

# **NOVAS NORMAS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**

## **EDUARDO HENRIQUE ALFERES**

Pós-graduando em Direito Penal pela Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/SP), e Bacharel em Ciências Jurídicas. cursou graduação em Engenharia pela UFOP (Eng. de Minas - 1993 a 1995) e UFSCar (Eng. Civil - 1996 a 1998). É Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo, e atualmente exerce atividade de Polícia Judiciária Militar.

## **PRISCILA BIANCHINI DE A. ALFERES**

Pós-graduanda em Direito Penal pela Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/SP) e Delegada de Polícia no Estado de São Paulo, onde exerce suas funções junto ao Departamento de Polícia Judiciária da capital – DECAP.

## **INTRODUÇÃO**

A recente alteração da Lei 9.503/97 (Lei 11.705/08, de 16 de junho de 2008) trouxe inovações no que tange ao delito de embriaguez ao volante, repercutindo sobre o crime de homicídio culposo e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, além da infração administrativa. Diante das incertezas que pairam sobre a aplicabilidade de tais dispositivos jurídicos teceremos breves comentários.

### **1. NORMA ADMINISTRATIVA**

Administrativamente, segundo o art.165 do CTB, dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, sujeita o condutor a autuação, modalidade de infração gravíssima, cuja penalidade é de multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, além da medida administrativa de retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

A embriaguez, para efeitos do art. 165 poderá ser apurada na forma do art. 277, ou seja, submetendo o condutor, suspeito de dirigir sob influência de álcool, entorpecente ou

substância de efeitos análogos, a teste de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam certificar seu estado.

Na impossibilidade de realizar os testes ou exames citados acima (art.277 do CTB) a infração do art. 165 (dirigir sob a influência de álcool ou substância psicotrópica) 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.

Interessante notar que, segundo o § 3º do art. 277, no caso do condutor recusar-se a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput do art. 277, serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165. Aparentemente o legislador estabeleceu uma inversão do ônus da prova, ficando a cargo do condutor provar, ao se submeter ao teste, que não está sob a influência de álcool. Ou seja, há uma presunção de veracidade dos atos administrativos praticados pelo agente de trânsito na elaboração do auto de infração.

Quanto a essa observação, vale lembrar o Decreto 678/92, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que estabelece em seu art. 8º, 2, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”<sup>1</sup>. Tal preceito aplica-se ao Processo Penal e não ao caso tratado no art. 165 do CTB: âmbito administrativo, com possibilidade de recusa pelo condutor, e esta não gera o crime de desobediência justamente em respeito ao princípio citado. Assim, não fere o princípio da presunção da inocência a norma do art. 277, §3º do CTB.

Há quem defenda a inconstitucionalidade deste parágrafo, baseado no princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, não concordamos com tal entendimento, pois a lei não obriga o condutor a realizar o teste, apenas presume-se a ingestão de álcool por parte do condutor no caso da recusa, lhe dando a oportunidade de defesa àquele que não se encontra embriagado ou alcoolizado fazer prova naquele determinado momento. Presume-se verdadeiro o ato administrativo realizado por agente administrativo (agente de trânsito), até que se prove em contrário.

Lembramos que existem recursos na esfera administrativa para aqueles que sentirem lesados em seus direitos por atos oriundos da administração, inclusive quanto a legalidade, assim, caso o condutor entenda que a prova produzida pelo agente de trânsito não foi elaborada de acordo com os procedimentos legais, cabe a ele recorrer. Destaca-se ainda, que no caso da ingestão de substância psicoativa, deve-se aplicar medida correspondente ao art. 277 no que for compatível com a natureza do exame.

Mas existem respeitáveis opiniões em contrário, como a do professor Damásio Evangelista de Jesus: *“Nosso Direito Constitucional consagra o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, seguindo a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Em face disso, não pode a lei infraconstitucional impor a obrigação da sujeição do motorista suspeito ao exame de “bafômetro” (etilômetro), sob pena de configurar-se presunção contra ele. Negando-se, não responde por crime de desobediência. Embora a regra mencionada refira-se mais ao direito ao silêncio do preso, ela é aplicável a qualquer pessoa, detida ou não. O preceito significa que, na verdade, em nosso Direito, não se pode compelir o indivíduo a produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere).”* <sup>ii</sup>

Segundo o art. 276 do CTB, qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 do CTB, porém, o órgão do Poder Executivo responsável pela normatização das regras de trânsito (CONTRAN), disciplinará as margens de tolerância para casos específicos. Ou seja, segunda o Código de Trânsito Brasileiro, qualquer concentração sujeita o condutor às penalidades administrativas citadas.

Porém, em 19 de junho de 2008, foi editado Decreto Nº 6.488/08, que regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei 9503/97. Segundo esse Decreto, enquanto não editado o ato normatizador pelo órgão competente (CONTRAN, assessorado pelo Ministério da Saúde) a margem de tolerância, para os efeitos administrativos, será de duas decigramas por litro de sangue (2 dg/l ) na hipótese de exame clínico, perícia ou outro exame técnico ou científico, e tolerância de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões ( 0,1mg/l ), na hipótese de aferição da quantidade de álcool no sangue por meio de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro).

Resumidamente, de maneira didática temos a seguinte tabela para efeitos administrativos:

	Exame clínico e/ou perícia científica	Etilômetro
Tolerância (não gera infração administrativa)	até 2 dg/l	0,1mg/l
Infração administrativa	maior do que 2 dg/l	maior do que 0,1mg/l

## 2. NORMA PENAL

Além dos efeitos administrativos, a condução de veículo automotor sob influência de álcool pode gerar efeitos criminais conforme veremos a seguir.

### 2.1. Artigo 306 do CTB

Após a alteração introduzida pela Lei 11.705/08, o art.306 passou a tipificar como crime conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas ( 6 dg/l ), ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. A pena para quem infringir a norma penal é de detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

O Decreto 6.488/08, assim como no caso da infração administrativas, estabeleceu normas quanto a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, cumprindo o parágrafo único do art. 306, que determina ao Poder Executivo estipular tais equivalências.

Assim, segundo o citado Decreto, em seu art.2º, para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte: I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue (6 dg/l ); 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 ( 0,3 mg/l ).

Portanto, se o condutor for flagrado, em decorrência de acidente de trânsito ou fiscalização, conduzindo veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool, e for submetido a teste em aparelho de ar 'alveolar pulmonar' (etilômetro) incorrerá nas penas do art. 306 do CTB se estiver com concentração de álcool igual ou superior a 0,3 mg/l de ar expelido dos pulmões. Já, se for submetido a exame de sangue, não poderá ter concentração de álcool igual ou superior a 6 dg/l de sangue, sob pena de incorrer neste artigo.

Resumidamente, de maneira didática temos a seguinte tabela para efeitos criminais:

	Exame de sangue	Etilômetro
Concentração de álcool	igual ou superior a 6 dg/l	igual ou superior a 0,3 mg/l

Lembrado pelo professor Luiz Flávio Gomes<sup>iii</sup>, a antiga redação do artigo 306 exigia a “exposição a dano potencial a incolumidade de outrem”, sendo que a interpretação doutrinária preponderante do antigo delito (embriaguez ao volante) contentava-se com a direção anormal (em zig-zag, passando sinal vermelho, etc) “sob influência” do álcool ou outra substância para configurar a infração penal.

Nas palavras do professor:

*“Fazia-se a seguinte distinção: quem dirigia bêbado (embriagado), mas corretamente (sem afetar o bem jurídico segurança viária, sem estar sob influência da embriaguez), respondia por infração administrativa (art. 165 do Código de Trânsito); quem dirigia bêbado mas anormalmente (em zig-zag, subindo calçada, passando sinal vermelho etc., ou seja, sob influência da embriaguez) respondia pelo delito do art. 306 do CTB.*

*A nova redação do art. 306 (dada pela Lei 11.705/2008) não exige a comprovação de nenhuma exposição da vítima a dano potencial (isto é: a perigo). Em outras palavras: definitivamente não exige uma vítima concreta (uma pessoa concreta que tenha corrido risco). Não requer um perigo concreto determinado (como é o caso, por exemplo, do art. 132 do CP).”*

O artigo 306, com a nova redação, incrimina duas condutas na condução de veículo automotor na via pública: a primeira estando o agente com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 dg/l; e a segunda, estando o agente (condutor) sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Exige, portanto, estar “sob influência” apenas para outra substância psicoativa, o que significa dizer que para esta última conduta é necessária a comprovação de que o agente conduzia o veículo de maneira anormal, nos mesmos moldes do posicionamento doutrinário a respeito da antiga redação do artigo.

Entendemos que a distinção da exigência de “estar sob influência” apenas para a segunda conduta do artigo em tela (outra substância psicoativa que determine dependência) e não para a primeira (álcool) decorre da opção do legislador, que tenta ‘endurecer’ a repressão a embriaguez ao volante. Ressalta-se novamente, neste ponto, o posicionamento o professor Luiz Flávio Gomes com entendimento contrário a distinção, citando o princípio constitucional da ofensividade que não permitiria o delito de perigo abstrato. “Todo tipo legal que descreve um perigo abstrato deve ser interpretado na forma de perigo concreto (ainda que indeterminado, que é o limite mínimo para se admitir um delito, ou seja, a intervenção do Direito Penal)”<sup>iv</sup>. Utiliza também o argumento de que até mesmo a infração administrativa (art.165 do CTB) exige “estar sob influência de álcool”, e com muito mais razão essa elementar típica tem de ser considerada para a infração penal do artigo 306. Lembra ainda que

“estar sob influência” acarreta a necessidade de comprovação de que o agente estava efetivamente sob influência, estado que se manifesta numa direção anormal.

Contrariamente a inconstitucionalidade do tipo penal abstrato, Guilherme de Souza Nucci<sup>v</sup>, com quem concordamos.

Adotando-se este posicionamento, a grande distinção entre a norma de âmbito administrativo (art.165 do CTB) e de âmbito penal (art.306 do CTB), quanto ao álcool, reside na concentração estabelecida pelo legislador: a) para configurar a infração administrativa exige-se concentração maior do que 2 dg/l (exame clínico ou perícia) ou maior do que 0,1 mg/l (teste no etilômetro); para a infração penal exige-se concentração igual ou superior a 6 dg/l (exame de sangue), ou igual ou superior a 0,3 mg/l (teste no etilômetro).

## **2.2. Artigo 302 do CTB**

Ainda no âmbito penal, o art. 302, estabelecia em seu parágrafo único, inciso V (revogado pela Lei 11.705/08), que quem praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor teria a pena aumentada de um terço à metade se o agente estivesse sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos. Tal previsão foi revogada pela Lei 11.705/08.

O inciso V (revogado) induzia a autoridade policial (Delegado de Polícia) a considerar o homicídio na condução de veículo automotor, estando o agente sob influência do álcool, como um crime culposo. Porém, com a sua revogação, torna-se mais fácil a fundamentação e a tipificação do fato descrito como crime doloso e não culposo, sendo coerente o entendimento da existência de dolo eventual, ou seja, o condutor ao ingerir bebida alcoólica acima dos níveis permitidos, assume o risco de produzir um resultado danoso, qual seja, a morte.

Dessa observação, ainda não pacífica na doutrina e nem na prática policial, decorreria que o condutor, sob influência de álcool, baseado na aplicação do dolo eventual, responderia por homicídio doloso, não tipificado no Código de Trânsito Brasileiro, mas sim por homicídio (art.121 do Código Penal Brasileiro), cuja competência do julgamento é do tribunal do júri. Aplica-se, assim, a teoria da *actio libera in causa*, onde há uma antecipação do dolo para o momento em que o agente quis (voluntariamente) ingerir bebida alcoólica ou substância psicoativa antes de dirigir veículo automotor, assumindo assim o risco de produzir um resultado danoso.

Há entendimento de que em tais circunstâncias não haveria o dolo eventual, mas sim culpa consciente, ou seja, quando o agente prevê o resultado, mas não aceita a

possibilidade de sua ocorrência. Neste caso, o mais lógico é a aplicação do crime culposos, tipificado no art.302 do CTB. Esse entendimento, a nosso ver, é contrário a intenção do legislador, pois, o autor responderia pelo art.302 do CTB e não incorreria no aumento de pena no caso da embriaguez, pois este aumento (inciso V do art 302) foi revogado pela nova lei.

Corroborando as posições possíveis quanto a tipificação da conduta descrita Guilherme de Souza Nucci<sup>vi</sup> registra: *“é tênue a linha divisória entre culpa consciente e dolo eventual. Em ambos o agente prevê a ocorrência do resultado, mas somente no dolo o agente admite a possibilidade do evento acontecer. Na culpa consciente, ele acredita sinceramente que conseguirá evitar o resultado, ainda que o tenha previsto”*.

Continua NUCCI salientando que tem sido posição adotada, atualmente, na jurisprudência pátria considerar a atuação do agente em determinados delitos cometidos no trânsito não mais como culpa consciente, e sim como dolo eventual.

E assim sendo, o mesmo entendimento relativo ao dolo eventual aplica-se a lesão corporal culposa (art.303, caput e parágrafo único), pois o inciso V do artigo 302 aplicava-se também a lesão corporal culposa, e onde existe a mesma razão deve-se aplicar o mesmo direito.

### **3. NORMA PROCESSUAL PENAL**

Quanto à aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 (composição dos danos, transação penal) não se aplica, conforme art.291 do CTB, ao crime de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor se o condutor estiver sob influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência física ou psíquica, ou ainda na hipótese do inciso II (participando de corrida, disputa, exibição, etc., em via pública). Ainda nesta hipótese, a ação não mais dependerá de representação (art.88 da Lei 9.099/95), tornando-se ação penal pública incondicionada, não cabendo mais a elaboração do Termo Circunstanciado pela autoridade policial, sendo expressamente determinada a instauração de Inquérito Policial (art.291, §2º do CTB).

Mais uma vez o legislador trouxe mais confusão ao inserir a expressão “sob influência” no artigo 291, § 1, inc. I. Se aplicada a interpretação literal, teríamos que considerar a não aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 (arts. 74, 76 e 88) apenas nos casos em que o condutor estiver “sob influência” de álcool, que acarreta a necessidade de comprovação de que o agente estava efetivamente sob influência, estado que se manifesta numa direção anormal. Nos demais casos, em que é típica a conduta do artigo 306 (que exige apenas “sob efeito”), seriam possíveis a aplicação dos artigos da Lei 9.099/95.

Ora, será que esse era realmente o objetivo do legislador pátrio? Ao tipificar o crime do artigo 306 não exigiu “estar sob influência”, teoricamente utilizando uma “política-criminal” (se é que pode ser denominada dessa forma a produção legislativa em debate) mais rígida, tentando coibir a embriaguez ao volante por meio do direito penal (*in tese, ultima ratio*) e ao mesmo tempo não exige tal estado para a composição de danos civis, transação penal e espécie da ação (pena pública incondicionada). Acreditamos que a doutrina e as decisões judiciais irão debater muito tal imbróglio legislativo.

## CONCLUSÃO

Fizemos apenas um relato geral, tentando ser o mais claro e preciso possível, ressaltando que por tratar-se de “novidade” legislativa, em breve, teremos nova regulamentação pelo órgão competente.

Há questões ainda polêmicas, certamente uma delas será verificada na hipótese do condutor, suspeito de estar embriagado, recusar-se a se submeter ao exame de sangue ou teste por meio do etilômetro. Nesse caso, restará a Administração Pública apenas submeter o condutor a exame clínico, onde médico oficial poderá avaliá-lo. Porém, como ficaria a constatação da exata concentração de álcool no sangue? Nos casos extremos, quanto a embriaguez decorrente de elevado consumo de bebida alcoólica não haverá problema, mas e nos casos limítrofes ? É possível haver uma avaliação precisa a ponto de atestar se o examinado está com concentração 6 e não 5,9 dg/l de sangue ?

Essa e outras questões deverão ser avaliadas e normatizadas pelos órgãos responsáveis, com o fito de evitar abusos, tanto para menos (falta de provas para o flagrante delito do embriagado) quanto para mais (abuso de autoridade).

## Notas e bibliografia

- 
- <sup>i</sup> Tal dispositivo e sua interpretação é detalhadamente analisado pela professora Flavia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2008).
- <sup>ii</sup> JESUS, Damásio E. de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 344, 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5338>>. Acesso em: 30 jun. 2008.
- <sup>iii</sup> GOMES, Luiz Flávio. Reforma do Código de Trânsito (Lei nº 11.705/2008): novo delito de embriaguez ao volante. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11453>>. Acesso em: 02 jul. 2008.
- <sup>iv</sup> Existem outras opiniões distintas quanto ao crime de perigo abstrato, conforme citado pelo Dr. Bottini, em várias passagens de sua obra. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.)
- <sup>v</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentada*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 291.
- <sup>vi</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 198-199.