

EMBRIAGUÊS AO VOLANTE

Pergunta: É ou não obrigatório se submeter ao teste do bafômetro?

R: A resposta a esta indagação exige algumas considerações preambulares para que o interlocutor compreenda os institutos que orbitam a questão. Primeiramente é importante destacar que dirigir embriagado acarreta duas violações cujas penalidades são distintas. O instrumento denominado “bafômetro” é tão somente um meio que tem a finalidade de comprovar a embriaguês e alicerçar o juiz ou a administração pública na aplicação de uma possível sanção.

A esfera administrativa se preocupa com a regularização da situação de anomalia, sendo que depois de sanada o veículo deve ser liberado. Cita-se de exemplo o condutor que trafega sem a placa frontal, caso seja abordado a medida administrativa é o recolhimento do veículo, todavia se o mesmo sanar imediatamente a irregularidade o veículo deve ser liberado, lavrando tão somente a multa, já que a situação de anomalia deixou de existir.

No caso da embriaguês ao volante **a medida administrativa** é Retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado, recolhimento do documento de habilitação, multa e suspensão do direito de dirigir. O que é necessário internalizar é que a esfera administrativa não se confunde com CRIME, apesar de poder utilizar um mecanismo recíproco de prova.

O direito penal apenas busca incriminar situações sociais que seja necessária, pois aqui, o preço, não raro é a liberdade da pessoa. Daí porque se fala que um dos princípios do direito penal é a fragmentariedade, ou seja, são fragmentos, meteoros no espaço, situações escolhidas pelo legislador e capituladas como crime.

Logo, não são todas as condutas que são consideradas crimes, apenas se pinça aquelas indispensáveis e as conduz por todo um mecanismo ao código penal. O direito penal trabalha com um princípio de segurança jurídica preconizado tanto na Constituição Federal como no art. 1º do CP que estipula que “Não há crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Sabe-se que uma sentença penal irá **ou** restringir a liberdade da pessoa (pena privativa de liberdade), **ou** aplicar pena restritiva de direito (proibição de frequentar determinados lugares, reparação do dano, prestação de serviço à comunidade ou à entidades públicas, perda de valores entre outras), **ou**, em certas situações, o juiz pode apenas aplicar a multa.

Pois bem, denota-se que para existir crime é INDISPENSÁVEL sua prévia previsão na lei, não se admitindo a imputação de crime por analogia ou qualquer outra forma de interpretação. Feita essa considerações passaremos à análise de qual era a conduta necessária **para a configuração de crime** antes da alteração legislativa a qual modificou o tipo penal e incluiu uma determinada porcentagem de álcool no sangue para sua caracterização.

A lei anterior estipulava como crime a seguinte conduta:

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

A interpretação que fora dada pelos tribunais inclusive o STJ sobre dito dispositivo foi o de que não bastava dirigir embriago para a conduta ser criminosa era necessário que o agente percorresse integralmente a conduta descrita na norma, ou seja, EXPOR A DANO POTENCIAL A INCOLUMIDADE PÚBLICA.

Explico: A lei penal exige o “copo cheio”, não há meio crime. Ou há crime ou não há crime, por isso é necessário a perfeita adequação da conduta à norma. Damásio de Jesus exemplifica o que estou querendo que vocês internalizem da seguinte forma: A norma é a luva a conduta é a mão, é necessário que esta se encaixe perfeitamente sob consequência de não adequação da conduta a norma tipificadora.

Há algumas situações que o tipo penal exige não só a conduta elementar, como também uma “complementação”. A este fenômeno a doutrina a apelida de “elemento subjetivo do tipo”.

Logo, anteriormente a lei não impunha ao tipo a prova da embriaguez por certos índices de algo no sangue, admitindo qualquer meio de prova, somado a conduta perigosa no volante. Vejamos, pois como vinha se manifestando os tribunais antes da alteração legislativa.

APELAÇÃO-CRIME, DENÚNCIA E CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – OBJETIVIDADE JURÍDICA – Análise através dos tipos dos artigos 165 e 306 do código. Denúncia pelo delito do artigo 306, além da condução de veículo automotor em via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeito análogo, exige exposição a dano potencial da incolumidade de outrem, que a denúncia deve descrever com exatidão qual e a acusação provar. Limitando-se as referências probatórias a direção de veículo automotor em via pública sob influência de álcool, serve a caracterização daquela mera infração administrativa do artigo 165, cujos requisitos são exatamente dirigir sob influência de álcool, em nível superior ao estabelecido. Não havendo prova da elementar do delito da denúncia, - especificamente, da exposição a dano potencial da incolumidade alheia, - motiva-se a absolvição do acusado com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. *(TJRS – ACr 699428264 – (00333330) – C.Crim.Fér. – Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti – J. 23.11.1999)*

A nova norma estipula situação diferente, vejamos:

O art. 306, ao cuidar do delito de embriaguez ao volante, sublinhou: "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".

Estabeleceu a nova disposição legislativa uma quantidade, ou seja, 06 decigramas. Logo, para termos o que eu denominei de “copo cheio”, basta que o agente dirija em quantidade superior a que diz a lei, podendo estar **COMPLETAMENTE LÚCIDO**, não importa.

A questão que repousa sobre o tipo incriminador é a de que o legislador ao prescrever a norma não se atentou ao ponto da prova, ou seja, como realizar a prova de que o indivíduo está dirigindo em índices superiores ao permitido, já que se sabe que no direito, por guarida constitucional, não se admite a auto-incriminação.

Assim se caso a lei impusesse o exame, **o que o que não faz**, dito dispositivo poderia ser considerado inconstitucional.

Vem se cristalizando, por parte da doutrina e tribunais, o entendimento de que não se pode exigir da pessoa o que se submeta ao teste. No mesmo sentido já manifestou o STF ao decidir que o pai biológico não é obrigado a realizar o exame de DNA, mas, por outro lado, encontrou uma saída se manifestando pela presunção da paternidade em caso de recusa.

É importante saber que nenhum princípio constitucional é absoluto e que o STF não raro relativa princípios, podendo este meio de prova ser admitido como constitucional, todavia, até o momento nenhuma decisão definitiva existe, pelo contrário há calorosos debates com posicionamentos antagônicos inclusive no STJ.

Seja como for, coadunado o entendimento de que a lei é falha já que não há dúvida que raramente o delegado irá convocar um médico para realizar exame clínico em motorista que **supostamente esteja embriagado** e se recusou a realizar o teste do bafômetro. Ainda que isto ocorra, quando o médico chegar ou atendido for realizado em um “pronto de socorro”, o suposto infrator provavelmente já estará bem. Isto, **SE** o delegado chamar. **SE** o médico comparecer, **SE** conduzido ao PS. **SE** rapidamente for atendido. Denota-se que são muitas as condições e até que elas se verifiquem a prova já se exauriu.

Posteriormente, colhida ou não a prova, o inquérito vai para o fórum e a defesa do advogado fica “mamão”, primeiro porque na maioria das vezes a pessoa se recusou ao bafômetro, segundo porque quiçá houve exame clínico. Novidade não é que para o recebimento da denúncia, o juiz, na dúvida, deve recebê-la iniciando o processo, mas para a condenação na dúvida o juiz deve absolver.

Feita essas considerações vocês já serão capazes de entender a questão de orbita no STJ, ou seja, **sobre a validade da prova, Se** é necessário se submeter ao teste do bafômetro. **Se** o bafômetro é o único teste válido.

Vejamos como os tribunais superiores estão se inclinando, lembrando que ainda NÃO HÁ NADA DEFINIDO.

01/06/2011 - 09h41 - EM ANDAMENTO

Parecer do MP defende legalidade de outros meios de prova, além do bafômetro, para atestar embriaguez

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vai definir quais os meios de prova legítimos para atestar a embriaguez ao volante. Depois da edição da Lei Seca, em 2008, diversos recursos foram interpostos na Justiça envolvendo casos de motoristas que se recusaram a fazer ou não passaram pelo teste do bafômetro. A matéria vai ser analisada pela Terceira Seção do Tribunal conforme o rito dos recursos repetitivos, segundo o qual a decisão proferida no julgamento vai servir de orientação para inúmeros processos com a mesma tese. O relator é o ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

O Ministério Público Federal (MPF) encaminhou parecer ao STJ defendendo a legalidade de outros meios de prova, além do bafômetro, para atestar a embriaguez. Os motoristas alegam em juízo a impertinência da ação penal, tendo em vista que o único meio de incriminação legítimo depois da Lei n. 11.705/2008 seria a constatação do percentual de 0,6 decigramas de álcool no sangue, comprovada pelo bafômetro ou por exames de sangue. E, como a Constituição resguarda as pessoas da autoincriminação (ninguém está obrigado a produzir provas contra si), a comprovação da embriaguez ficaria mais difícil e quase que ao arbítrio do acusado, segundo argumentação do MPF.

A antiga redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) exigia para a configuração do delito que o motorista estivesse sobre a influência do álcool, sem indicar concentração específica de substância no corpo. O exame clínico ou a prova testemunhal atendia à exigência penal. Com a Lei Seca, passou-se a discutir a prova da embriaguez, com a adoção do percentual para sua constatação.

Jurisprudência das Turmas

A jurisprudência da Quinta Turma do STJ é no sentido de ser dispensável o teste de alcoolemia para configurar o crime de embriaguez ao volante. A prova da embriaguez deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia, mas esta pode ser suprida pelo exame clínico e mesmo pela prova testemunhal, em casos excepcionais. As exceções estão caracterizadas quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial à incolumidade pública.

A Sexta Turma do STJ tem posicionamento divergente. A Turma entende que é indispensável o teste de alcoolemia, ainda que esse estado possa ser aferido por outros elementos de prova. A divergência entre posições de Turma é pacificada pela Seção.

Aí está, a questão é tão polêmica que até mesmo as turmas já formaram posicionamentos diferentes, será necessário diante desse dissídio dentro do próprio STJ, a convocação do PLENO para debater a questão e colocar uma pá de cal na questão.

Abraços do Amigo e Professor

Rodrigo Eduardo Garcia

OAB-SP 178.926

OAB-DF 15.997

OAB-MG 130.174

Nota. Este texto não pode ser reproduzido sem autorização de seu autor.