



## A nova lei seca: mudamos de fato ou mudamos para permanecer na mesma?

(notas sobre a Lei n. 12.760/12, que deu nova redação ao art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro)

*Fernando Célio de Brito Nogueira, Promotor de Justiça em Barretos, membro do Conselho Estadual para Diminuição de Acidentes de Trânsito e Transportes e do Comitê Paulista de Ações para a Segurança Viária.*

*Mário Luiz Sarrubbo, Procurador de Justiça, membro do Conselho Estadual para Diminuição de Acidentes de Trânsito e Transportes e do Comitê Paulista de Ações para a Segurança Viária, Diretor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.*

### 1. Introdução. A necessidade de mudanças quanto ao crime de embriaguez ao volante

A Lei 11.705, de 2008, que modificou a redação original do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, esteve longe de se mostrar suficiente à regulamentação de tão crucial tema. Trouxe sérios problemas em sua aplicação ao prever na cabeça do art. 306 que o delito de embriaguez ao volante se configuraria quando alguém conduzisse veículo pela via pública com concentração de álcool, por litro de sangue, superior a 6 decigramas.

Deu margem ao entendimento de que - em face



Pelo efeito sedativo do álcool, não há dúvida de que a capacidade psicomotora para dirigir veículos e operar máquinas em geral é afetada.

da própria estrutura do tipo penal - somente o exame de sangue permitiria comprovar a prática da conduta descrita no tipo penal, embora houvesse, também, a interpretação de que, embora o exame de sangue fosse o desejável, outros meios de prova também se prestariam à comprovação do delito, como o exame do bafômetro, o exame clínico, a prova testemunhal etc.

No dia 21 de dezembro de 2012, foi publicada no Diário Oficial da União, a Lei 12.760, que trouxe nova redação ao art. 306, do Código de Trânsito, e será, nesse aspecto pontual, objeto de abordagem nesse breve estudo.

## **2. A obra legislativa dos últimos tempos e o fim do ufanismo em matéria de Direito Penal**

De longa data a qualidade das produções legislativas no terreno penal vem sepultando o ufanismo que um dia inspirou a recepção das novas normas em meio aos operadores do direito.

Seja pela adoção de técnicas legislativas nem sempre das mais recomendáveis, seja pelo abandono da ideia de que o Direito Penal é a um só tempo ciência e sistema, perspectiva segundo a qual deve ser elaborado, discutido e aplicado às situações concretas.

## **3. O papel da mídia no tocante à lei seca**

A mídia exerceu papel preponderante ao pressionar o legislador em direção aos ventos das mudanças. E não o fez de forma eminentemente propositada, mas essencialmente por cumprir com seu papel de noticiar fatos. E os noticiários de fatos têm sido fartos, infelizmente, ao descrever e mostrar no

video cenas de violência inaceitável no trânsito, patrocinadas por motoristas irresponsáveis, que associam direção, álcool e outras drogas e matam na expectativa da impunidade ou de punição branda.

## **4. A Lei 12.760 resolve o problema da cifra trazida pela Lei 11.705/08?**

Aparentemente, à primeira leitura, a nova lei resolve a problemática situação de aplicabilidade do art. 306, que previa a necessidade de concentração de mais de 6 decigramas de álcool por litro de sangue para que o tipo penal se perfizesse, ao dar, na cabeça do artigo, nova descrição à conduta:

*Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:*

### **4.1 Não se exige mais que a conduta se dê na via pública**

O alcance do tipo penal foi ampliado, pois não se exige mais que a conduta se dê na via pública como ocorria antes. Assim, ainda que o motorista dirija com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa em estacionamentos privados ou vias particulares, o crime se caracterizará.

### **4.2 Capacidade psicomotora alterada pela influência do álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência**

E a capacidade psicomotora deverá estar alterada pela influência do álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Não cremos que fosse necessário estabelecer que a substância psicoativa deverá ser daquelas que determinem dependência. E se o agente tiver a capacidade psicomotora alterada por substância psicoativa que não gere dependência? Teremos certamente dificuldades na adequação da conduta à norma penal incriminadora, se comprovado que a substância usada não era álcool e nem se insere no rol daquelas que causam dependência física ou psíquica. Há drogas como o "ectasy", por exemplo, em que há controvérsias se causa dependência e em que intensidade e frequência isso ocorre.<sup>1</sup> O legislador disse mais do que deveria ou precisava ter dito...

A capacidade psicomotora diz diretamente à correspondência entre mente e movimentos motores do corpo. Segundo o Dicionário Houaiss Eletrônico 1.0, da língua portuguesa, psicomotor é *próprio ou referente a qualquer resposta que envolva aspectos motores e psíquicos, tais como os movimentos corporais governados pela mente*. Pelo efeito sedativo do álcool, não há dúvida de que a capacidade psicomotora para dirigir veículos e operar máquinas em geral é afetada.

#### 4.3 Meios de constatação da conduta descrita no "caput": interpretação sistemática e princípio da taxatividade em matéria penal

E os problemas não param aí: o § 1º traz os meios de constatação da conduta descrita no "caput":

*§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:*

*I - concentração igual ou superior a 6 deci-*

*gramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou*

*II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.*

Ou seja, não basta, para o legislador, o conduzir veículo com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. Pelo princípio da taxatividade em matéria penal, assim como pela interpretação sistemática do artigo mencionado, conclui-se facilmente que a adequação da conduta não se resolve pela aplicação isolada da cabeça do artigo e ponto final...

É preciso ir além e verificar se a constatação do crime de embriaguez ao volante se dará *pela concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou superior a 0,3 miligrama por litro de ar alveolar*,<sup>2</sup> numa primeira situação, ou, então, pelos sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

Tais sinais de alteração da capacidade psicomotora serão aferidos por exame clínico firmado por médico ou por um conjunto de sinais constatados pelo agente da autoridade de trânsito. Nesse sentido, previu a Resolução 432/13, do Contran.<sup>3</sup>

1. "Há controvérsias sobre a intensidade e a frequência com que o 'ectasy' causa dependência, mas estudos indicam que o risco existe, apesar de moderado. A droga causa tolerância se é usada com intervalo de poucos dias, mas não de semanas. Não se conhecem sintomas de síndrome de abstinência causada pela falta de 'ectasy'" [Tarso Araujo. Almanaque das Drogas. São Paulo: Texto Editores, 2012, p. 301].

2. Anote-se que a norma penal é mais rigorosa em relação à lei anterior, pois na vigência da Lei 11.705/08 o crime se configurava somente com concentração de álcool por litro de sangue superior a seis decigramas. Agora, com a Lei 12.760/12, bastam 6 decigramas de álcool por litro de sangue para que se constate o crime. Lei penal nova mais rigorosa, que não retroage, pois prejudicaria o agente se isso ocorresse.

3. Art. 5º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:

I - exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou

II - constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.

É válido mencionar ainda que a resolução previu também, em seu anexo II, quais serão esses sinais de alteração da capacidade psicomotora, *na forma disciplinada pelo Contran*. Nesse sentido, o item VI, do anexo II.<sup>4</sup> Ao verificar não um sinal ou outro isoladamente, mas um conjunto de sinais, o agente de trânsito relatará se o agente estava sob influência do álcool ou de outra substância psicoativa, segundo o que pôde aquilatar.

### 5. Meios de prova da conduta

Sabedor da problemática probatória trazida pela lei anterior, o legislador ampliou os meios de comprovação da conduta:

§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.

§ 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

4. VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador:
- a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:
    - i. Sonolência;
    - ii. Olhos vermelhos;
    - iii. Vômito;
    - iv. Soluços;
    - v. Desordem nas vestes;
    - vi. Odor de álcool no hálito.
  - b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta:
    - i. Agressividade;
    - ii. Arrogância;
    - iii. Exaltação;
    - iv. Ironia;
    - v. Falante;
    - vi. Dispersão.
  - c. Quanto à orientação, se o condutor:
    - i. sabe onde está;
    - ii. sabe a data e a hora.
  - d. Quanto à memória, se o condutor:
    - i. sabe seu endereço;
    - ii. lembra dos atos cometidos;
  - e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta:
    - i. Dificuldade no equilíbrio;
    - ii. Fala alterada;

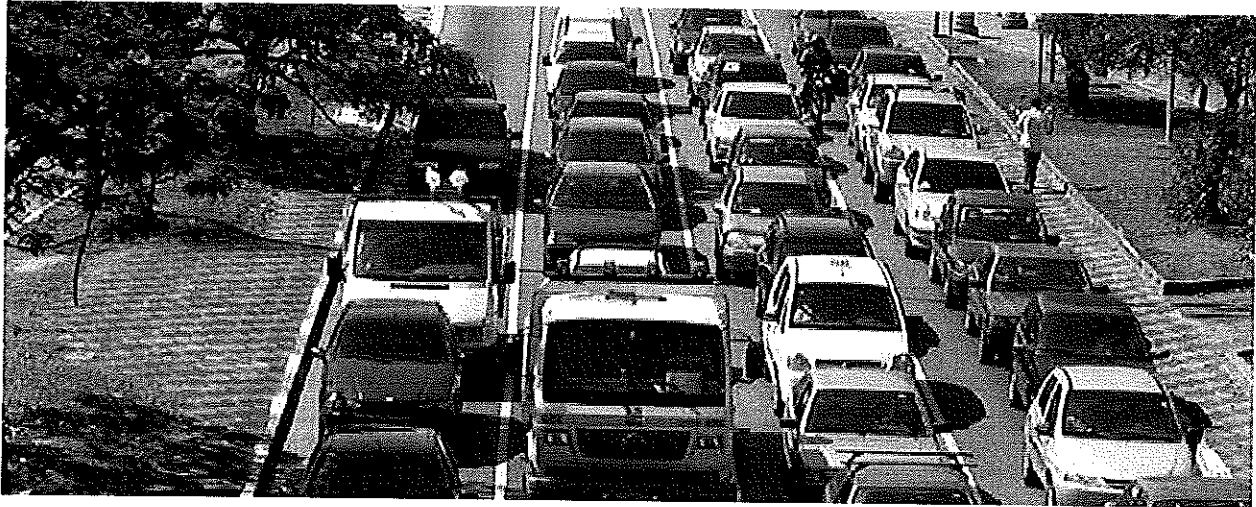
§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

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

O teste de alcoolemia vem ainda em primeiro lugar, seguido de exame clínico, perícia de qualquer natureza (o legislador não restringiu), vídeo, prova testemunhal, outros meios de prova em direito admitidos,<sup>5</sup> assegurado, ainda, o direito à contraprova, como limitação ao poder investigatório e punitivo do Estado em face do direito à amplitude de defesa e do uso dos meios e recursos a ela inerentes. Ressalve-se que será sempre observado o direito à contraprova, sob pena de ilicitude da prova,<sup>6</sup> caso o acusado manifeste o desejo de submeter-se a outro tipo de exame para contraprova e isso lhe seja negado. Assim, o acusado poderá, por exemplo, se submetido ao bafômetro, pedir que lhe seja feito exame de sangue ou exame clínico; se submetido a exame clínico, poderá pedir, naquele momento, a presença de outro médico que também o examine e ateste seu estado ou ainda que passe pelo teste do bafômetro ou também por exame de sangue.

5. Como a lei usou ainda a expressão genérica *outros meios de prova em direito admitidos*, um áudio contendo a gravação ambiental da fala do condutor embriagado, concedendo entrevista, também será útil como meio de prova.

6. Segundo Ada Pellegrini Grinover e outros autores, “acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição foi colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícitamente obtida” [As nulidades no processo penal. 11 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 125].



### 5.1 Quando deveremos passar pelos testes de alcoolemia?

O art. 277 em sua redação anterior dizia que seria submetido a teste de alcoolemia o condutor envolvido em acidente de trânsito ou alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob influência de álcool. A nova norma é mais rigorosa, pois não mais exige que o condutor esteja sob suspeita de dirigir sob influência de álcool.<sup>7</sup>

Bastará: a) se envolver em acidente de trânsito; ou b) ser alvo de fiscalização de trânsito.

Como conciliar esse rigor maior com o direito à não autoincriminação?<sup>8</sup> Somente à luz da ponderação de bens e interesses em conflito será possível resolver a questão, ou seja, será preciso avaliar

qual dos direitos deverá prevalecer: o direito de todos ao trânsito em condições seguras *versus* o direito individual à não autoincriminação, mesmo quando o sujeito viole normas penais e bens jurídicos fundamentais. Não temos dúvida em afirmar que o direito de todos ao trânsito em condições seguras deve prevalecer.

Até mesmo a Convenção Europeia, embora preveja como regra geral a não-ingerência de autoridades públicas no exercício dos direitos à vida privada, familiar, de domicílio e correspondência, admite também a exceção, quando houver previsão legal, necessidade para a segurança pública, defesa da ordem, prevenção de infrações penais ou a proteção de direitos e liberdades de terceiros, entre outras razões.<sup>9</sup>

7. Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

8. O art. 8º, II, g, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, do Pacto de San José da Costa Rica, prevê que ninguém será obrigado a confessar-se culpado de um crime e, em decorrência disso, a produzir provas contra si mesmo.

9. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover e outros autores advertem que "a Convenção Europeia não só declara o direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência, mas ainda veda expressamente ingerências da autoridade pública no exercício desses direitos, salvo previsão legal e necessidade para a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros [art. 8º, n. 2]" (ob. cit., p. 126).

## 5.2 Tolerância zero no âmbito administrativo

Segundo o art. 276, do Código de Trânsito, *qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.*

Quais são essas penalidades? Nos termos do art. 165, do Código de Trânsito, são: multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. E, como medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

No âmbito penal, frise-se, a nova lei foi mais rigorosa, pois enquanto a anterior exigia concentração de álcool superior a 6 decigramas por litro de sangue, para que o crime do art. 306 do Código de Trânsito se caracterizasse, a nova lei se satisfaz com concentração a partir de 6 decigramas. E a infração administrativa estará sempre presente, qualquer que seja a concentração verificada, como se extrai do art. 276 acima mencionado.

## 6. Conclusão

Ou seja, avançamos em termos, mas não na proporção que seria alardeada pelos operadores do direito ufanistas de outrora, na esperança de que uma lei nova pudesse significar, por si só, solução para os terríveis males que habitam o interior de todos nós, legisladores e destinatários da lei penal.

Podemos, em síntese, apontar como avanços na nova lei: a) eliminação da exigência de que a conduta se dê em via pública; b) supressão - em termos - da exigência numérica no tocante à quantidade de concentração de álcool por litro de sangue ou litro de ar expirado; c) redução do limite da concentração de álcool permitida, que agora deve-

rá ser inferior a 6 decigramas por litro de sangue e também inferior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar expirado para que o crime não se configure e a conduta se limite ao ilícito administrativo; d) previsão alternativa de que a conduta se constatará também por sinais de alteração da capacidade psicomotora, na forma regulamentada pelo Contran; e) expressa admissibilidade de outros meios de prova em direito admitidos, como vídeo e prova testemunhal, além das perícias clássicas no tema, como exame de sangue, bafômetro e exame clínico; f) obrigatoriedade do teste de alcoolemia aos condutores envolvidos em acidente de trânsito ou que sejam alvo de fiscalização de trânsito, independentemente de estarem ou não sob suspeita de dirigir sob influência de álcool.

Embora a obra legislativa dos últimos tempos não inspire muito otimismo, não podemos renunciar à esperança de um dia atingirmos um estágio de mais respeito e educação no trânsito, um dia em que normas penais mais rígidas sejam vistas *apenas como partes de todo um sistema*, não mais como pontos de partida para soluções que devem passar, primeiro, por uma reforma do próprio homem, enquanto centro do universo, criando-se terreno propício para que haja mais prevenção e mais educação no trânsito. E nós, latinos, somos em geral muito resistentes ao cumprimento de normas, sobretudo de novas normas que venham de algum modo a restringir nossa liberdade. Basta ver as manifestações de *motoboys*, inconformados, parando a capital do Estado, ao lhes serem impostas novas normas que vêm para protegê-los e salvar suas vidas.

O crime de embriaguez ao volante é tema recorrente, que comportará inúmeras reflexões e ainda trará muitas controvérsias e inquietações aos operadores do direito penal sobretudo. ■