

Embriguez ao volante – Análise da efetividade da norma penal

Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

I. Introdução

O sistema jurídico de uma sociedade, salvo os casos de imposições autoritárias, é, naturalmente, estruturado a partir das regras costumeiras consolidadas durante o desenvolvimento histórico de suas relações sociais, com o objetivo de promover a organização, a pacificação e a contenção social.

A contenção social possui duas perspectivas, quais sejam: a informal e a formal.

A informal é implementada pelas instituições naturalmente estruturadas pelo desenvolvimento da dinâmica social, quais sejam, a família, a religião, a escola e outras tantas que concorrem para o desenvolvimento e consolidação dos valores indispensáveis à organização social.

A formal corresponde ao sistema jurídico, cuja atuação coercitiva, preventiva e repressiva, é indispensável à concretização da contenção social.

Assim, a contenção social se dá, tanto pelas normas de conduta, que, independentemente de sua positivação, são natural e espontaneamente observadas e exigidas nas relações sociais, por sua compatibilidade com as práticas costumeiras tidas como adequadas, morais e éticas, como também pelas normas positivadas, que objetivam a normatização das relações sociais mais importantes e críticas para a organização social, de modo a evitar conflitar e, ainda, a permitir a composição de conflitos.

É preciso ter em vista, sob essa ótica, que o sistema jurídico jamais será resultado de uma unanimidade, mas que será sempre estabelecido a partir do consenso social possível, legitimado pela observância da regra da maioria, pois, evidentemente, no âmbito social, as pessoas, de acordo com suas próprias circunstâncias, acabam tendo perspectivas, naturalmente divergentes ou colidentes sobre o que é positivo e, portanto, necessário ao adequado desenvolvimento das relações sociais.

O sistema jurídico, dessa forma, deve ser tido como uma exigência de postura ética mínima imprescindível à manutenção da coesão e da estabilidade social.

As regras jurídicas objetivam estruturar e viabilizar a vida em sociedade, estabelecendo e impondo os limites comportamentais necessários para permitir que todos, consideradas suas circunstâncias, possam se inserir adequadamente nas atividades sociais, atender seus interesses e exercer seus direitos fundamentais, sem prejuízos ou indevidas limitações aos interesses ou direitos fundamentais dos demais integrantes do meio social.

O sistema jurídico, portanto, estruturado a partir da supremacia do interesse público e da centralidade do princípio da dignidade humana, objetiva a coercitiva

organização e pacificação social, por meio do resguardo dos valores e das práticas costumeiras, tidas como adequadas.

Entretanto, há casos em que determinadas práticas sociais, mesmo as que, há muito, são consideradas como adequadas, ou, ao menos, toleradas por expressiva parcela da coletividade, com a progressiva complexidade do convívio social acabam por se revelar como nocivas, impróprias à manutenção da ordem pública.

Nesses casos, eventual norma positivada com o propósito de promover mudanças de mentalidade da coletividade, para que possa apresentar razoável efetividade, demanda cuidadosa consideração de seus impactos social e institucional.

É preciso que se tenha ou se promova o desenvolvimento de razoável consciência social a respeito da necessidade da edição da norma e, além disso, é necessário que a estrutura administrativa estatal esteja devidamente aparelhada, quer para promover programas educativos, quer para a devida e eficiente fiscalização.

Por outro lado, é preciso, ainda, que eventual preceito proibitivo não deixe margem a dúvidas sobre os limites da tipicidade, de modo a não comprometer o controle social.

II. Necessidade de mudança de mentalidade quanto à condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos

As normas, em geral, são editadas sob as formas de preceitos de comando e de proibição.

Enquanto as normas de comando, em regra, se destinam à estruturação e sistematização dos institutos jurídicos, os preceitos de proibição, dotados de sanções, à evidência, objetivam prevenir situações comprometedoras da organização e coesão social, assim como promover a responsabilização daqueles que, desrespeitando tais preceitos, causem situações de risco ou dano não tolerados.

Na esfera penal, dados os atributos das normas penais e os efeitos que lhes são inerentes, em especial, o simbólico, estigmatizador, tanto a edição de preceitos proibitivos como suas alterações devem observar a lógica da *ultima ratio*, com a indispensável consideração e avaliação dos impactos social e institucional.

Assim, sempre que a dinâmica social, de acordo com as circunstâncias vigentes, indicar a necessidade de drástica redução do grau de tolerância de alguma conduta em especial, ou mesmo de seu banimento das práticas sociais costumeiras, com a necessária reeducação da coletividade, por terem passado a constituir sério obstáculo à complexa manutenção da organização e coesão social, tais parâmetros deverão ser observados.

Tal necessidade de alteração legislativa, normalmente, decorre da insuficiência, quer dos programas educativos, quer dos preceitos proibitivos menos gravosos, inclusive nas esferas administrativa e civil, em promover a proteção da sociedade.

Importa considerar, também, neste aspecto, a razoável assimetria de nosso ambiente social no que concerne à consciência social e política.

É, sem dúvida, o que ocorre com a condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou uso de substância de efeitos análogos.

O recrudescimento da resposta estatal, tanto na esfera administrativa como na penal, apresenta-se como absolutamente razoável, pois sua legitimidade repousa nos notórios e irrefutáveis dados estatísticos da área da segurança pública, reveladores do impressionante ônus suportado pela sociedade.

Tais dados estatísticos demonstram, de forma evidente, a necessidade de sérias providências para a manutenção da ordem pública, para a concretização do respeito aos direitos fundamentais, providências que, em absoluto, não constituem ônus excessivo aos infratores em geral, na medida em que são imprescindíveis à organização social, dada a expressiva assimetria do grau de consciência social e política da população em geral, em todos os seus segmentos.

Importa considerar, nesse aspecto, que, apesar da importante assimetria de nosso ambiente social, é possível identificar importante consolidação de razoável consenso a respeito da necessidade de providências coercitivas mais eficazes para a proteção da sociedade, em relação à reiterada prática social de condução de veículo automotor em via pública após o consumo de bebida alcoólica, ou de substância de efeitos análogos.

É certo que a responsabilidade pela mudança de mentalidade é de toda a sociedade, mas, sem dúvida, dada a complexidade de nosso ambiente social, que compromete a eficiência dos sistemas informais de contenção social, esse mister cabe principalmente ao Estado, que, em sua perspectiva moderna, foi concebido justamente para, a partir da supremacia do interesse público, organizar e pacificar coercitivamente a sociedade, tendo como referências a centralidade do princípio da dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

No que tange à concretização da supremacia do interesse público, que constitui a principal referência para a organização social, ocorre através do regular exercício do poder de polícia, cujo amplo exercício compreende desde a edição das normas jurídicas até sua execução, tanto no âmbito administrativo como na composição de conflitos.

Interesse público, por outro lado, consiste em cláusula constitucional geral, cuja noção, a ser determinada com base no sistema constitucional vigente, não pode ser entendida como o conjunto dos interesses fundamentais individuais e coletivos, pois, por vezes, são notoriamente contrapostos e conflituosos.

Na realidade, interesse público deve ser entendido como a objetividade subjacente comum a todas as normas jurídicas, qual seja, a objetividade transcendente de implementar a organização social possível para a concretização do espaço indispensável ao razoável exercício dos direitos fundamentais individuais e coletivos, consideradas suas assimétricas perspectivas, o que traduz estrito respeito ao princípio central da dignidade da pessoa humana.

Esses são os parâmetros inerentes à organização social do Estado Democrático de Direito, em cujo âmbito, considerado o princípio da supremacia do interesse público, não se pode conceber o exercício absoluto de qualquer espécie de direito fundamental, nem mesmo a vida, direito fundamental pressuposto de todos os demais, o qual, de forma inquestionavelmente razoável, encontra importantes limitações em sede infraconstitucional, em particular, no estatuto substantivo penal, quais sejam, as excludentes de antijuridicidade.

Assim, no contexto da organização e pacificação das relações sociais, a atividade legislativa, sem dúvida, possui importância diferenciada, pois é a partir do seu exercício regular e razoável que se estruturam as atividades administrativa e jurisdicional.

III. Adequada estruturação do tipo penal

A atividade legislativa em geral, particularmente na esfera penal, para que possa atingir satisfatório grau de eficácia, além da observância dos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais para a edição das regras jurídicas, demanda, como já assinalado, que as normas editadas ou alteradas encontrem ressonância no senso comum da sociedade, ou seja, que tenham uma projeção social positiva, ao menos para razoável parcela da coletividade disposta a, espontaneamente, obedecê-la, e, ainda, que haja suficiente estrutura administrativa estatal para implementar o que for necessário à efetivação do comando legal, quer programas educativos e outros correlatos, quer a fiscalização indispensável para promover coercitivamente sua obediência.

A desconsideração desses pressupostos e perspectivas no exercício da atividade legislativa, em regra, compromete a manutenção da ordem pública e, conseqüentemente, da estabilidade social.

No Brasil, é importante destacar neste aspecto, desenvolveu-se noção rigorosa e restritiva, em relação a possíveis limitações legislativas aos direitos fundamentais, de modo a restringir de forma importante a intervenção estatal através de seus agentes públicos nas relações sociais, sob o fundamento da necessidade de proteção da intimidade e da privacidade individual.

Essa noção potencializou, no âmbito jurídico, o entendimento de que ninguém é obrigado a produzir prova em seu desfavor.

Não se pode negar que esse entendimento, principalmente nos casos em que se busca uma importante mudança de mentalidade, passou a constituir sério obstáculo à edição de qualquer regramento jurídico eficaz, quando, por força da estrutura típica adotada, sua eficácia, de alguma forma, estivesse subordinada à concordância do infrator no sentido de produzir prova em seu desfavor, como no caso da aferição da embriaguez de condutor de veículo automotor, tanto por meio de exame de sangue ou clínico como através de etilômetro.

É importante lembrar, nesse aspecto, que a redação original do tipo penal do crime previsto no art. 306, do Código de Trânsito Nacional, possuía adequada estrutura típica para efetiva proteção da sociedade.

Tratava-se de crime de perigo concreto, em relação ao qual, portanto, para demonstração da tipicidade, era possível, até mesmo, a produção de prova exclusivamente testemunhal, destinada a demonstrar sinais de ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos e a situação de perigo concreto decorrente da condução anormal do veículo automotor.

Houve, é certo, a implementação de programas educativos e de forte fiscalização ao início da vigência da Lei 9.503/97, que produziu importantes reflexos sociais, no que tange à alteração da mentalidade das pessoas.

Entretanto, com o decorrer do tempo, dadas outras prioridades também importantes da Administração Pública, principalmente no âmbito da segurança pública, pois as

demandas sociais, atualmente, são muitas, houve significativa redução dos programas educativos e da fiscalização, o que revelou a insuficiência do que até então havia sido implementado.

É preciso lembrar, nesse aspecto, que, principalmente, quando necessária a mudança de mentalidade da sociedade, apenas a edição da lei, sem apoio em contínuos e eficientes programas educativos e fiscalização, é absolutamente insuficiente à obtenção de sua objetividade jurídica.

Ocorre que, em seguida, sem que tivessem sido retomados, com intensidade, os programas educativos e a fiscalização, que anteriormente haviam produzidos algum resultado positivo, e com base, principalmente, no isolado discurso sobre a necessidade de recrudescimento do combate à condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos, conduta ainda recorrente, houve a alteração legislativa introduzida pela Lei 11.705/08, que instituiu modalidade de crime de perigo abstrato, exigindo para sua configuração, tão somente, que o condutor apresentasse concentração de álcool por litro de sangue superior a seis decigramas, ou estivesse sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Surgiram, então, a partir do exacerbado entendimento de que ninguém é obrigado a produzir prova em seu desfavor, conflitos decorrentes da não disponibilidade dos condutores de veículos automotores, em geral, de se submeterem a qualquer tipo de procedimento pericial destinado a constatar a quantidade de álcool no sangue, indispensável para a demonstração da tipicidade de sua conduta, na medida em que tal quantidade é impossível de ser demonstrada por qualquer outra espécie de prova.

Essa nova realidade legal teve como consequência negativa, portanto, em razoável medida, a subordinação da eficácia da lei penal à concordância do condutor do veículo em produzir prova em seu desfavor.

É preciso considerar, ainda, outras situações prejudiciais à consolidação da consciência social sobre a presente questão, na medida em que, por gerarem perplexidades, redundaram em sensação de injustiça.

Nos casos de pessoas com baixa tolerância ao álcool, ainda que presente a alteração comportamental perigosa, passou a ser impossível a aplicação da lei penal, mesmo quando, com a concordância do condutor do veículo em relação à realização do exame de sangue ou à utilização do bafômetro, ficasse demonstrada concentração de álcool por litro de sangue inferior a 0,6 dg (seis decigramas), uma vez que não atingido o limite legal, pressuposto de tipicidade.

Por outro lado, em se tratando de pessoas mais resistentes ao álcool, passou a estar configurada a hipótese de aplicação da lei penal, mesmo nos casos de constatação de concentração de álcool minimamente superior ao limite legal e sem qualquer alteração comportamental.

Essas distorções, sem dúvida, potencializadas pelo reduzido grau de consciência social e política de nossa sociedade, em todos os seus segmentos, comprometeram a prevenção da indevida condução de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos, bem como a consolidação da conscientização social.

Essa modalidade típica de perigo abstrato, à evidência, não se prestou ao objetivo perseguido, tanto que houve nova alteração promovida pela Lei 12.769/12, exigindo para a tipicidade do crime em tela a constatação de capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Não há dúvida que, atualmente, predomina o entendimento de que esta nova figura típica é de perigo abstrato.

No entanto, a meu ver, considerado o princípio interpretativo de que o tipo penal não pode ter elementares inúteis ou desconsideradas, constata-se que, por meio de outro formato, foi retomada a modalidade típica de perigo concreto.

É preciso demonstrar a situação fática de perigo concreto decorrente de *capacidade psicomotora alterada* pela ingestão de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, ou seja, é preciso demonstrar alteração de comportamento.

Tanto é assim que, no limite, o parágrafo segundo do artigo 306 da Lei 9.503/97 permite a produção de prova testemunhal, ou seja, o que se demonstra por prova oral é alteração de comportamento ou sinais de ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos, mas jamais qualquer índice de concentração de álcool no sangue.

Aliás, as disposições dos incisos I do parágrafo primeiro, relativas aos limites mínimos de concentração de álcool no sangue, e as do parágrafo terceiro, que permitem a prova da influência do álcool ou de substância de efeitos análogos, por prova testemunhal, em princípio, não são compatíveis.

A primeira, em tese, indica situação de perigo presumido, abstrato, enquanto a segunda, indiscutivelmente, perigo concreto.

Entendo que, caso fosse essa a intenção do legislador, a edição de um tipo penal de perigo abstrato, bastaria a previsão, como típica, a conduta de conduzir veículo automotor após a ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos, sem a utilização de qualquer outra elementar.

Ademais, em sendo o tipo penal atualmente vigente de perigo concreto, houve descriminalização da conduta típica anterior, que, para sua integração, exigia, tão somente, o perigo abstrato decorrente da constatação de determinada concentração mínima de álcool no sangue, prescindindo da demonstração de alteração de comportamento.

É preciso assinalar, a respeito da presente análise crítica, que é a inquestionável necessidade de conscientização social de que se deve evitar a condução de veículo automotor após a ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos.

O que se busca, na realidade, é delinear a forma mais adequada de combate ao comportamento a ser evitado.

A presente abordagem objetiva discutir, inclusive, a técnica legislativa adequada à elaboração de norma penal dotada de eficácia.

Por outro lado, a partir do entendimento de que o crime em tela é de perigo concreto, é preciso assinalar que qualquer esforço interpretativo, no âmbito jurisdicional, no sentido de conferir ao tipo penal em estudo a natureza de perigo abstrato, pode ser considerado como gerador de mutação legal informal.

Esse esforço interpretativo, não se pode negar, pode ser considerado como natural decorrência do fenômeno da constitucionalização da jurisdição e da judicialização das relações sociais, mas, na esfera penal, não se pode deixar de observar a limitação interpretativa da legalidade estrita, sem qualquer possibilidade de interpretação extensiva no âmbito do reconhecimento dos limites da tipicidade.

IV. Conclusão

A efetividade de uma norma penal demanda técnica legislativa adequada, bem como razoável consideração de seu impacto social e institucional.

Os limites da tipicidade devem ser identificados sem maiores esforços interpretativos, para que não haja comprometimento da segurança jurídica.

Os impactos social e institucional sempre devem ser previamente avaliados, pois, principalmente quando se trate de uma norma destinada a promover uma mudança de mentalidade, é indispensável que seja possível, por meio de programas educativos e correlatos, bem como de eficiente fiscalização, a obtenção de razoável adesão da sociedade.

No que tange ao tipo penal do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, estruturado como crime de perigo concreto, em princípio, consideradas as experiências decorrentes das recentes alterações legislativas, é o que se apresenta como mais adequado à proteção da sociedade.

Esse formato, de um lado, afasta a sensação de exagero na intervenção estatal, descomplicando a adesão social, na medida em que é mais compatível com o senso comum concernente à questão em tela.

Aliás, nessa linha de raciocínio, a legislação vigente orienta-se no sentido de ressaltar situações consideradas não perigosas, ao estabelecer limites mínimos de concentração de álcool no sangue.

Por outro lado, no que tange à produção probatória, ficam afastadas as dificuldades enfrentadas ao ensejo da vigência do tipo penal de perigo abstrato.

Insta assinalar, finalmente, que, ainda que consolidado o entendimento de que o crime do art. 306 da Lei 9503/97 é de perigo abstrato, a efetiva proteção da sociedade tem como pressuposto a consideração da lógica constitucional da inexistência de qualquer direito fundamental de índole absoluta, para que se não se estabeleçam indevidos obstáculos à atuação dos agentes públicos, em prejuízo do interesse público.

Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis, 1993.
- CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. I, t. I.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, t. I.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – parte geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal - parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.