

A CARACTERIZAÇÃO DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE
PARA FINS PENAIS

Como a concepção sobre o direito define a solução juridicamente válida para a
questão de transcendental importância social

Aldemario Araujo Castro

Mestre em Direito

Procurador da Fazenda Nacional

Professor da Universidade Católica de Brasília

Brasília, 3 de abril de 2012

"Até que a lei seja alterada, apenas bafômetro e exame de sangue podem comprovar embriaguez de motorista. Em julgamento apertado, desempatado pelo voto de minerva da ministra Maria Thereza de Assis Moura, presidenta da Terceira Seção, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal. A tese serve como orientação para as demais instâncias do Judiciário, onde processos que tratam do mesmo tema estavam suspensos desde novembro de 2010.

De acordo com a maioria dos ministros, a Lei Seca trouxe critério objetivo para a caracterização do crime de embriaguez, tipificado pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). É necessária a comprovação de que o motorista esteja dirigindo sob influência de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue. Esse valor pode ser atestado somente pelo exame de sangue ou pelo teste do bafômetro, segundo definição do Decreto 6.488/08, que disciplinou a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os dois testes.

'Se o tipo penal é fechado e exige determinada quantidade de álcool no sangue, a menos que mude a lei, o juiz não pode firmar sua convicção infringindo o que diz a lei', afirmou a ministra Maria Thereza ao definir a tese. (...)

Dada a objetividade do tipo penal (artigo 306 do CTB), o magistrado considerou inadmissível a possibilidade de utilização de outros meios de prova ante a recusa do motorista em colaborar com a realização de exame de sangue ou bafômetro.

Ele destacou que o limite de seis decigramas por litro de sangue é um elemento objetivo do tipo penal que não pode ser relativizado. 'A lei não contém palavras inúteis e, em nome de adequá-la a outros fins, não se pode ferir os direitos do cidadão, transformando-o em réu por conduta não prevista em lei. Juiz julga, e não legisla. Não se pode inovar no alcance de aplicação de uma norma penal. Essa não é a função do Judiciário', afirmou.

O desembargador acredita que, na prática, há uma queda significativa na qualidade das leis. Mas isso não dá ao juiz o poder de legislar. 'O trânsito sempre matou, mata e matará, mas cabe ao Legislativo estabelecer as regras para punir, e não ao Judiciário ampliar as normas jurídicas', advertiu o desembargador. 'Não se pode fragilizar o escudo protetor do indivíduo em face do poder punitivo do estado. Se a norma é deficiente, a culpa não é do Judiciário', defendeu.

O ministro Og Fernandes também lamentou que a alteração trazida pela Lei Seca tenha passado a exigir quantidade mínima de álcool no sangue, atestável apenas por dois tipos de exames, tornando a regra mais benéfica ao motorista infrator. 'É extremamente tormentoso para o juiz deparar-se com essa falha', declarou. Mas ele conclui: 'Matéria penal se rege pela tipicidade, e o juiz deve se sujeitar à lei.' A ministra

Maria Thereza de Assis Moura, da mesma forma, lembrou que alterações na lei só podem ser feitas pelo legislador".

Esse é parte do relato acerca do julgamento do REsp n. 1.111.566, no dia 28 de março de 2012, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ (Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218. Acesso em: 30 mar. 2012).

Imaginemos um caso concreto, com contornos relativamente comuns (infelizmente) na realidade brasileira atual. Um motorista provoca um acidente de trânsito com vítimas fatais e não-fatais. O sujeito, visivelmente embriagado, com forte odor de álcool, não consegue ficar de pé e pronunciar uma frase inteligível. Ele recusa, de forma atabalhoada, o etilômetro (doravante chamado de bafômetro) ou um exame de sangue.

Como foi visto no relato presente no site do STJ, o crime de embriaguez ao volante reclama a presença de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue.

Assim, contrastando o caso concreto acima descrito com a definição normativa é possível (no sentido de juridicamente válido) admitir que o motorista em questão cometeu o crime de embriaguez ao volante?

A aludida decisão do STJ seguiu um dos dois mais significativos rumos viáveis no equacionamento da pergunta. Para concluir que o mínimo de seis decigramas de álcool somente pode ser atestado pelo exame de sangue ou pelo teste do bafômetro, o tribunal transitou pela velha e arraigada concepção formalista do direito.

O raciocínio nessa seara é relativamente simples. Se existe uma quantidade mínima precisamente definida, somente um procedimento técnico adequado, onde fosse possível afiançar rigorosamente essa quantidade de álcool, seria aceitável para caracterizar a prática do crime. A solução considera tão-somente o comando geral e abstrato presente na lei. Importa, só e somente só, a forma posta pelo legislador e a coincidência indiscutível da conduta com a fórmula consagrada na lei. Aplica-se o vetusto raciocínio silogístico (premissa maior – a lei e premissa menor – o fato) na conhecida e surrada mecânica fria da subsunção.

Argumenta-se, ademais, que se trata de afirmar ou garantir o direito fundamental, assentado na legalidade penal, do crime somente ser caracterizado se a conduta prevista abstratamente na lei for inequivocamente flagrada pelos órgãos estatais competentes. Temos, aqui, com nuances e vertentes variadas, o campo do formalismo penal ou da tipicidade formal para identificar o delito.

O segundo caminho possível na solução da questão se funda numa concepção social, sociológica, substancial, material ou conteudista do direito. Nesse campo importam os fins ou objetivos perseguidos pelo direito e suas normas como instrumentos de atuação na realidade social. Por conseguinte, abre-se o jurídico para um construtivo diálogo com a realidade subjacente em busca da realização de certos valores nos vários casos ou problemas a serem equacionados.

Nesse sentido, a forma ou fórmula consagrada na lei é fundamental para a operacionalização do direito. Não é, no entanto, uma camisa de força que aprisiona o operador do direito num mundo artificial de uma lógica estéril, desprezando a vida, a realidade.

Em termos penais deve ser dada especial atenção (e prevalência, sob certo ângulo de análise) aos bens jurídicos protegidos pela norma criminal, em

especial numa *sociedade de riscos* múltiplos, complexos e crescentes. Admite-se que existem limites intrínsecos na formulação abstrata da lei que podem e devem ser superados quando o caso (concreto) aponta inequivocamente para a violação do bem jurídico protegido por vias ou caminhos não expressamente declarados ou considerados pelo legislador. O raciocínio também pode ser utilizado para descaracterizar como criminosas condutas formalmente enquadradas na fórmula legal mas que não lesam significativamente ou expõem a sério perigo de lesão um bem jurídico-penal devidamente tutelado. Aqui, com variações e contornos específicos, abriga-se a tipicidade material. Algumas importantes construções jurídico-penais, a exemplo da teoria constitucionalista do delito e da teoria conglobante, apontam nesse rumo.

Portanto, em casos como o descrito acima, é possível (ou válido juridicamente) afirmar que houve a realização do “tipo penal”. Inequivocamente, um condutor, em deplorável, visível e indiscutível estado avançado de embriaguez, porta mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Tal fato, definido pelo legislador em sua substância ou essência, estaria seguramente caracterizado por prova testemunhal, vídeos e outros expedientes análogos, dispensado o bafômetro ou o exame de sangue. Aqui, o apego extremo a forma jurídica é afastado, com as devidas cautelas, em favor da substância jurídica, o verdadeiro, elogiável e desejável objetivo perseguido pelo legislador.

A indiscutível conquista histórica da legalidade, notadamente da legalidade penal, pela via da fórmula genérica e abstrata dos comandos normativos não pode ser transmutada no império da iniquidade. A segurança jurídica conferida ao indivíduo, liberto de humores, privilégios, caprichos e arbítrios de poderosos (governantes ou não), não pode ser substituída pela insegurança dos demais partícipes da sociedade quando seus bens jurídicos são atacados e afetados pela conduta evidentemente reprovável do cidadão que não se amolda como uma luva à descrição engendrada pelo legislador. É preciso compreender que a

generalidade e a abstração da lei, inegáveis conquistas formais, podem funcionar (substancialmente) como causas de instabilidades e soluções profundamente indesejáveis quando utilizadas de formas mecânica e acrítica num universo social em ebulição, com marcantes traços de conflitos entre interesses individuais egoísticos e exigências coletivas de fraternidade e solidariedade.

Essa última ponderação permite destacar a existência de vários direitos fundamentais a serem considerados e protegidos. O direito fundamental à observância da legalidade penal em relação ao motorista ébrio convive com o direito fundamental à vida e à incolumidade física de todos aqueles que cruzarem o caminho do primeiro. À toda evidência, o aludido direito fundamental do ébrio, em indubitável e avançado estado de embriaguez (nesse caso, não em outros), não pode, nem deve, suplantiar os referidos direitos fundamentais das vítimas.

Respondo à indagação inaugural deste escrito. Nos contornos do caso destacado, sem extrapolação para outras situações com traços caracterizadores distintos (notadamente em estados de embriaguez “leve” ou “moderada”, quando existe dúvida razoável acerca da quantidade de álcool no sangue do motorista), é possível (juridicamente válido) afirmar a prática do crime de embriaguez ao volante, substancialmente verificado por intermédio de provas idôneas para além do bafômetro e do exame de sangue.

Provavelmente, a questão admita uma formulação alternativa (simples e direta) nos seguintes termos: um motorista embriagado, que não consegue parar de pé, nem falar uma frase reconhecível, conforme atestado por testemunhas ou vídeos, apresenta mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue (quantidade normalmente decorrente do consumo de três ou mais garrafas de cerveja)? O “sim”, única resposta plausível, conduz à conclusão de que o crime de embriaguez ao volante foi praticado, substancialmente praticado.

Evidentemente, a temática é complexa, reclama análise cuidadosa do caso concreto e uma profunda reflexão em torno das visões formalista e conteudista do direito. Essas breves observações servem apenas para registrar a existência de caminhos (radicalmente) distintos para solução desse e de outros problemas relevantes no campo do direito penal e não-penal.