

A) Introdução

Não se trata de um sucinto trabalho só para ver erros na nova legislação nem para só contestá-la. Ninguém pode estar contra lei ou medida governamental que pretenda reduzir a criminalidade no trânsito. Não pode passar sem percepção, entretanto, falhas na medida ou lei que, não obstante a boa intenção do legislador e do Governo e contando com expressiva aprovação popular¹, contrarie princípios como o da presunção de culpabilidade e da razoabilidade.

Em 1980, integramos um grupo formado pelo Ministério da Justiça para apresentar sugestões à prevenção das infrações criminais de trânsito, inclusive a embriaguez ao volante, que, naquela época, era simples contravenção de direção perigosa (art. 34 da Lei das Contravenções Penais). Nada aconteceu. E escrevemos uma obra denominada *Delitos de trânsito*, na qual abordamos vários aspectos acerca da direção sob efeito de álcool (7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008). Não somos, pois, “no atacado”, contrários à nova lei.

Nossa intenção é colaborar modestamente com o aperfeiçoamento da nova lei, que dá mostras momentâneas, com o recrudescimento da vigilância policial, de poder realmente diminuir as trágicas estatísticas da criminalidade viária². Para isso, contudo, é necessário que a fiscalização policial permaneça, ou seja, implantada onde não existe. Caso contrário, haverá o que já aconteceu várias vezes: a “lei não pega” e a criminalidade de trânsito volta a crescer³. Pior, desmoraliza-se mais uma vez o Direito Penal⁴.

Faremos observações e daremos nossa opinião apenas sobre dois temas específicos: embriaguez ao volante como infração administrativa e como delito.

Por último, observamos que os assuntos aqui sucintamente tratados serão objeto de trabalhos posteriores.

* Texto retirado do blog do autor.

** Criminalista, presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

B) Infração administrativa

1. Definições legais

1. Lei anterior (Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, que alterou a redação do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, em sua feição original):

“Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”

2. Nova redação (Lei 11.705, de 19 de junho de 2008; art. 5º, II, com vigência a partir de 20 de junho):

“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 (doze) meses.

Medida administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.”

2. Elemento subjetivo do tipo da infração administrativa: sob a influência (de álcool):

A figura não se perfaz com a simples direção de veículo após o condutor ingerir álcool ou substância similar. É necessário que o faça “sob a influência” dessas substâncias. Assim, não basta que ocorra, ao contrário do que determina o art. 276 do CTB, “qualquer concentração de álcool por litro de sangue” para sujeitar “o condutor às penalidades previstas no art. 165, de onde se originou incorretamente a expressão “tolerância zero”, de maneira que não há infração administrativa quando o motorista realiza o tipo sem esse elemento subjetivo.

Trata-se de elemento da figura infracional administrativa, da sua definição, sendo que, sem a sua ocorrência, não se aplica o art. 165 do CTB.

3. O art. 276 do CTB não pode ser interpretado isoladamente

Dispõe a norma:

“Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.”

O dispositivo leva ao falso entendimento de que, encontrado o motorista dirigindo veículo na via pública, com “qualquer concentração de álcool por litro de sangue”, fica sujeito “às penalidades previstas no art. 165 do CTB.” Quer dizer, bebeu e dirigiu: cometeu a infração administrativa. Conclusão errada, pois são exigidas três condições:

1ª) que o condutor tenha bebido;

2ª) que esteja sob a “influência” da bebida;

3ª) que, por causa do efeito da ingestão de álcool ou substância análoga, dirija o veículo de “forma anormal” (“direção anormal”).

A lei nova prevê limite de dois decigramas de álcool por litro de sangue (ou 0,3 mg de álcool por litro de ar expelido no bafômetro). Somente a partir desse limite é que se pode começar a verificar a existência de infração administrativa.

4. Conceito da elementar “sob a influência”

Dirigir veículo automotor, em via pública, “sob a influência” de álcool ou substância similar significa, sofrendo seus efeitos, conduzi-lo de *forma anormal*, fazendo ziguezagues, “costurando” o trânsito, realizando ultrapassagem proibida, “colado” ao veículo da frente, passando com o sinal vermelho, na contramão, com excesso de velocidade etc. De modo que, surpreendido o motorista dirigindo veículo, após ingerir bebida alcoólica, de *forma normal*, “independentemente do teor inebriante”, não há infração administrativa, não se podendo falar em multa, apreensão do veículo e suspensão do direito de dirigir. Exige-se nexo de causalidade entre a condução anormal e a ingestão de álcool.

5. Questões práticas

1ª) Um motorista, dirigindo *corretamente* na via pública, é submetido ao exame do bafômetro, apu-

rando-se baixo teor alcoólico, inferior a 6 decigramas. Autuado por infração administrativa gravíssima, tem o veículo apreendido, paga multa e sofre suspensão do direito de dirigir por 12 meses.

Certo ou errado?

Errado. Diante da letra da lei nova, não há infração administrativa se estava dirigindo corretamente (condução normal).

2ª) Um motorista, dirigindo incorretamente na via pública, sob a influência de álcool, é submetido ao exame do bafômetro, apurando-se baixo teor alcoólico, inferior a 6 decigramas. Autuado por infração administrativa gravíssima, tem o veículo apreendido, paga multa e sofre suspensão do direito de dirigir por 12 meses.

Certo ou errado?

Certo, pois dirigia incorretamente e sob a influência de álcool.

C) Crime de embriaguez ao volante

1. Definições típicas

1. Código de Trânsito – lei *anterior* (Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006):

“Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade pública.”

2. CTB – *nova* redação (Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, art. 5.º, VIII, com vigência a partir de 20 de junho):

“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 seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

2. Elemento objetivo do tipo

Encontrar-se o condutor do veículo com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas. Achando-se o motorista com concen-

tração de álcool inferior ao previsto na lei: não há crime. O teor de álcool (ou de ar) constitui elemento objetivo da figura típica. Como veremos, não é elementar única, exigindo o tipo um elemento subjetivo.

3. Elemento subjetivo do tipo: dirigir “sob a influência”

Não é suficiente que o motorista tenha ingerido bebida alcoólica ou outra substância de efeitos análogos para que ocorra o crime. É preciso que dirija o veículo “sob influência” dessas substâncias (elemento subjetivo do tipo; Ganzenmüller, Escudero e Frigola). O fato típico não se perfaz somente com a direção do motorista embriagado. É imprescindível que o faça “sob a influência” de álcool etc. Não há, assim, crime quando o motorista, embora provada a presença de mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue, dirige *normalmente* o veículo.

4. Efeito da ingestão de álcool na condução de veículo motorizado

Não é suficiente prova de que o sujeito, embriagado, dirigiu veículo com determinada taxa de álcool no sangue ou que bebeu antes de dirigir. É imprescindível a demonstração da influência etílica na condução: que se tenha manifestado na forma de afetação efetiva da capacidade de dirigir veículo automotor, reduzindo ou alterando a capacidade sensorial, de atenção, de reflexos, de reação a uma situação de perigo (*time-lag*), com propensão ao sono etc. (modificação significativa das faculdades psíquicas ou sua diminuição no momento da direção), manifestando-se, como ficou consignado, numa condução imprudente, descuidada, temerária ou perigosa, de acordo com as regras da circulação viária (Ramón Maciá Gomez). A “barbearagem”, ainda que leve, é elementar do tipo, pois a conduta consiste em “dirigir sob a influência”. Não é necessário que se encontre totalmente incapacitado de dirigir, bastando alteração ou diminuição de tal capacidade (Pilar Gómez Pavón).

5. Onde se encontra a elementar “sob a influência”?

O legislador, na definição da infração administra-

tiva, inseriu a elementar “sob a influência”:

“Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer [...]”

Na primeira parte da descrição do crime de embriaguez ao volante, entretanto, omitiu-a:

“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: [...]”

Dividido o tipo penal em duas partes, pois cremos que foi essa a intenção do legislador, temos que a primeira reza:

“Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.”

A segunda parte dispõe:

“Conduzir veículo, na via pública,) estando [...] *sob a influência* de qualquer outra substância [...]” (grifo nosso).”

Na primeira parte, referente a álcool, nenhuma referência à influência etílica. Na segunda, concernente a qualquer outra substância, expressa exigência da influência alcoólica.

Aplicando-se a *interpretação* simplesmente *literal*, chega-se à afirmação de que o legislador pretendeu que haja delito com a *suficiência* de encontrar-se o motorista, na direção de veículo automotor, com concentração de *álcool* por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas (primeira parte do art. 306). No caso de “outra substância”, contudo, seria necessária a presença da “influência” (segunda parte). Nada mais inadequado.

Como, então, chegar-se à conclusão de que, em relação à primeira parte da disposição, referente a álcool, é preciso, também, que o motorista esteja dirigindo “sob sua influência”?

Verifica-se o seguinte:

O art. 7.º da lei nova determina:

“A Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4.º-A:

‘Art. 4.º A Na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de forma legível e ostensiva de que *é crime diri-*

gir sob a influência de álcool, punível com detenção.' (grifo nosso).

Além disso, o art. 5.º, V, da lei nova, prescreve:

“O art. 291 (do Código de Trânsito) passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 291. [...]

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito [...], exceto se o agente estiver:

I – *sob a influência* de álcool ou qualquer outra substância...’ (grifo nosso).”

Dessa forma, por meio de *interpretação sistemática*, vê-se que o espírito da norma, considerada em face do todo, é o de considerar praticado o crime de embriaguez ao volante somente quando o condutor está sob a influência de substância alcoólica ou similar, que tem o significado de direção anormal.

Seria impróprio que o legislador, no tocante a álcool, considerasse a existência de crime de embriaguez ao volante só pela presença de determinada quantidade no sangue e, no caso de outra substância, exigisse a influência. Como esta possui o conceito de condução anormal, seria estranha a sua exigência na redação da infração administrativa e sua dispensa na definição do crime.

Estamos, pois, seguramente convencidos de que, nas duas hipóteses — de infração administrativa (art. 165 do CTB) e de crime de embriaguez ao volante (art. 306) — há uma semelhança e uma diferença:

Semelhança: os dois tipos requerem que o agente esteja dirigindo veículo automotor sob a influência de álcool ou similar;

Diferença: o limite de teor alcoólico é diverso.

6. Recusa em submeter-se ao bafômetro

O art. 277 do CTB, em seu § 3º, acrescido pelo art. 5º, IV, da Lei 11.705/2008, determina submeter-se às penalidades do art. 165 o motorista que se recusar a submeter-se ao bafômetro. Ora, se a recusa tem fundamento constitucional, tratando-se de atitude lícita, como aplicar pena ao condutor?

7. Questões práticas

1ª) Numa *blitz*, um motorista, dirigindo *corretamente* na via pública, é submetido ao exame do bafômetro, apurando-se teor alcoólico superior a seis decigramas (taxa de alcoolemia). Autuado por crime de embriaguez ao volante, vem a ser punido com seis meses de detenção e mais as consequências legais.

Certo ou errado?

Errado. Diante da letra da lei nova, não há crime de embriaguez ao volante se estava dirigindo corretamente (condução normal).

2ª) Um motorista, dirigindo incorretamente na via pública (condução anormal), sob a influência de álcool, é submetido ao exame do bafômetro, apurando-se teor alcoólico superior a seis decigramas. Autuado por crime de embriaguez ao volante, é punido com seis meses de detenção e mais as consequências legais.

Certo ou errado?

Certo, pois dirigia incorretamente e sob a influência de álcool.

Notas

¹“86% dos moradores de SP e do Rio aprovam a Lei Seca”. In: *Folha de S. Paulo*, C3, 6 jul. 2008.

²“Lei Seca já reduz acidentes, diz polícia”. In: *Folha de S. Paulo*, C1, 5 jul. 2008.

³“É preciso ir mais longe”. In: LEÃO, Danuza. *Folha de S. Paulo*, C2, 6 jul. 2008.

⁴“A Lei Seca e a *secura* do Estado”. In: GIANNOTTI, José Arthur. In: *Folha de S. Paulo*, Caderno Mais!, p. 3, 6 jul. 2008, *in fine*.