



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.671 - RS (2011/0245558-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ELOI KESSLER

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DA LEI 9.503/1997). MATERIALIDADE. TESTE DO BAFÔMETRO. VOLUNTARIEDADE. PROVA PRODUZIDA PELO AUTOR CONTRA SI MESMO. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Após o advento da Lei 11.705/2008, a qual conferiu nova redação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a expressão "*concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*", passou a integrar o referido tipo penal.

2. A Terceira Seção desta colenda Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp. n. 1.111.566/DF, admitido como representativo de controvérsia, decidiu, por maioria de votos, que a incidência da imputação delituosa somente se torna possível quando comprovado o respectivo teor alcóolico previsto em lei por meio da realização de exame de sangue ou teste do bafômetro, não sendo suficiente, para tanto, a prova testemunhal/exame clínico.

3. Conquanto o exame de sangue ou o teste do bafômetro sejam indispensáveis para a comprovação da materialidade do crime de embriaguez ao volante na vigência da Lei 11.705/2008, o certo é que o condutor do automóvel não é obrigado a realizá-los, sob pena de ofensa ao princípio que proíbe a autoincriminação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Na hipótese de o acusado de dirigir embriagado se negar a realizar os testes que comprovam a ingestão de bebida alcoólica, incidem as penalidades administrativas previstas no Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do § 3º do artigo 277 do referido diploma legal.

5. Não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 306 da Lei 9.503/1997, pois o condutor de automóvel não é obrigado a realizar qualquer procedimento apto a atestar o seu estado de embriaguez, motivo pelo qual não se pode afirmar que, caso se submeta ao exame de sangue ou ao teste do bafômetro, estaria sendo acusado com base em prova produzida contra si mesmo.

6. No caso dos autos, o paciente, voluntariamente, se submeteu ao teste do etilômetro, oportunidade na qual foi constatada a presença de 14,6 decigramas de álcool por litro de sangue, tratando-se de prova apta à deflagração da ação penal para apuração do delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 11.705/2008.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de junho de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.671 - RS (2011/0245558-1)

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ELOI KESSLER

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ELOI KESSLER, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu provimento à Apelação n. 70041860339.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 306 da Lei 9.503/1997, tendo a ação penal sido extinta pela magistrada singular, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao qual foi dado provimento, determinando-se o recebimento da exordial acusatória e o processamento do feito.

Sustenta a impetrante que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, sob o argumento de que o delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro seria inconstitucional.

Alega que o referido tipo penal somente se aperfeiçoaria com a submissão do motorista ao exame do bafômetro, pois, caso contrário, a persecução criminal estaria inviabilizada pela ausência da materialidade delitiva.

Argumenta que a realização do referido teste numa abordagem policial, sem a presença de advogado, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, aduzindo que o réu não poderia ser condenado com base em prova por ele mesmo produzida em seu desfavor.

Requer a concessão da ordem para que seja restabelecida a decisão que extinguiu o feito, ou para que seja trancada a ação penal.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 87/88.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (e-STJ fl. 99), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 114/118, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.671 - RS (2011/0245558-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o restabelecimento da decisão que extinguiu a ação penal instaurada contra o paciente, ou o seu trancamento.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses não ocorrentes na espécie.**

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

De se destacar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente foi acusado de dirigir embriagado, extraíndo-se da denúncia as seguintes passagens:

*"No dia 17 de julho de 2010, por volta das 19 horas, na Rodovia Estadual, RS 128, Via Láctea, Km 27, em Teutônia-RS, o denunciado **ELIO KESSLER** conduziu o veículo VW/Santana, placa IFW-3455, na via pública, com concentração de 14,6 (quatorze vírgula seis) decigramas de álcool por litro de sangue, correspondente a 0.73 (zero vírgula setenta e três) miligramas de álcool por litro de ar expelido, tudo conforme Boletim de Ocorrência (fls. 03/04-IP), Teste Etilômetro (fl. 05-IP) e Tabela de Conversão (fls. 16/18).*

Na oportunidade, o denunciado, em elevado estado de embriaguez, o qual foi constatado pelo aparelho etilômetro n. de série 083402, n. da versão 348C, conduziu o veículo descrito na via pública, sendo abordado por policiais rodoviários, que constatarem a embriaguez." (e-STJ fl. 6)

A ação penal foi extinta pela magistrada singular, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (e-STJ fls. 29/31).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao qual foi dado provimento, determinando-se o recebimento da exordial acusatória e o processamento do feito, em aresto que restou assim ementado:

"APELAÇÃO CRIME. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. A COMPROVAÇÃO DA QUANTIDADE DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE PODE SER VALIDAMENTE AFERIDA POR APARELHO DE AR ALVEOLAR PULMONAR (ETILÔMETRO), FORTE NOS ARTIGOS 277, E 306, § ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, E DO ARTIGO 2º, DO DECRETO Nº 6.488/2008. PRESENÇA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADVOGADO NO ATO DA REALIZAÇÃO DO TESTE DO BAFÔMETRO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NESTE SENTIDO. APELO MINISTERIAL PROVIDO PARA, CASSADA A DECISÃO COMBATIDA, RECEBER A DENÚNCIA E DETERMINAR O PROCESSAMENTO DO FEITO." (e-STJ fl. 76).

Sobre a justa causa para a deflagração da ação penal pela prática do crime de embriaguez ao volante, é imperioso destacar que após o advento da Lei 11.705/2008, a qual conferiu nova redação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a expressão "*concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*", passou a integrar o referido tipo penal. Com base nesta consideração, a Terceira Seção desta colenda Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp. n. 1.111.566/DF, admitido como representativo de controvérsia, decidiu, por maioria de votos, que a incidência da imputação delituosa somente se torna possível quando comprovado o respectivo teor alcóolico previsto em lei por meio da realização de exame de sangue ou teste do bafômetro, não sendo suficiente, para tanto, a prova testemunhal/exame clínico.

Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional.

5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.

6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar.

7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático.

Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente.

8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

9. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 04/09/2012)

O referido entendimento - embora pareça ter sido superado com o advento da Lei n. 12.760/12, que tornou ainda mais rígido o combate da embriaguez ao volante ao prever a possibilidade de comprovação do crime por diversos outros meios de prova, conforme se infere da redação do § 2º incluído no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro - é plenamente aplicável à hipótese em apreço, já que os fatos atribuídos ao paciente foram praticados aos 17.7.2010 (fl. 6), por força do princípio que proíbe a retroatividade da lei penal mais gravosa.

No entanto, conquanto o exame de sangue ou o teste do bafômetro sejam indispensáveis para a comprovação da materialidade do crime de embriaguez ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

volante na vigência da Lei 11.705/2008, o certo é que o condutor do automóvel não é obrigado a realizá-los, sob pena de ofensa ao princípio que proíbe a autoincriminação.

Assim, na hipótese de o acusado que dirigir embriagado se negar realizar os testes que comprovam a ingestão de bebida alcoólica, incidem as penalidades administrativas previstas no Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do § 3º do artigo 277 do referido diploma legal, *verbis*:

"Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

(...)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo."

Dessa forma, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 306 da Lei 9.503/1997, pois o condutor de automóvel não é obrigado a realizar qualquer procedimento apto a certificar se está embriagado, motivo pelo qual não se pode afirmar que, caso se submeta ao exame de sangue ou ao teste do bafômetro, estaria sendo acusado com base em prova produzida contra si mesmo.

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

No caso dos autos, o paciente, voluntariamente, se submeteu ao teste do etilômetro, oportunidade na qual foi constatada a presença de 14,6 decigramas de álcool por litro de sangue, tratando-se de prova apta à deflagração da ação penal para apuração do delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 11.705/2008.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irretocável, por conseguinte, o aresto objurgado, que consignou que "*em havendo prova da materialidade do delito de embriaguez ao volante, a reforma da decisão, com o recebimento da denúncia - ora procedido pela Câmara -, e o processamento do feito, na origem, é medida que se impõe*" (e-STJ fl. 79).

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0245558-1

HC 221.671 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15921000010407 21000010407 70041860339

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ELOI KESSLER

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 Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.