, sobretudo por sua repercussão na imprensa e pelo aparente reflexo sobre uma camada da população pouco acostumada à possibilidade de se tornar processada criminalmente, o tipo de injusto previsto no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, com sua nova roupagem, vem causando polêmica.

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.

Grande parte dos investigados oferece recusa à ordem de submissão a teste de alcoolemia, embora, às vezes, a prova testemunhal e as circunstâncias demonstrem que conduzia veículo sob influência de álcool ou droga de efeito análogo.

Discorrendo sobre crimes dessa natureza, Rogério Schietti Machado Cruz (2009) diz:

Não se pode aguardar que o motorista que conduz seu automóvel 'sob influência de álcool' cometa alguma irregularidade ou acidente para, só então, puni-lo. Quem vive em coletividade e se submete às regras do convívio social espera que os demais cidadãos também se comportem dentro da lei. No trânsito, com maior razão, aguarda-se dos demais motoristas um mínimo de respeito às normas pertinentes. Fala-se mesmo em 'princípio da confiança', pelo qual o motorista conduz seu veículo na firme crença de que, por exemplo, ao passar por um cruzamento, os automóveis que se aproximam do sinal vermelho pela via perpendicular irão parar e permitir-lhe continuar trafegando na pista onde o sinal encontra-se verde. Se o outro motorista estiver embriagado, essa confiança produzirá um indiscutível incremento do risco de que a falta

de atenção ou de reação decorrente da excessiva ingestão de álcool do motorista leve-o a avançar o semáforo e a pôr em concreto risco de perecimento não só a sua própria vida como a de todos os que estiverem cumprindo as normas de trânsito.

Porém, ao contrário do sustentado pelo culto Procurador de Justiça do MPDFT, nas conclusões do artigo, entendemos impossível a imputação do delito do art. 306 àquele em desfavor de quem o Estado não conseguiu comprovar concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue – ainda que tal ocorra em virtude da recusa do condutor do veículo em submeter-se ao teste do “bafômetro” ou similar. O mencionado doutrinador prossegue:

No que diz com a hipótese ora questionada – prova da concentração de álcool no sangue do condutor do automóvel – é certo que o etilômetro (ou a alcoolemia) serve para tornar mais objetiva e precisa a determinação e documentação de quão influenciado pelo álcool ingerido está o condutor que, voluntariamente, se submete a tal instrumento. Assim, ao envolver-se em um acidente ou ao ser parado em uma blitz, o condutor do veículo automotor que apresentar sinais de ingestão de bebida alcoólica, será convidado a soprar o bafômetro (ou a fornecer, em local e sob condições adequadas, pequena amostra de sangue). Aquiescendo a tanto, a colaboração do motorista estancará qualquer dúvida quanto à suspeita do agente de trânsito ou policial, quer para aferir concentração de álcool suficiente a caracterizar uma infração administrativa ou uma infração penal, quer para demonstrar que a suspeita não tinha fundamento.

Recusando-se, no entanto, a colaborar para a realização dessa prova, a condução coercitiva do motorista ao IML será autorizada quando presente justa causa, ou seja, quando houver sinais de que ingeriu bebida alcoólica e que conduzia o veículo sob sua influência (*fumus comissi delicti*). Na presença do médico-legista, o condutor será criteriosamente avaliado e, presentes sinais exteriores típicos de quem se encontra com elevada concentração de álcool no sangue, acreditamos ser possível indicar, se não o percentual exato da concentração etílica, ao menos que o examinando está, seguramente, com mais de 6 decigramas de álcool no sangue. Não se trata de uma conclusão pericial subjetiva ou elaborada sem critérios científicos, mas, sim, da constatação, tanto pelas regras de experiência inerentes à profissão médica quanto pelo conhecimento da Medicina acerca dos efeitos e sintomas derivados da ingestão de bebida alcoólica, de que o examinando apresenta grau de concentração de álcool no sangue superior ao mínimo exigido em lei para a caracterização do ilícito penal. (CRUZ, 2009).

Não entendemos viável, também, a prova da concentração por outro meio que não o etilômetro ou exame de sangue – até porque há decreto federal regulamentando a equivalência entre exames distintos, sem menção à aferição meramente clínica:

Não que o condutor tenha o direito de assim proceder; não tem! Nem se alegue que a recusa é legítima porque amparada em princípio constitucional implícito, no sentido de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo. Não é isso! A condução de veículo automotor é atividade restrita e vinculada, que deve satisfazer determinados requisitos, entre os quais a abstenção de álcool. Se o cidadão quer conduzir veículo automotor, deve gozar de boa saúde física e psicológica, sendo incompatível, em concreto, a condução com a percepção dos sentidos e reflexos alterados pelo uso de droga – ainda que lícita. Se se recusa a soprar o aparelho, não pode conduzir veículo. Daí se extrai que a mencionada prerrogativa constitucional não o agasalha. Ocorre que o Estado não possui meio de compeli-lo a submeter-se ao teste, embora possa legitimamente puni-lo em razão da recusa – o que não seria possível se ele tivesse o direito de não se submeter à aferição estatal da manutenção das condições para condução segura de veículo no trânsito. Com entendimento diverso, mas igualmente ressaltando a impossibilidade de submeter, *manu militari*, o condutor de veículo a exame contra sua vontade, temos o magistério do Promotor de Justiça de São Paulo, Renato Marcão (2009):

[...] o agente surpreendido na via pública, sobre o qual recaia suspeita de encontrar-se a conduzir veículo automotor sob influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, não poderá ser submetido, contra sua vontade, sem sua explícita autorização, a qualquer procedimento que implique intervenção corporal, da mesma maneira que não está obrigado a se pronunciar a respeito de fatos contra si imputados (art. 5º, LXIII, CF), sem que de tal 'silêncio constitucional' se possa extrair qualquer conclusão em seu desfavor [...].

Embora seja paradoxal, não há, ao menos na vigência do atual art. 306 do CTB, como concluir positivamente pela subsunção de sua conduta ao modelo ora erigido pelo legislador, nessa demagógica “Lei Seca”. É que a pedra fundamental e o pilar sobre o qual se sustenta o sistema jurídico-penal democrático é a tipicidade formal. Sem ela não há crime, de plano. Não se pode invocar legitimamente uma interpretação teleológico-normativa para afastar obstáculo de tamanha envergadura garantista! Definitivamente não!

E o legislador pátrio inseriu no modelo de conduta a referida concentração de álcool, que se tem então como elemento objetivo do tipo. Aliás, é exatamente essa concentração específica que distingue o crime da infração administrativa – ou seja, para esta, está dispensada a demonstração técnico-científica-quantitativa de álcool no sangue. Para o crime do art. 306, não há como fazê-lo.

Outra não é a conclusão de Renato Marcão (2009):

Em decorrência das mudanças introduzidas com o advento da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, apenas poderá ser chamada a prestar contas à Justiça Criminal 'por embriaguez' ao volante, nos moldes do art. 306, *caput*, primeira parte, do Código de Trânsito Brasileiro, a pessoa que assim desejar ou aquela que for enleada ou mal informada a respeito de seus direitos, e por isso optar por se submeter ou consentir em ser submetida a exames de alcoolemia ou teste do 'bafômetro' tratados no *caput* do art. 277 do mesmo *Codex* e, em decorrência disso, ficar provada a presença da dosagem não permitida de álcool por litro de sangue.

Há julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais neste sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ABSOLVIÇÃO - LEI Nº 11.705/2008 MAIS BENÉFICA AO RÉU - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO IGUAL OU SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE - AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA PELA COMPROVAÇÃO INDIRETA - RETROATIVIDADE BENÉFICA - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO - RECURSO PROVIDO. 'Com a nova redação do art. 306, 'caput', do CTB, passou-se a exigir, como figura elementar do tipo, que o condutor do veículo automotor transite em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. Sendo assim, restou a responsabilização criminal por embriaguez ao volante condicionada à efetiva comprovação de que o agente conduza veículo automotor com a referida concentração de álcool no sangue para a formação da materialidade. Ausente, pois, a prova técnica cabal pertinente, absolve-se por insuficiência probatória à luz do art. 386, VII, do CPP. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0261.05.031687-4/001 - COMARCA DE FORMIGA - APELANTE(S): ITAMAR DE RESENDE - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDUARDO BRUM).

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER O RECURSO, VENCIDO O 1º VOGAL.

Belo Horizonte, 07 de outubro de 2008.

DES. EDUARDO BRUM - Relator

[...]

Destaca-se que, com a nova redação, passou-se a exigir, como figura elementar do tipo, que o condutor do veículo automotor transite em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. Sendo assim, restou a responsabilização criminal por embriaguez ao volante condicionada à efetiva comprovação de que o agente conduza veículo automotor com a referida concentração de álcool no sangue para a formação da materialidade.

Trocando em miúdos, a nova lei, repisa-se, tornou imprescindível a exata constatação de nível de alcoolemia igual ou superior a 6 (seis) dg/L para o aperfeiçoamento do tipo penal, estabelecendo elementar antes não preceituada.

Trata-se de *novatio legis in mellius*, uma vez que, na forma do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, 'A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado', valendo lembrar, outrossim, na esteira da Carta Magna, que 'A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu' (art. 5º, XL). E deve retroagir, uma vez que criou óbice à caracterização do crime, isto é, o nível de álcool no sangue devidamente comprovado que passou a impor e que antes não era exigido.

Nesse sentido, sustenta Fernando Capez (2008, p. 12):

[...] No momento em que o nível de alcoolemia (6 decigramas de álcool por litro de sangue) foi inserido como elementar do tipo incriminador, tornou-se imprescindível a comprovação cabal dessa dosagem sob pena de atipicidade da conduta. O nível de álcool, por se tratar de medida técnica, necessita de demonstração pericial. Em outras palavras, não se consegue extrair o exato nível de alcoolemia mandando o agente 'fazer o quatro' ou 'dar uma andadinha' ou ainda 'falar 33 no consultório médico' [...] Assim, sob tal aspecto, operou-se uma *novatio legis in mellius*, com o amesquinhamento do arsenal probatório do detentor do jus puniendi. Embora a questão tenha caráter processual, é inequívoco seu caráter híbrido, já que se encontra umbilicamente ligada a elementar do fato típico [...]. Nos processos em andamento, por crime anterior à nova Lei, aplica-se a proibição da prova testemunhal, inovação mais benéfica, com incidência imediata. Nesses casos, o sujeito somente poderá ser condenado se: (a) a prova pericial comprovar que ele estava embriagado de acordo com os níveis de alcoolemia exigidos na época do crime; (b) se esta comprovação se der mediante prova pericial; (c) se da conduta resultar perigo para a coletividade.

Guilherme de Souza Nucci (2008) ainda enfatiza:

Agora, é preciso conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas [...]. Ora, anteriormente, qualquer prova testemunhal seria facilmente aceita para demonstrar que o condutor dirigia sob influência de álcool (qualquer quantidade), causando perigo à segurança viária. A partir da edição da Lei nº 11.705/08, somente se consegue demonstrar que alguém dirige com precisa e determinada concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue fazendo-se exame pericial. (NUCCI, 2008, p. 14)

De outra banda, impossível juridicamente é dar outra interpretação à norma, procurando trilhar um caminho diferente daquele escolhido pelo legislador, tal como conjugar o art. 306 com o parágrafo segundo do art. 277 do CTB, que reza que “A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor”. Isto, pois o art. 165 e, por conseguinte, o art. 277, § 2º, do CTB, cuidam taxativa e exclusivamente de matéria administrativa, conforme se observa da redação do próprio texto em comento, não sendo, de maneira alguma, fonte de Direito Penal.

Sendo assim e, no caso concreto, não estando os autos instruídos com a indispensável prova técnica demonstrando que o apelante conduziu o veículo sob o efeito de álcool na exata concentração determinada pela nova lei, havendo dúvida acerca da materialidade delitiva, que não pode ser suprida pela comprovação indireta, a absolvição se impõe, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para absolver o réu.

Custas *ex lege*. [...] SÚMULA : RECURSO PROVIDO, VENCIDO O 1º VOGAL.

Isso não significa, por outro lado, que a conduta daquele que conduz veículo sob a influência de álcool, desconhecida a concentração por litro de sangue – entre outras situações porque se recusou a submeter-se ao teste – seja um indiferente penal. Ao contrário, temos que a recusa é inconstitucional e ilegítima, rendendo ensejo a responsabilidade por crime de desobediência ou, se for o caso, por crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132, CP) ou infração de direção perigosa (art. 34, LCP). As duas últimas figuras funcionam como autênticos “soldados de reserva”, delitos subsidiários e remanescentes que autorizam a punição penal do agente, sem prejuízo de providências administrativas que impeçam o motorista leviano de colocar em risco a segurança viária.

O próprio Rogério Schietti Machado Cruz (2009), acima citado, admite a solução ora preconizada:

Releva, por derradeiro, aventar a possibilidade de que, no curso da instrução criminal, se forme prova de que o acusado, ao colocar-se deliberadamente na condução de um automóvel, em via pública, ciente de que ingerira razoável quantidade de bebida alcoólica, pôs sob risco a vida de outras pessoas, de modo a configurar, se não o crime positivado no artigo 306 do CTB, ao menos o delito de exposição a perigo, previsto no artigo 132 do Código Penal (como ocorria em algumas situações enfrentadas pelos tribunais, antes da entrada em vigor do Código de Trânsito), o que sinaliza para o erro de uma prematura conclusão de que não é punível a conduta de quem, embriagado, conduz veículo automotor em via pública, somente porque, por algum motivo, não foi feita a prova da alcoolemia por meio de exame laboratorial ou por meio do etilômetro.

O intérprete não pode sobrepor seu desejo de justiça ao postulado constitucional maior da legalidade – que em matéria penal se traduz em tipicidade estrita como ponto de partida e fundamento da imputação. Ao contrário, deve sinalizar ao legislador seu equívoco para que suplante a antinomia gerada no sistema, em que aquele que recusa é punido com menor rigor em relação ao que se submete, embriagado, ao teste. Vale reproduzir o desabafo de Renato Marcão (2009): “Se a pretensão do legislador era outra, deveria conhecer melhor o sistema jurídico-normativo”.

Enfim, em casos tais, quando haja ausência de prova técnica da embriaguez, outra solução não resta ao órgão ministerial senão postular a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, vez que eventual delito remanescente caracteriza infração de pequeno potencial ofensivo. ♦

Referências bibliográficas

CAPEZ, Fernando. Lei nº 11.705/2008: a Lei Seca. *Carta Forense*, São Paulo, ago. 2008.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Embriaguez ao volante*: recusa a produzir prova não exclui o crime. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=398>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

MARCÃO, Renato. *Embriaguez ao volante; exames de alcoolemia e teste do bafômetro*. Uma análise do novo art. 306, *caput*, do CTB. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=393>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. A presunção de inocência e a “Lei Seca”. *Jornal Carta Forense*, segunda-feira, 4 de agosto. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=2136>>. Acesso em 30 jul. 2008.