

# Retroatividade *Secundum Eventum Probationis* do Novo Art. 306 do CTB

Cássio Benvenuto de Castro  
*Juiz de Direito do TJ/RS*

## 1. PERSPECTIVA DE ANÁLISE

A recente Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, atribuiu nova redação ao delito de conduzir veículo automotor após a ingestão de álcool, dentre outras modificações. Importantes setores da sociedade civil têm discutido e polemizado acerca da efetividade dessa norma que procura implantar a ‘tolerância zero’ aos crimes de trânsito na sistemática penal brasileira.

Atenta ao caos em que se avolumam as tragédias nas vias públicas do país, a legislação é bem intencionada e até certo aspecto pedagógica, a despeito do cunho simbólico-punitivista que inflaciona a legislação penal. Todavia, são constitucionalmente inseguros os limites estipulados pelo legislador para a caracterização do crime, face o critério objetivo descrito no tipo e à luz do contexto probatório tarifado.

O novo art. 306 do CTB não apresenta atributos jurídicos para ser festejado. A opinião pública alardeou-se frente a uma norma similar à anterior. Comina a mesma sanção prevista no passado. Aparentemente, teria sido formulado para enrijecer a reprovação criminal sem, contudo, imaginar os reflexos possíveis no cotejo entre as redações que se sucederam no tempo.

O presente ensaio questiona o caráter meramente prognóstico de particularidades criminais da reforma estudada. Na perspectiva do processo constitucional penal, uma vez respeitada a incolumidade física do indivíduo para não produção de prova contra si

mesmo, indaga-se sobre a extinção do ilícito praticado sob a égide do anterior regramento. Examinar-se-á o fato de conduzir veículo após a ingestão de álcool.

Imaginemos o exemplo de uma pessoa outrora condenada por direção perigosa sob influência do álcool. No processo encerrado, não se aferiu pelo exame de sangue (ou sequer pelo etilômetro) o nível de substância química no seu organismo. Essa pessoa ainda deve permanecer no rol dos culpados? Entendemos que não. Os efeitos penais devem ser afastados. A inovação da Lei 11.705/08 tratou de uma *abolitio criminis* condicionada ao acervo probatório até então recolhido.

A taxatividade objetiva, aferindo por indesejável a dosagem de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, reserva uma novidade benéfica ao réu ou suspeito condenado ou em vias de ser processado pelo antigo art. 306 do CTB. Segundo o acervo probatório outrora analisado, quando da apreensão em flagrante, caso não se tenha submetido aos exames técnico, inviável se cogitar da consumação do crime pela norma atual.

O novo delito do art. 306 do CTB reflete conseqüências processuais tanto para os expedientes findos como para aqueles em curso ou em via de serem instaurados. Cuidou-se de uma extinção da punibilidade que retroage em benefício do réu. Estudaremos sumariamente algumas questões, imbuídos do espírito dialético das Ciências Sociais e Jurídicas, sem a pretensão de exaurir ou firmar posição definitiva às matérias.

## 2. AS NOVIDADES QUE AGRAVARAM A CONTUNDÊNCIA PENAL

A contundência punitivistâ<sup>1</sup> da Lei 11.701/08 já se apresenta no artigo primeiro: “Esta Lei altera dispositivos da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool, e da Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre

<sup>1</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 38.

as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool.”

Na ideologia política de cuidar como questão delituosa uma patologia social, registramos a intolerância manifestada pelo legislador. Tão-somente na aparência e no discurso experimentou-se um enrijecimento normativo penal no trato da problemática. Casuisticamente, profligamos que a reforma tributou uma *lex mitior* em matéria criminal.

## **2.1. Mudança da classificação doutrinária do tipo. Do perigo concreto ao abstrato**

A preocupação com a segurança viária não é novidade no ordenamento jurídico. O Decreto-Lei 3.688/41 (Contravenções Penais) previa delitos de trânsito (arts. 32 e 34).

Com o advento da Lei 9.503/97 (redações originárias dos arts. 306 e 309), dirigir veículo de forma anormal (risco concreto) em determinadas condições irregulares (sem habilitação ou sob influência do álcool) passou a ser crime. Diferentemente das contravenções, o pretérito art. 306 impescindia da exposição da incolumidade de outrem a dano potencial. Não se tratava de colocar em perigo segurança ‘alheia’, mas de alguém, ofendido determinado, mesmo que plúrimo, carecendo da prova no caso sob análise. Estipulou-se um crime de perigo concreto<sup>2</sup>.

Além do torpor físico-químico resultante da ingestão da bebida, era indispensável a condução do veículo de maneira trans-tornada. Exemplos disso são o ziguezague, cavalo-de-pau, subir a calçada, tirar fino, na contramão etc. (situações objeto de prova). À míngua das divergências doutrinárias, os pretórios<sup>3</sup> profligavam a

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2 ed. Editora RT, 2007, p. 1032.

<sup>3</sup> Contra, afirmando que a anterior redação do art. 306 tratava de crime de perigo abstrato: “O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro prevê crime de perigo abstrato, bastando a

embriaguez no volante como infração de perigo sensível. De acordo com o STJ: “O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva” (Resp 608.078/RS Recurso Especial 2003/0181007-0, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, 23/06/2004, DJ 16.08.2004 p. 278).

Em meio à epidemia nacional, que vitima inocentes em estradas e ruas do Brasil, o legislador consagrou um desenho típico com características próprias, mas sanção idêntica ao anterior. Comparem-se as descrições legais (grifamos as alterações):

Redação anterior.

*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.*

Nova redação, conforme a Lei 11.705/08.

*Art. 306. 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:*

*Penas - detenção, de 6 meses a 3 anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*

*Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.<sup>4</sup>*

---

condução em estado de embriaguez, o qual foi atestado por prova testemunhal bem como pelo laudo de exame químico toxicológico” (TJSP, Apelação Criminal 993080489084 [1198235360000000], Relator Aloísio de Toledo César, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJ 03.06.2008).

<sup>4</sup> Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008. “Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997. Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

A nova redação do dispositivo, ao suprimir o elemento normativo ‘expondo a dano potencial a incolumidade de outrem’, pretendeu transmudar o caráter do perigo para configuração do ilícito. Dispensou-se o risco concreto, a ser comprovado faticamente (em regra, por testemunhas), mas se presumiu em absoluto que um motorista, ao ingerir determinada quantidade de álcool, representa uma insegurança nas vias públicas. Foi considerado um inimigo<sup>5</sup> da segurança viária.

Numa tendência utilitarista, a nova tipificação antecipou<sup>6</sup> a repressão, justamente, para o fim de prevenir (ou tentar fazê-lo) a iminência de um acidente. Supôs-se, com base em estatísticas e em critérios punitivistas de política criminal<sup>7</sup>, que a mera conduta de dirigir um automóvel com os sentidos alterados expõe a sociedade a um risco não permitido.

A classificação da infração assumiu contornos mais rigorosos. Tornou-se desnecessária a prova da exposição do perigo, facilitando o sucesso da pretensão acusatória, desde que observado o limite objetivo de alcoolemia cunhado na reforma.

Privilegiando o postulado da ofensividade, vetor da intervenção mínima criminal na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, há estudos que insistem pela natureza concreta<sup>8</sup> do perigo tipificado no art. 306, sob pena de inconstitucionalidade. Os argumentos são de duas ordens: pela interpretação sistemática dos arts. 1º e 7º da Lei 11.705/08 e do art. 291, § 1º, I, do CTB, que

---

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.”

<sup>5</sup>JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Del Enemigo*. Tradução Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, p. 56.

<sup>6</sup>GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. “Direito Penal do inimigo e os inimigos do direito penal”. *Revista Ultima Ratio*. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 006, ano 1, p. 329-356.

<sup>7</sup>Critérios absolutamente legítimos, mas com os quais não concordamos, já que na contramão do minimalismo preconizado desde 2006 com a Lei de Drogas e Maria da Penha.

<sup>8</sup>GOMES, Luiz Fávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 375.

positivam a ‘influência do álcool’ e não podem ser desprezados bem como a própria estrutura do artigo, segunda parte; pela análise da infração administrativa do art. 165 do CTB, um *minus* em relação ao crime, mas que prevê o elemento normativo ‘influência do álcool’.

A independência entre as esferas administrativa e penal infirma esta última conclusão. Por vezes, a voracidade do direito burocrático é mais<sup>9</sup> incisiva que a da própria modalidade extrema, desvinculando-se uma sanção da outra, o que se justifica até pela subsidiariedade do Direito Criminal.

Outrossim, é notória a compactação de normas de cunho penal, civil, consumerista, administrativa bem como de ordem sancionadora e promocional, na Lei 11.705/08. A leitura dos institutos cerceadores da liberdade alinhavados excepciona-os dos demais e indica uma nítida tendência ideológica do punitivismo simbólico<sup>10</sup> que grassa nos reclames públicos e se individualiza no art. 1º da indigitada Lei e na mensagem<sup>11</sup> de veto presidencial.

Finalmente, a letra do art. 306 evidencia a preocupação contra o álcool, droga de maior intercorrência nos acidentes. A conjunção alternativa que separa os elementos normativos - concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, OU sob a influência de qualquer outra substância psicoativa - não sugere espaço a uma interpretação equivalente às

---

<sup>9</sup> Vale referir caso em que a conduta de importação é atípica, mas não afasta a perda administrativa das mercadorias, no caso do descaminho insignificante: “Havendo prática de descaminho com a ilusão de impostos em valor não superior ao patamar de R\$ 2.500,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02, é possível a aplicação do princípio da insignificância penal. - A alteração promovida pela Lei nº 11.033/04 - que elevou aquele patamar para R\$ 10.000,00 - não merece ser adotada sob pena de tornar inócua a norma do art. 334 do Diploma Repressor. - Os bens tutelados pela norma jurídica não ficam desprotegidos em casos como este: o processo administrativo de perda das mercadorias, por resultar efetivo prejuízo ao indiciado, constitui medida suficiente para garantir a preservação do setor econômico nacional. - Recurso a que se nega provimento” (TRF4, RSE 2004.70.02.005503-8, Sétima Turma, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 17/05/2006).

<sup>10</sup> CALLEGARI, André Luiz; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal e Funcionalismo**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 93.

<sup>11</sup> “Embora objetivando aumentar o rigor do tratamento dispensado àqueles que atuam de forma irresponsável no trânsito, a proposta pode ensejar efeito colateral contrário ao interesse público.”

duas ordens de elementos químicos. Mero consumo de bebida etílica a certos índices consoma o tipo.

Respeitando a solução doutrinária em contrário, refletimos que o novo art. 306 alinha uma diversa classificação acadêmica. Mesmo que a pena cominada seja idêntica à anterior, a norma não retroagiria em vista do agora caráter presumido<sup>12</sup> do perigo estipulado e julgado, nos pretórios<sup>13</sup>, conforme os princípios reitores do ordenamento. Isso, se há comprovação da ingestão de, no mínimo, 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

## 2.2. Restrição à concessão dos benefícios penais alternativos

A redação originária do art. 61, da Lei 9.099/95, considerava de pequeno potencial ofensivo o delito cuja pena máxima não ultrapassava 1 ano de privação da liberdade. Naquele cenário, o art. 291, parágrafo único, do CTB, estipulou a incidência dos arts. 74 (composição civil), 76 (transação penal) e 88 (representação do ofendido) aos crimes de embriaguez ao volante, participação em competição não autorizada e lesão corporal culposa. Ou seja, a Lei 9.503/97 ampliou, pontualmente, a abrangência de alguns institutos desprisionalizadores<sup>14</sup> da Lei dos Juizados Especiais, consoante autorização constitucional<sup>15</sup> (art. 98, I da CRFB), que

<sup>12</sup> Contra o atual caráter de perigo abstrato tipificado no art. 306 do CTB: GOMES, Luiz Flávio. “Lei seca: fiscalização e menos mortes”. *O Estado de São Paulo*, 08-08-08, A2. O autor sufraga o caráter fundamental da garantia da ofensividade ao bem jurídico como indispensável no Direito Penal contemporâneo.

<sup>13</sup> Os Tribunais reputam legítima a previsão de crimes de perigo abstrato: “Ao legislador é que compete atribuir valor em abstrato a condutas, criminalizando-as e prevendo as sanções respectivas, seara na qual ao Judiciário, de regra, não é dado se imiscuir. Assim, não há inconstitucionalidade na postura mais severa do legislador em relação à questão das armas, que tem desencadeado amplas campanhas de desarmamento. E se trata de crime de perigo abstrato, sem a necessidade, pois, para o seu reconhecimento judicial, de situação especial e caracterizada de perigo” (Apelação Crime nº 70010456598, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 28/04/2005).

<sup>14</sup> Doutrina utiliza o termo despenalizadores. Penso que os delitos persistiram, até se fomentou a persecução, apenas tornou menos provável a privação da liberdade em prol das medidas alternativas.

<sup>15</sup> A jurisprudência entende constitucional o alargamento dos institutos despenalizadores para além da Lei 9.099/95: “Embriaguez ao volante. O art. 291, parágrafo único, do CTB,

remete a definição da competência e a abrangência dos benefícios à legislação inferior.

A Lei 11.313/06 modificou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, açambarcando delitos cuja privação da liberdade não exceda 2 anos. Retirou-se muito da significação tangenciada pelo então art. 291 do CTB. Atualmente, quase todos delitos de trânsito estariam, naturalmente, submetidos às normas do Juizado Especial (seja no que toca ao procedimento ou demais benefícios legais, *sursi*, etc.), salvo o homicídio culposo no trânsito (dentre outras, pena de 2 a 4 anos de detenção). Por expressa remissão da legislação do tráfego, a embriaguez ao volante facultaria ao sujeito o favor da transação penal.

Perpetuou-se o entendimento de que as medidas alternativas então previstas no art. 291 (representação, composição civil e criminal) seriam aplicáveis, na íntegra, apenas às lesões corporais. Ora, não havia vítima imediata (mesmo que se tratasse de perigo concreto) nos delitos de embriaguez e de racha. A coletividade seria a maior prejudicada. Apenas indiretamente algum indivíduo poderia se julgar sob a iminência de algum risco de dano.

Assim, para os crimes vagos<sup>16</sup> dos arts. 306 e 308 do CTB, no indigitado art. 291, unicamente se interpretava a possibilidade da transação<sup>17</sup> penal. Estariam prejudicados fática e juridicamente os institutos da composição civil dos danos e da representação. Como o bem jurídico tutelado é a segurança viária e, por isso, indisponível, o entendimento se sufragou nos julgados do E. STJ: “interpretar o disposto no art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro e no art. 88 da Lei n. 9.099/1995, entendeu que a ação penal pro-

---

determinou a aplicação de apenas três dispositivos da Lei 9.099/95 (ARTS. 74, 76 E 88) aos delitos de lesões culposas, embriaguez ao volante e competição não autorizada. Os institutos da composição civil e transação penal não transformam delitos com pena carcerária máxima acima de um ano, automaticamente, em infrações de menor potencial ofensivo. Inexistência de vedação constitucional a aplicação de ambos os institutos mencionados a infrações comuns” (Conflito de Competência nº 699248647, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em 11/08/1999).

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1. 12 ed. São Paulo: Saraiva, p. 267.

<sup>17</sup> Contra, não admitindo a transação à embriaguez ao volante nem sob a égide da anterior redação. JESUS, Damásio de. *Crimes de Trânsito*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

posta pela prática do crime de embriaguez ao volante prescinde de prévia representação, pois se revela de ação pública incondicionada. O Min. Paulo Medina, em seu voto-vista, aduziu que isso se deve à natureza daquele crime, em que há perigo de dano e inexistente vítima concreta, visto que o bem tutelado é a segurança viária, bem coletivo e indisponível, quanto mais se recomendável adotar essa interpretação em prol da própria política criminal, para se buscar coibir a impunidade e corrigir essa deficiência do legislador” (RHC 13.485-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 9/12/2005).

A nova redação do art. 291 do CTB, conforme a Lei 11.705/08, agravou a situação do condutor acometido de embriaguez. Agora excluiu-se-lhe o benefício do acordo penal, *in verbis* (grifo nosso):

Redação anterior.

*Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.*

Nova redação, conforme a Lei 11.705/08.

*Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.*

*Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.*

*§ 1º. Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:*

*I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determina dependência;*

**(...) § 2<sup>a</sup>. Nas hipóteses previstas no § 1<sup>o</sup> deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.**

As medidas alternativas da Lei 9.099/95, para os crimes de trânsito, excepcionam-se nas hipóteses do condutor alcoolizado. A inovação foi implacável, tanto nos casos dele se envolver em delitos de mero perigo (arts. 306 e 308) como se ocasionar danos a outrem (art. 303).

A contundência persecutória, desde o momento investigativo, exige a instauração do inquérito policial. Por evidente que, afastada a Lei do Juizado Especial, dispensa-se o termo circunstanciado em prol do expediente administrativo ordinário.

A nova legislação retirou do acusado pelo delito de embriaguez ao volante bem como do que pratica lesões culposas sob efeitos do álcool, as medidas alternativas da jurisdição consensual, previstas na Lei 9.099/95. Face o cunho despenalizador da transação, a nova disposição é prejudicial e não retroage.

De outra sorte, permanece cabível aos acusados como incurso no art. 306, a suspensão condicional do processo.

### **3. CARÁTER ABERTO DO ELEMENTO NORMATIVO “SOB A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL” VERSUS LIMITE OBJETIVO DA ALCOOLEMIA. ABOLITIO CRIMINIS E RETROAÇÃO CONDICIONADA À DILIGÊNCIA PROBATÓRIA TARIFADA**

A antiga redação do art. 306 do CTB não exigia que o sujeito estivesse, de fato, embriagado segundo sua compleição física, sexo e histórico médico. O crime consumava-se pela condução de veículo em via pública, de forma anormal (gerando perigo à incolumidade alheia) e sob a ‘influência do álcool’. Como definir esse elemento normativo ‘influência de álcool’?

Sob o ponto de vista probatório, duas<sup>18</sup> orientações abalizaram o debate. Num primeiro momento, sistemática, topológi-

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Legislação Especial*. Volume 4. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 302.

ca e harmonicamente, a interpretação autenticou-se no bojo do próprio CTB. O art. 276<sup>19</sup> prestou-se ao suporte de tipificação. O dispositivo reputou o montante de 6 decigramas de álcool por litro de sangue como impeditivo à condução de veículo sob condições normais. A partir dessa aferição, nos termos da lei, o indivíduo estaria sob os efeitos do álcool.

No influxo da estrita legalidade e atento aos pressupostos constitucionais delineadores do Direito Penal, caracterizava-se a embriaguez com recursos interpretativos legitimados positivamente. Os 6 decigramas de álcool para a determinação da ‘influência’ alinhados no art. 276 do CTB evitaram o laconismo então desenhado no tipo, mas acabou por vincular eventual acusação e/ou condenação à prova técnica.

Ora, apenas a coleta de sangue ou o bafômetro forneceriam subsídio verossímil para medição do teor de substância indesejada no organismo. Nenhum outro indício disporia de precisão casuísta ou mesmo fidedignidade para tal aferição. Por conseqüência, a absolvição escorava-se na ausência de provas da elementar, como refletido por algumas decisões do E. TJRS: “Ausente prova técnica atestando o número de decigramas de álcool por litro de sangue e ausente prova da autoria do delito é de se absolver o apelante do delito tipificado no art. 306 da Lei 9.503/97, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal” (Apelação Crime nº 70012342804, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 27/09/2006).

Todavia, a submissão do imputado ao exame não é compulsória no Estado Democrático de Direito. Ninguém é obrigado a produzir evidências contra si mesmo. Nos pretórios, sufragando-se o direito constitucional de permanecer em silêncio (muito mais abrangente que o mero silêncio propriamente dito) e a presunção da inocência, praticamente inviabilizou-se o sucesso da acusação contra quem não se submetia voluntariamente à prova técnica. O

---

<sup>19</sup> “Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor”.

E. STJ reconheceu, iterativamente, por “inconstitucional qualquer decisão contrária ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o que decorre da inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica” (STJ, 6º Turma, RMS 18017/SP, Ministro Paulo Medina, DJ 02/05/2006, p. 390).

O aspecto probatório imprescindível à medição da influência de álcool no sangue vulnerou o delito em sua materialidade. A leitura sistematizada do CTB já não atendia à rigidez expansionista almejada pelo clamor social, cedendo passo à relativa indeterminação indiciária construída subseqüentemente e com supedâneo na teleologia concedida pela verdade real e amalgamada pela CRFB (art. 5º, LVI).

Permeado à discussão imediatista do punitivismo, tangenciou-se a celeuma do art. 276, com a promulgação da Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, acrescentando-se o parágrafo segundo<sup>20</sup> ao art. 277 do CTB. A partir de então, a mera comprovação testemunhal ou exame clínico do que se entendia por ‘influência de álcool’ bastava à punição. A sorte do condutor fadou-se ao humor das testemunhas ou à discricção do médico plantonista (constatação pelo hálito, motricidade, funções vitais, entre outras pesquisas, cuja realização independia da colaboração do condutor do veículo automotor), além dos demais testes periciais referidos.

Possibilitou-se que, no caso de recusa do motorista à realização dos testes físico-químicos (bafômetro ou exame de sangue), a infração pudesse caracterizar-se mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas. Ao próprio agente público fiscalizador de trânsito facultou-se testemunhar a existência da infração<sup>21</sup> - e não de embriaguez - em razão da situação fática que presenciasse.

<sup>20</sup> “Art. 277, parágrafo segundo. No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no *caput* deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor”.

<sup>21</sup> SILVA, Davi André Costa; EBERHARDT, Marcos. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, volume I. 1 ed. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2008, p. 261.

Não se tratava de atestar o grau de alcoolemia do condutor, já que impossível, com segurança, sem os indigitados exames periciais, mas de recorrência aos lindes periféricos do estado de torpor em sua inteireza, apreciáveis *ictu oculi*.

A amortização dos sentidos, desde que visivelmente detectada por testemunhas (agente público ou mesmo um transeunte qualquer), prestou-se à concretização do delito. O E. STJ emprestou legitimidade a essa temerária aferição: “Hipótese na qual é atribuída ao paciente a prática, em tese, de crime de trânsito, consistente em direção sob a influência de álcool, sendo que, diante da recusa do réu de ser submetido a teste de alcoolemia, os policiais militares lavraram Auto de Constatação de Embriaguez. Compete às polícias civis a função de apuração de infrações penais e às polícias militares a preservação da ordem pública. Caso o condutor do veículo supostamente embriagado se recuse a ser submetido ao teste de alcoolemia, os agentes de trânsito poderão obter outros tipos de provas em direito admitidas, tais como a documentação dos seus sinais de embriaguez, excitação e torpor resultantes do consumo de álcool. Descabido o argumento de inconstitucionalidade do § 2º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, pois a lavratura do Auto de Constatação de Embriaguez não configura apuração de infração penal, servindo, na verdade, como prova a legitimar a ação dos policiais civis” (RHC20190/MS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 04.06.2007, p. 377).

Doutrina e jurisprudência acolheram a modificação normativa imposta, amplificando os lindes verificadores da ‘influência do álcool’.

O estudo do crime previsto no então art. 306 do CTB nos remete, em sua evolução (cronológica, que seja), a praticamente duas infrações que retratam o sentimento maximalista crescente. À perspectiva da comprovação do delito, num primeiro momento, impescindiu-se da prova técnica; posterior e recentemente, dispensaram-se os exames de aferição e, mais gravemente, facultou-se à leitura testemunhal a observação da prática do crime.

Àquela época, mantiveram-se os benefícios desprisionalizadores, a pena consolidou-se a mesma, apenas se generalizou a

criminalização sob o ponto de vista probatório, o que não deixa de exacerbar o caráter punitivo idealizado pelo CTB em sua inteireza. E numa contra-ordem evolutiva, reformulou-se o delito, agora com a redação elencada pela Lei 11.705, de 19 de junho de 2008.

A inédita previsão trouxe para o bojo do tipo a quantificação do grau de alcoolemia indispensável para aferição da embriaguez. Nada mais louvável sob o ponto de vista garantista e da legalidade taxativa, não abrindo possibilidades aos humores testemunhais ou meramente clínicos (consulta médica) de alargar o conteúdo penal.

Ocorre que (imagino sem se dar conta), o legislador retrocedeu a semelhantes intempéries verificadas anteriormente à Lei 11.275/06. Ou seja, apenas a prova técnica (bafômetro<sup>22</sup> ou exame de sangue) seria capaz de medir os 6 decigramas de álcool no sangue de um indivíduo.

Não haverá condenação ou quiçá processo sem a indispensável aferição pericial. Evidente o retrocesso normativo sob o aspecto probatório, limitando-se a constatação do grau de alcoolemia ao sistema tarifado<sup>23</sup> de apreciação dos elementos sensíveis. A norma é benéfica pela criação de um obstáculo à configuração do delito, à persecução penal e à própria condenação. Deve retroagir para beneficiar o réu (art. 5, XL da CRFB e art. 2º do Código Penal).

A conclusão exsurge não apenas no plano abstrato. As normas podem e devem ser comparadas no caso concreto<sup>24</sup> para se verificar qual seria o resultado e a consequência da aplicação de uma ou de outra - imagine-se uma pessoa condenado sob a égide da anterior redação do art. 306 do CTB. Ela teria sido flagrada em ziguezague e a influência do álcool foi atestada pelos policiais militares que o autuaram em flagrante. Na ocasião, não se dispunha do etilômetro. Por não fazer jus à transação, sobreveio a denúncia e a sentença condenatória que transitou em julgado. A nova redação

<sup>22</sup> Caso da validade do Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008, a seguir comentado.

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14 ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 2007, p. 313.

<sup>24</sup> DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 7 ed. Ed. Renovar. São Paulo: 2007, p. 21.

da infração de embriaguez no volante não retroage para afastar os efeitos dessa reprovação criminal? Evidente que sim.

Ausente a constatação técnica do grau de alcoolemia àquela decisão judicial, persecução ou mesmo investigação, a norma recente é mais benéfica e, automaticamente, deve retroagir. Sob a perspectiva concreta recolhida, ou melhor, sem a comprovação da materialidade pelo montante de álcool no organismo do indivíduo, estipulou-se uma *abolitio criminis*<sup>25</sup>. Conseqüências da causa extintiva da punibilidade (art. 107, III do CP): o inquérito ou processo são imediatamente trancados<sup>26</sup> e extintos; se já houve sentença, cessam a execução e todos os efeitos penais; apaga-se a pretérita condenação e afasta-se o nome do réu da relação dos culpados.

O legislador vinculou o sucesso da pretensão acusatória e da própria coisa julgada condenatória aos midiáticos exames de alcoolemia (sangue) ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro, conhecido por bafômetro). Segundo as provas coligidas no caso concreto, a lei da ‘tolerância zero’ é deveras mais benéfica.

Em vista da contração de direito fundamentais com a tipificação de um delito, há quem sustente a leitura ainda mais estrita do crime. Com efeito, profundo é o desapareço à possibilidade de o Poder Executivo outorgar ‘equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado’ (parágrafo único do art. 306 do CTB). Um decreto mitigaria indevidamente o art. 5º, XXXIX, da CRFB. Sequer por Medida Provisória (art. 62, § 1º, I, b, da CRFB), que tem força de lei, seria permitida a regulação do Direito Penal. Inviável que um mero ato do executivo, não sujeito à chancela legitimadora congressional, regulasse a questão do grau de alcoolemia acarretando efeitos criminógenos.

Outrossim, a cabeça do dispositivo é expressa ao indicar o limite de ‘6 decigramas por litro de sangue’. Dessa forma, apenas o exame do próprio tecido sanguíneo poderia registrar esse teor.

<sup>25</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p 34.

<sup>26</sup> FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação Criminal e Ação Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 35.

O etilômetro (bafômetro) utiliza matéria-prima gasosa e não comprova alteração no e do sangue. Apenas examina caractere armazenado no tecido alveolar pela via oral. Os resquícios de ar expirados, o bafo, o exame de mucosa, a análise de fio de cabelo etc., contrariam a exigência típica imediata delineadora do objeto sensível a ser analisado - o sangue. São meros vestígios periféricos, mas não elementos de prova inspirada no tipo.

Assim, pela interpretação estrita do art. 306, afastando-lhe das presunções, sejam de matiz jurisprudencial ou mesmo executiva (Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008), haverá quem sustente ser apenas o exame de sangue a perícia apta a comprovar a embriaguez no volante. Sequer o etilômetro (bafômetro), atual protagonista das páginas policiais, mereceria esses holofotes.

O novo crime fomentará essa discussão probatória - se apenas o exame de sangue ou também o etilômetro (bafômetro) é (são) apto(s) à medição do teor alcoólico. A única certeza é que, inviável se consubstanciar a materialidade delitiva através da consulta médica (exame clínico) ou pelo depoimento de testemunhas.

#### **4. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA**

Como estudado, a divulgada tolerância zero não atine ao crime de embriaguez ao volante. Adstringe-se à infração administrativa do art. 165 do CTB, com as alterações da Lei 11.705/08, nesses termos:

*Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:*

*Infração - gravíssima;*

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

*Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.*

*(...)*

*Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.*

*Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.*

*Art. 277. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)*

*(...)*

*§ 2º 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. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)*

*§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).*

Racionalmente, consagrou-se a *influência* do álcool no organismo. A sorte da infração está diretamente relacionada aos meios de prova, cuja liberdade se positivou no art. 277, § 3º do CTB. Não se tarifou o sistema de apreciação valendo, em princípio, qualquer evidência para aferição da ebriedade: o exame de sangue, o etilômetro (bafômetro), o exame clínico, as testemunhas, indícios etc.

Outras interpretações podem exsurgir em relação ao citado parágrafo. Em primeiro, no sentido da inconstitucionalidade integral do art. 277, § 3º, já que a ninguém é ordenada a auto-acusação no Estado Democrático de Direito.

Noutro giro, pela efetivação parcial do dispositivo, apenas no que toca à negativa do exame clínico (consulta médica), não dependente da voluntariedade do paciente. Ora, o sujeito pode se furtrar às perícias do bafômetro, exame de sangue ou demais atua-

ções que recolham resíduos corporais, mas não se lhe é permitido afastar da mera consulta médica. Nesta, a sua passividade clínica é observada por um profissional, sem fornecimento de provas contra a vontade do suspeito.

Finalmente, haverá quem sustente a integral aplicação das indigitadas normas, obviando a ideologia punitivista e mitigadora dos direitos fundamentais como racional ao controle social do trânsito.

Sem embargo, são legítimas e defensáveis as interpretações colidentes que a infração facultou ao aplicador. A única certeza é que a incisividade da pena administrativa ensejará uma avalanche de ações judiciais discutindo a regularidade do Poder de Polícia estatal ora positivado.

## 5. CONCLUSÃO

Ao vincular, no bojo do tipo penal, o patamar de tolerância na ingestão de substância alcoólica, o legislador correu o risco de beneficiar todos que respondem a processos, estão sendo investigados ou chegaram a ser condenados por embriaguez no volante, mesmo anteriormente à vigência da Lei 11.705/08, caso não tenham se submetido ao exame de sangue (ou bafômetro) para comprovação do grau de alcoolemia. Ainda que se pudesse constatar a (in)sanidade físico-química do condutor por testemunhas ou exame clínico, a determinação objetiva da nova redação vincula a consumação do crime à tarifa probatória observada no tecido sanguíneo. A modificação do art. 306 do CTB não expressa a tolerância zero divulgada.

Passaremos a conviver com paradoxos interpretativos, naturais à dialética conceitual do Direito. Em algumas oportunidades, pensar-se-á que na matéria criminal não há espaço para presunções ou vinculação de medidas punitivas a atos normativos do Poder Executivo. Apenas a lei em sentido estrito disporia de legitimação constitucional para tipificar e delimitar infrações máximas. Ou seja, seria inválido o Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008, que equipara o exame de sangue à medição pelo aparelho de ar alveolar do pulmão. O art. 306 do CTB é unívoco ao individualizar

o tecido ‘sangue’. Os demais resquícios corporais seriam vestígios periféricos e não objeto material do torpor alcoólico preconizado no tipo. Noutros casos, permitir-se-á a medição do grau de alcoolemia pelo etilômetro, integrando a tipicidade pelo suporte questionável do indigitado Decreto executivo.

De uniformes são apenas os alardes midiáticos que se divulgam em todas as estações bem como o afã punitivista inflacionador e desfragmentador da legislação penal. Por ora, verifica-se no contexto sensível do processo criminal uma relativização da propagada ‘tolerância zero’, na contramão dos apelos reclamados. Respeitado o direito de permanecer em silêncio, a presunção de inocência dos indivíduos e o devido procedimento legal, o novíssimo art. 306 apresenta-se como uma *novatio legis in melius (abolitio criminis)* condicionado à pesquisa das provas quando da autuação em flagrante. O sucesso da pretensão acusatória subordina-se à voluntariedade do suspeito na produção de provas.

O apanágio de ‘tolerância zero’ da corrente ‘lei e ordem’ adotada pela ideologia momentânea adstringiu-se às infrações administrativas, como verificado nos arts. 165, 276 e 277, todos do atual CTB. A jurisprudência enfrentará esse disparate legislativo. Síntese dos delitos e do contexto probatório indispensável à comprovação da materialidade (existência) das infrações torna-se esclarecedora:

Infração.

*Administrativa: Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.*

*Criminal: Art. 306. 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.*

Provas indispensáveis à comprovação da materialidade.

*Exame de sangue, aparelho de medição do ar alveolar (etilô-*

*metro ou bafômetro), exame clínico (constatação pelo hálito, motricidade, funções vitais, entre outras pesquisas, cuja realização independerá da colaboração do condutor do veículo automotor), testemunhas, todos meios de provas que não sejam contrários à lei.*

*Apenas exame de sangue - para quem entende inconstitucional a previsão do Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008.*

*Exame de sangue e bafômetro (etilômetro), para os que considerarem válido o referido Decreto.*

Apenas o indivíduo voluntário à provação do próprio corpo sujeitar-se-á ao processo criminal. Jamais poderá ser obrigado a fornecer uma parte de seu organismo vivo (sangue ou ar do pulmão) para a produção de uma acusação contra si. Canhestra, por autoflagelatória, a materialidade indispensada ao crime.

A partir das reformas, ainda que uma pessoa seja flagrada conduzindo veículo, em via pública, sob influência de álcool (concentração acima dos 6 decigramas), não poderá ser repreendida pela infração penal caso não se submeta ao exame de sangue ou ao etilômetro para aferição da dosagem alcoólica. A lei deve interagir, observar a Constituição e, por isso, apenas condenar e algemar o sujeito que voluntária ou eventualmente se submeter à prova técnica. 📄