

LIMITES CONSTITUCIONAIS À FORMAÇÃO DA PROVA NO CRIME DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

André Myssior

Bruno César Gonçalves da Silva

1. Introdução

Em 28.03.2012, a Terceira Seção do STJ concluiu o julgamento do REsp 1.111.566 tendo, por apertada maioria, decidido que, para fins de comprovação da ocorrência do crime previsto no art. 306 do CTB, com a redação dada pela Lei 11.705/2008 (Lei Seca), apenas a prova técnica é admissível.

Essa decisão fez recrudescer o debate sobre a segurança no trânsito, sendo referida decisão, com frequência, noticiada nos meios de comunicação com manchetes do tipo “*STJ ‘esvazia’ Lei Seca*” ou dizeres semelhantes.

De certa forma, a discussão em torno da referida decisão do STJ pôs em campos distintos e antagônicos, de um lado, a tutela da segurança pública e, de outro, a tutela dos direitos e garantias individuais asseguradas pela Constituição. Obviamente e, a despeito do que pode parecer, não são coisas mutuamente excludentes. Pelo contrário. Apenas a efetivação dos direitos e garantias fundamentais assegura uma sociedade justa, igualitária e segura.

De fato, há uma clara tendência no Direito Penal brasileiro de ampliação da tutela penal de bens jurídicos, sobretudo mediante a criação de novos tipos penais de perigo abstrato e com elementos normativos em profusão. Tudo isso na vã suposição de que a extensão da tutela penal a praticamente todos os campos da vida em sociedade é instrumento, por si só, apto a solucionar problemas sociais e trazer pacificação.

É precisamente neste contexto que se situa a Lei 11.705, de 19.07.2008, que ficou conhecida como “Lei Seca”. Referido diploma legal inseriu diversas modificações na Lei 9.503/1997, que instituiu o CTB. No que pertine ao objeto deste estudo, modificou o tipo penal previsto no art. 306, que prevê o crime de condução de veículo automotor em via pública sob a influência de álcool ou drogas.

Neste estudo se abordará a antiga e a atual estrutura do tipo penal em apreço para, a partir daí, explorar as implicações processuais, notadamente no campo do direito probatório.

2. A estrutura do tipo penal do art. 306 do CTB – Antes e após a “Lei Seca”

A redação original do art. 306 do CTB tinha o seguinte teor: *“conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”*.

Tratava-se, evidentemente, de um crime de perigo concreto. Para que houvesse tipicidade era necessária não só a prova da ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos, mas a prova do efetivo perigo de dano à incolumidade ou ao patrimônio alheios.

Com a entrada em vigor da Lei 11.705/2008, o art. 306 do CTB passou a vigorar com a seguinte redação: *“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”*.

O que era, então, crime de perigo concreto tornou-se crime de perigo abstrato. Desonera-se, pois, a acusação da prova do efetivo perigo de dano, bastando à configuração do tipo penal a constatação da alcoolemia. Entretanto, não basta à acusação provar a ingestão de álcool para que se presuma o perigo; o tipo penal exige uma quantidade específica de dosagem alcoólica no sangue do condutor.

Se o que o legislador pretendeu com a transformação de um crime de perigo concreto em crime de perigo abstrato foi tornar mais fácil a punição do condutor que dirige após consumir álcool, o efeito foi inverso. Pelo menos se os ditames constitucionais e legais pertinentes à prova forem devidamente observados.

Isso porque, a despeito da supressão do perigo concreto no tipo, um elemento que era, na redação anterior do art. 306 normativo, passou a ser objetivo-descritivo. Ou seja, a tipicidade não é atingida por um juízo valorativo do intérprete. É atingida apenas a partir da prova que demonstre exatamente a ocorrência fática dessa elementar. E, pela própria natureza do elemento objetivo-descritivo do tipo que a Lei 11.705/2008 colocou no lugar do elemento normativo, essa prova tornou-se sobremaneira difícil. É sobre esses limites à atividade probatória e seu impacto na caracterização do atual tipo penal do art. 306 do CTB que trataremos adiante.

3. A prova necessária para o juízo positivo de tipicidade do crime do art. 306 do CTB

Já que a atual redação do art. 306 do CTB tem como elementar objetivo-descritiva do tipo a exata dosagem alcoólica por litro de sangue a partir da qual é incriminada a condução de veículo automotor em via pública, é evidente que a única prova apta a exonerar a acusação de seu ônus probatório é a pericial.

Não se trata aqui de tarifar provas, mesmo porque o processo acusatório não condiz com esse sistema. Mas de exigir-se, para desincumbência do ônus probatório, uma prova adequada para formar-se a *cognitio* acerca da ocorrência de um fato determinado relevante para o processo.

Tampouco se olvida aqui do art. 182 do CPP que, consagrando os princípios da livre apreciação das provas e do livre convencimento motivado, dispõe que “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”, o que significa que o juiz pode formar sua convicção com base em outras provas.

Entretanto, para que se verifique a existência dessa elementar objetivo-descritiva no caso concreto, não será possível ao juiz concluir pela existência do crime sem que haja prova pericial. Nem o art. 167 do CPP pode dispensar a realização da perícia. Se o tipo exige, para sua configuração, a verificação de uma dosagem alcoólica exata, mesmo quando os vestígios tenham desaparecido, a prova testemunhal *neste caso* específico, não poderá suprir-lhe a falta. A máxima contribuição que a testemunha poderá fornecer serão suas impressões acerca do modo como o imputado se apresentava. Poderá relatar sintomas de embriaguez, mas jamais será capaz de atestar que o imputado possuía, ao tempo da ação, dosagem alcoólica igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue.

O que ficaria, portanto, provado pela prova exclusivamente testemunhal seriam os sintomas. Estes sintomas, mesmo que conhecidos e provados, permitiriam induzir apenas e tão somente a embriaguez do condutor; mas não permitiriam induzir a dosagem alcoólica no sangue superior à permitida. Ou seja, a prova testemunhal sequer é apta a formar *indício* do preenchimento da elementar do tipo a que nos referimos. Serviria para provar a existência do crime de dirigir sob influência de álcool conforme a redação antiga do tipo; não para provar a existência do crime conforme sua estrutura típica atual.

Ademais, conquanto as disposições do CPP acerca da produção da prova pericial sejam, naturalmente, aplicáveis, a disciplina legal não pode se esgotar aí. Isso porque toda a lógica da disciplina legal da prova pericial tem em conta o *corpo de delito* como sendo a vítima ou coisa que tenha relação com o fato. No caso do crime do art. 306 do CTB, há uma diferença essencial: o corpo de delito não é a vítima; *é o próprio agente*. E, sendo assim, além das disposições legais acerca da perícia, hão de ser observados os limites constitucionais e legais de obtenção de elementos de prova quando esses devem ser fornecidos pelo próprio imputado, isso é, quando a produção da prova depende de uma interferência do mesmo.

4. O *nemo tenetur se detegere* e a prova obtida pelo etilômetro e pela extração de sangue

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é considerado garantia fundamental do cidadão e, mais especificamente, do imputado. Cuida-se do direito a não autoincriminação, que não se resume ao direito ao silêncio, sendo absolutamente impróprio tratar o direito ao silêncio como sinônimo do *nemo tenetur se detegere*.

O direito a não autoincriminação tem uma amplitude maior, da qual o direito ao silêncio é apenas um de seus aspectos, objetivando proteger o indivíduo contra excessos cometidos ao longo da persecução penal por quem quer que se lance na atividade probatória, incluindo-se nele o resguardo contra qualquer forma de atentado à liberdade de autodeterminação do imputado, a pretexto de se obter elementos de prova.

A análise do direito a não autoincriminação sempre vem à tona quando o meio de prova empregado, tal como o etilômetro e o exame de sangue, depende, para seu emprego, da cooperação do imputado, implicando um *facere* por parte deste.

Cuidando-se o direito a não autoincriminação de garantia fundamental implícita, deve-se fixar a disciplina desta nos mesmos termos em que a Constituição Federal fixou a disciplina do direito ao silêncio, por analogia, pois ambos decorrem da mesma noção fixada pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Descendo ao campo infraconstitucional, não restará dúvidas de que o princípio *nemo tenetur se detegere* traz nítido limite à produção da prova no crime do art. 306 do CTB. E esse limite será encontrado, por analogia, na disciplina legal do interrogatório do imputado, na medida em que se trata de ato no qual há participação direta dele na formação da prova.

Na ideia original do CPP, o interrogatório do réu, isso é, sua intervenção pessoal e direta na formação da prova, era considerado unicamente um meio de prova e ato exclusivo do juiz.

A partir da vigência da CF de 1988, a visão da doutrina e da jurisprudência acerca da participação pessoal do réu no processo sofreu alteração profunda. De meio de prova, o interrogatório passou a ser visto como meio de defesa; de ato privativo do juiz passou a ser visto como faculdade do imputado.

Essa evolução chegou, finalmente, a ser positivada com a edição da Lei 10.729/2003, que alterou completamente a disciplina legal do interrogatório. A mais importante foi a determinação de que, não só o réu tem direito ao silêncio, como a de que seu silêncio não pode ser interpretado em desfavor de sua defesa. Mais, exige-se que o réu seja formalmente advertido pelo juiz não só acerca do direito ao silêncio, mas também acerca da inexistência de prejuízo na utilização da garantia.

Obviamente, a mesma lei estabelece que as disposições que traz sobre o interrogatório judicial do acusado aplicam-se, também, à sua oitiva no inquérito. Ou seja, a expressão do princípio da não autoincriminação que a Lei 10.792/2003 trouxe ao interrogatório judicial estendeu-se também à fase pré-processual.

Pode-se, então, afirmar que, ao ser ouvido no inquérito, o investigado tem que ser advertido de que tem o direito a permanecer em silêncio e que seu silêncio não será interpretado em prejuízo de sua defesa. Se não houver essa advertência, o interrogatório policial é nulo e, embora a nulidade no inquérito não contamine o processo, a prova obtida em sede inquisitorial com violação à Constituição é inadmissível no processo (CF, art. 5.º, LVI). As declarações que eventualmente preste terão sido, inexoravelmente, ilicitamente obtidas.

Mas se essa advertência é imposta não só pela lei, mas pelo princípio constitucional da não autoincriminação, ela é obrigatória não só na prova oral fornecida pelo investigado. É também obrigatória em qualquer contribuição corporal que o imputado forneça à persecução. Inclusive ao exame pericial.

Assim, se compete ao inquiridor, na polícia ou em Juízo, informar ao imputado sobre seu direito ao silêncio, deve também o agente incumbido da produção de qualquer prova informar o imputado sobre seu direito a não autoincriminar-se. Se não for dado ao imputado a ciência acerca de seu direito a não autoincriminação, as provas eventualmente obtidas no ato probatório, reputar-se-ão ilícitas.

Tal entendimento encontra precedente na jurisprudência do STF, que no julgamento do *HC 80.949/RJ*, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, fixou que:

“47. Elevando aí o *nemo tenetur se detegere* à alçada de garantia fundamental (...) na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos *Escobedo vs. Illinois* (378 US 478 (1964)) e *Miranda vs. Arizona* (384 US 436 (1969)) –, *impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência de seu privilégio contra a auto-incriminação.*

48. *A falta da advertência – e, como é óbvio, da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório”.*

Assim, no que toca a realização do “teste do bafômetro” e do exame de sangue, *compete ao agente incumbido da diligência o dever de informar ao imputado que o mesmo não está obrigado a colaborar na produção da prova que possa lhe incriminar.*

Não científico o imputado de que ele tem o direito a não produzir prova contra si, ou seja, de que ele não está obrigado a soprar o etilômetro ou submeter-se à extração de sangue, tem-se como consequência a ilicitude da prova assim obtida, tal como ilícitas são as declarações que o imputado preste em seu desfavor, quando não lhe é previamente assegurado o direito ao silêncio.

O direito à prova não chega ao ponto de conferir ao órgão persecutor prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha do imputado, pois se ninguém é obrigado a declarar-se culpado, certo é também que ninguém é obrigado a fornecer provas contra si mesmo.

Assim, não se garantindo ao imputado o direito de não produzir prova contra si mesmo e, pelo contrário, ainda admoestando-o, obrigando-o a fazer o “teste do bafômetro” ou o exame de sangue, com base no inconstitucional art. 277 da Lei 9.503/1997, tem-se que o resultado “concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões” ou “concentração de álcool por litro de sangue”, terá sido ilicitamente obtido, em face da violação ao *nemo tenetur se detegere*, sendo inadmissível no processo.

5. Conclusão

O que se conclui é que, se observados os limites constitucionais à formação da prova, seria, na prática, próximo do impossível provar a existência do crime do art. 306 do CTB. Se o imputado for formal e expressamente científico do seu direito de se negar a se submeter ao teste do “bafômetro” e ao exame de sangue, é possível afirmar que quase ninguém aceitaria contribuir na produção da prova pericial.

Se essa constatação faz surgir temor de que, observados os princípios constitucionais que regem o processo penal, haverá aumento de insegurança nas ruas e estradas do Brasil, esse temor não se deve às garantias fundamentais. Deve-se à tendência contemporânea de criar mais e mais tipos penais de perigo abstrato e de tentar resolver todos os problemas da sociedade por meio do Direito Penal.

O crime de perigo concreto é, por definição, mais garantista do que o crime de perigo abstrato. E, conforme abordado, o revogado crime de perigo concreto do art. 306 do CTB mostrava-se muito mais apto a tutelar eficaz e constitucionalmente o bem jurídico incolumidade pública do que o atual crime de perigo abstrato.

Nota-se, então, que no julgamento do REsp 1.111.566 em 28.03.2012, a Terceira Seção do STJ fez, embora por apertada maioria, prevalecer a disciplina e as limitações à formação da prova previstas no plano constitucional.

André Myssior

Mestre em Ciências Penais pela UFMG.
Professor de Direito Penal e Processual Penal na Escola Superior Dom Helder Câmara em Belo Horizonte/MG.
Advogado.

Bruno César Gonçalves da Silva
Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-Minas.
Professor de Direito Processual Penal na pós-graduação em Ciências Penais da Faculdade de Direito Milton Campos em Nova Lima/MG.
Advogado.