



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.422 - RS (2015/0300372-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SILVIO MACHADO ANTUNES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA POTENCIALIDADE LESIVA. CONDUTA PRATICADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.705/2008 E ANTES DA LEI 12.760/2012. TESTE DO ETILÔMETRO REALIZADO. PROVA IDÔNEA. EXAME REALIZADO SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo suficiente para a sua caracterização que o condutor do veículo esteja com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância entorpecente, dispensada a demonstração da potencialidade lesiva da conduta. Precedentes.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.566/DF, sob o rito do art. 543-C do CPC, c/c 3º do CPP, interpretando o art. 306 do CTB, na redação conferida pela Lei 11.705/2008, consolidou entendimento no sentido de que a comprovação da dosagem igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue somente poderia ser feita por exames técnicos, quais sejam, o uso do etilômetro ("bafômetro") ou o exame de sangue.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O direito à assistência técnico-jurídica, por meio advogado, somente possui proteção constitucional nos processos judiciais e administrativos, como garantia ao pleno exercício da defesa (art. 5º, LV, da CP), não abrangendo o momento da realização do teste do etilômetro ou exame de sangue, providência administrativa que traduz simples ato de fiscalização expressamente previsto no art. 269, inciso IX, do CTB.

5. Hipótese em que a conduta foi praticada após a vigência da Lei 11.705/2008, que deu nova redação ao art. 306 do CTB, e antes do atual texto, conferido pela Lei 12.760/2012, sendo realizado o exame do etilômetro, que apontou concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.422 - RS (2015/0300372-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : SILVIO MACHADO ANTUNES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SILVIO MACHADO ANTUNES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n. 0200137-66.2015.8.21.7000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 meses de detenção, em regime aberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (e-STJ fls. 130/133).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 179/188), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO. TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ADVOGADO DURANTE O TESTE DE BAFÔMETRO. DESCABIDA. COMPROVADA AUTORIA E MATERIALIDADE. MANTIDA SENTENÇA.

Demonstradas autoria e materialidade do delito, e não verificada a violação do contraditório e da ampla defesa, pois o réu, ao aceitar fazer o teste do bafômetro, voluntariamente produziu prova da sua incapacidade de conduzir veículo automotor, diante do consumo de bebida alcoólica acima da quantidade autorizada em lei, sendo desnecessária a presença de advogado para realização do mesmo, inexistindo ilegalidade no ato.

NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/7), a impetrante sustenta que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente sofre constrangimento ilegal, pois a Corte local manteve condenação por ato que não gerou perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Afirma que não houve comprovação de que a sua capacidade psicomotora estivesse alterada e, portanto, a sua conduta configura mera infração administrativa. Também defende que, por ocasião do exame do etilômetro, o acusado não estava sendo assistido por advogado, o que torna a prova ilícita. Aduz que o único teste com idoneidade para aferir a embriaguez é o exame de sangue, vez que o etilômetro não comprova a concentração de álcool por litro de sangue, mas tão somente a quantidade de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. Por fim, conclui que a prova produzida é indiciária e sujeita a inúmeras falibilidades, não devendo ensejar condenação na esfera criminal.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede que o paciente seja absolvido.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 199/200).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 208/218, opinou pelo não conhecimento do *writ*, cuja ementa segue transcrita:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DELITO DE TRÂNSITO. DIREÇÃO SOB EFEITO DE ÁLCOOL. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O habeas corpus é meio inadequado para impugnar acórdão do Tribunal de Justiça estadual proferido em recurso de apelação.

A nulidade ora apontada pelo impetrante, relativa à impossibilidade de autoincriminação, não sendo obrigatória a submissão do acusado ao exame de alcoolemia, mormente sem o prévio esclarecimento de seus direitos, não foi examinada pelo acórdão impugnado.

A Corte local, de igual modo, não examinou questão relativa à inidoneidade do teste do bafômetro para comprovar o estado de embriaguez, que, segundo o impetrante, somente pode ser atestado pelo exame de sangue.

Impossível, desse modo, o exame direto das questões pelo Superior Tribunal de Justiça, pena de supressão de instância.

A ausência de advogado quando da realização do teste do bafômetro não é causa de nulidade, mormente se o acusado, de forma espontânea, se dispôs fazê-lo, tendo em vista que "a legislação em vigor não prevê a necessidade da presença de advogado caso o agente opte por se submeter aos testes de alcoolemia, providência que se mostra de todo dispensável, ante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voluntariedade da realização dos exames, e que tornaria praticamente impossíveis a apuração de acidentes de trânsito e as fiscalizações preventivas efetivadas pelas autoridades competentes".Precedente.

Pelos mesmos motivos, também não se sustenta a alegada impossibilidade de autoincriminação, não sendo obrigatória a submissão do acusado ao exame de alcoolemia, mormente sem o prévio esclarecimento de seus direitos, pois, como demonstrado, o teste do bafômetro se fez com a concordância do réu.

A partir da redação do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, dada pela Lei n.º 11.705/2008, impôs-se, para caracterização do crime de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue, através de testes de alcoolemia ou exame clínico.

No caso sob exame, realizado o teste do etilômetro, restou constatado que o réu possuía concentração de álcool acima do permitido pela legislação – apontou uma concentração de 16,8 decigramas de álcool por litro de sangue, equivalente a 0,84 mg de álcool por litro de ar expelido –, razão pela qual perfeitamente caracterizada a conduta prevista no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

De outro lado, a nova redação do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, introduzida pela Lei n.º 12.760/12, ao se referir, no caput do dispositivo, à condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, não descriminalizou a conduta de dirigir automóvel com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, tendo em vista que esta circunstância é exatamente uma das formas de constatação do delito, conforme se infere do § 1º do aludido dispositivo legal.

Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.422 - RS (2015/0300372-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. 'MODUS OPERANDI'. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se no mérito do presente *writ*, em síntese, a absolvição do paciente pela não comprovação de que sua conduta gerou perigo concreto ao bem jurídico tutelado, além da insuficiência ou nulidade da prova relativa à embriaguez.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De início, importa considerar que o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo suficiente para a sua caracterização que o condutor do veículo esteja com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância entorpecente, dispensada a demonstração da potencialidade lesiva da conduta.

Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N. 9503/1997. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA NA CONDUTA. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE IGUAL OU SUPERIOR A 6 DECIGRAMAS. VERIFICAÇÃO POR BAFÔMETRO. FATO TÍPICO. PRESENTE JUSTA CAUSA. PROVIMENTO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato e dispensa a demonstração de potencialidade lesiva na conduta, configurando-se pela condução de veículo automotor em estado de embriaguez.

2. Considerando que a recorrida foi submetida a teste de aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) e que o acórdão recorrido traz indícios concretos de que a ré foi flagrada dirigindo veículo automotor com concentração de álcool igual a 0,35 mg de ar expelido pelos pulmões - valor esse superior ao que a lei permite -, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal do crime de embriaguez ao volante.

3. Recurso especial provido apenas para, afastada a atipicidade da conduta da recorrida, determinar o prosseguimento da ação penal.

(REsp 1.520.883/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. Sexta Turma, DJe 15/12/2015)

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ALTERAÇÕES NAS FUNÇÕES PSICOMOTORAS DO ACUSADO. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta daquele que conduz veículo em via pública com a concentração de álcool por litro de sangue maior do que a admitida pelo tipo penal. Precedentes.

2. Na hipótese dos autos, de acordo com a denúncia ofertada pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público e com a sentença condenatória, o paciente conduzia veículo automotor em via pública com a concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas, pelo que se mostra incabível o pleito de absolvição formulado na inicial.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 276.846/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 26/3/2014)

Assim, não prospera a irresignação manifestada pela impetrante no sentido de que a conduta do paciente não gerou perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

De outra parte, cumpre observar que o crime imputado ao paciente foi praticado em 22/1/2012, oportunidade em que a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro era conferida pela Lei 11.705/2008, nos termos seguintes:

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.

Interpretando essa norma, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.566/DF (Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU, DJe 4/9/2012), sob o rito do art. 543-C do CPC c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que a comprovação da dosagem igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue somente poderia ser feita por exames técnicos, quais sejam, o uso do etilômetro ("bafômetro") ou o exame de sangue.

No caso, o paciente consentiu com a realização do exame do etilômetro, instrumento específico para aferir a concentração de álcool por litro de sangue e, portanto, suficiente para a comprovação do estado de embriaguez.

Ressalta-se, por fim, que a ausência de advogado no momento da realização do teste, voluntariamente realizado, não é capaz de ensejar a nulidade do ato.

Com efeito, o direito à assistência técnico-jurídica, por meio advogado, somente possui proteção constitucional nos processos judiciais e administrativos, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia ao pleno exercício da defesa (art. 5º, LV, da CP), não abrangendo o momento da realização do teste do etilômetro ou exame de sangue. Essa providência administrativa traduz simples ato de fiscalização, realizado pela autoridade de trânsito ou seus agentes, nos termos da atribuição prevista no art. 269, inciso IX, do CTB, *in verbis*:

A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas:

[...]

IX - realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

[...]

Portanto, na espécie, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte Superior.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0300372-4

HC 342.422 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001001820128210084 02001376620158217000 08421200000430 1001820128210084
2001376620158217000 70065147597 8421200000430

EM MESA

JULGADO: 03/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: SILVIO MACHADO ANTUNES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Trânsito

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.