



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.551 - MS (2014/0288999-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PEDRO APARECIDO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. FATO OCORRIDO APÓS A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 306 DA LEI N. 9.503/1997 PELA LEI N. 12.760/2012. TESTE ALVEOLAR (BAFÔMETRO) E DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. ETILÔMETRO. CALIBRAGEM ANUAL. DESNECESSIDADE. AFERIÇÃO ANUAL PELO INMETRO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *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. 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.

2. "A Lei n.º 12.760/12 modificou o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de dispor ser despcienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora" (RHC 49.296/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

3. Na espécie, as instâncias ordinárias reconheceram a materialidade delitiva do crime tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasileiro pelo depoimento de testemunhas, dos policiais que atenderam a ocorrência, bem como pelo "teste do bafômetro".

4. Ademais, não é necessária a calibragem anual do etilômetro, procedimento que é realizado uma única vez pelo fabricante, quando do fornecimento do aparelho ao órgão público, bastando a verificação periódica realizada pelo INMETRO para fins de constatação de sua regularidade.

5. A verificação periódica anual realizada no etilômetro pelo INMETRO não foi analisada pela instância ordinária, o que impede o exame de tal matéria no âmbito do *mandamus* sob pena de indevida supressão de instância.

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, "A Turma, 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, 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.551 - MS (2014/0288999-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PEDRO APARECIDO DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PEDRO APARECIDO DOS SANTOS indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0027116-17.2013.8.12.0001/50000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, no regime fechado, e pagamento de 100 (cem) dias-multa, pela prática dos crimes tipificados nos arts. 306 e 309, ambos da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem, por maioria, deu parcial provimento ao reclamo, para modificar o regime inicial para o aberto e isentar o réu do pagamento das custas processuais (e-STJ fls. 70/80), em acórdão que ficou assim ementado:

APELAÇÃO. PENAL. DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL E CONDUZIR VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INCABÍVEL. CALIBRAGEM DO ETILÔMETRO. DATA IRRELEVANTE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. RIGOR EXCESSIVO. ABRANDAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ISENÇÃO DE CUSTAS. PATROCÍNIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO.

Incabível a aplicação do princípio da consunção quando ambas infrações penais possuem natureza jurídica diversa, pois o delito de embriaguez ao volante é de perigo abstrato, enquanto o de conduzir veículo sem habilitação é de perigo concreto. A comprovação da embriaguez ao volante prescinde de prova pericial sendo irrelevante a data de calibragem do etilômetro. A existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a imposição da pena-base acima do mínimo legal. Cabível o abrandamento para o regime intermediário quando as circunstâncias demonstram que o regime fechado se mostra excessivo, não extrapolando a suficiência e reprovação do crime praticado. Ausente qualquer dos requisitos do art. 44, do Código Penal, resta inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Deve ser deferida a isenção de custas em favor do acusado patrocinado pela Defensoria Pública. Apelação defensiva a que se dá parcial provimento para abrandar o regime prisional e isentar o acusado de custas processuais.

Manejados embargos infringentes, a Corte local lhes negou provimento nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 110/120):

EMBARGOS INFRINGENTES – CRIME DE TRÂNSITO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – TESTE DO "BAFÔMETRO" – MEIO DE PROVA IDÔNEO E PRECISO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Na direção de veículo, encontrando-se o condutor embriagado ou alcoolizado, com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas, ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, constitui crime. O art. 306 do Código de Trânsito, disciplina a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito, inserindo a quantidade mínima exigível, delimitando-se que a figura típica se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool. O apelante foi submetido ao teste do "bafômetro" que atestou estar o apelante conduzindo o seu veículo com 01.6 litros de álcool por litro de ar expedido dos pulmões, o é suficiente para subsidiar a imposição da condenação respectiva.

Neste writ, sustenta a defesa a ausência de prova segura em relação à materialidade delitiva do crime tipificado no art. 306 da Lei n. 9.503/1997, que só poderia ser aferida por exame de sangue, não podendo suprir outro elemento de prova.

Defende, ainda, que "o aparelho de etilômetro foi calibrado pela última vez na data de 27.10.2008, portanto, quase 5 anos antes da data dos fatos, 08.07.2013, o que gera dúvidas quanto ao resultado obtido e descumprimento do inciso II do artigo 4º da Resolução acima" (e-STJ fl. 13).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, a absolvição do paciente pelo crime tipificado no art. 306 da Lei n. 9.503/1997.

A liminar foi indeferida pelo então Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP).

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem (e-STJ fls. 134/136).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.551 - MS (2014/0288999-8)

VOTO

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

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. 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: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. 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 presente *habeas corpus*, a absolvição do paciente por ausência de materialidade quanto ao crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

A denúncia imputou ao paciente a prática do crime previsto no artigo 306 da Lei n. 9.503/1997, nos seguintes termos (e-STJ fls. 17/18):

Fato 1. Consta do incluso IP n. 6176/2013, que no dia 8 de julho de 2013, por volta das 17h30min, na Rua [...], o denunciado foi preso em flagrante conduzindo o veículo automotor M. Bens/0364, cor azul, [...], com capacidade psicomotora alterada em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

influência de álcool, cuja concentração por litro de sangue, era superior a 6dg (seis decigramas), cf. Teste de alcoolemia de fl. 21, tanto que colidiu o vértice anterior do referido veículo na parede do imóvel de n. 1264, onde se localizava o Supermercado Verdurão.

[...]

Assim, o denunciado foi submetido ao teste do etilômetro, o qual apresentou o resultado de 1,07mg/l (um vírgula sete miligramas por litro) de álcool de ar expelido dos pulmões (fl. 21), equivalente a 21,4dg (vinte e um gramas e sete decigramas) por litro de sangue, acima do limite de 0,34mg/l. Estabelecido pelo art. 7º, II, da Resolução n. 432/13 do CONTRAN, que regulamentou o P. Único do art. 276 da lei 9.503/97.

Condenado em primeiro grau pela prática do crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro à pena de 2 (dois) anos de detenção, assim se pronunciou o Juiz de primeiro grau quanto à materialidade do delito (e-STJ fl. 49):

A materialidade da prática delitiva, encontra-se consubstanciada através do auto de exibição e apreensão, teste de alcoolemia, laudo de exame indireto relativo à ocorrência de desastre de trânsito e prova testemunhal.

A autoria, por sua vez, é certa e indubitosa, em relação ao acusado, vez que este em seu interrogatório judicial confessa ter praticado as condutas que lhes são imputadas.

Neste sentido, corroborando a confissão, é a prova pericial e testemunhal produzida que demonstram que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool e dirigia o veículo automotor sem a devida habilitação, gerando perigo de dano.

A testemunha Gladis Teodoro Caramalac declara que é policial militar e ao atender a ocorrência, constatou que o acusado conduzia um ônibus e colidiu na quina do mercado; que o acusado estava sob efeito de álcool; que o acusado fez o exame de alcoolemia e que o acusado não era habilitado. A testemunha Leandro Ferreira Nantes dos Santos que é policial militar e que fez o croqui do acidente de trânsito praticado pelo acusado; que o acusado estava dirigindo um ônibus e bateu na quina do estabelecimento comercial.

Portanto, do conjunto das provas documentais, periciais e testemunhais produzidas conclui-se que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool e dirigia o veículo automotor sem a devida habilitação, gerando perigo de dano, posto que colidiu com a quina do Supermercado Verdurão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, por sua vez, assim se pronunciou quanto à materialidade delitiva (e-STJ fls. 72/75):

PEDRO APARECIDO DOS SANTOS interpõe APELAÇÃO objetivando a reforma da sentença que o condenou a 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime fechado, e pagamento de 100 (cem) dias-multa, pela prática do crime de dirigir veículo sob a influência de álcool e sem habilitação (art. 306 e art. 309, ambos do Código de Trânsito Brasileiro).

Narra a denúncia que, aos 08 de julho de 2013, por volta das 17h30min, na Rua Evelina Selingard, esquina com a Rua Segismundo Tavares Santana, Parque do Lageado, em Campo Grande, o acusado foi flagrado conduzindo o veículo Mercedes Benz/O364, cor azul, placas BWC-6083, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, cuja concentração por litro de sangue era superior a 06 dg (seis decigramas), tanto que colidiu o veículo na parede do imóvel 1264, onde se localiza o "Supermercado Verdurão".

[...]

Alternativamente, requer a absolvição da conduta descrita no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, eis que o bafômetro não estava devidamente calibrado.

À configuração do crime descrito no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, é prescindível até mesmo de prova técnica (etilômetro ou exame de sangue).

In casu, atestam o aparente estado de embriaguez do condutor o teste do etilômetro (f. 33), laudo de exame indireto relativo à ocorrência de desastre de trânsito (f. 132/139), os depoimentos das testemunhas e a confissão do próprio acusado de que teria ingerido bebida alcoólica em momento anterior à abordagem policial (f. 96).

Assim, não é descabido afirmar que o acusado conduzia veículo automotor, com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas, como exige o tipo penal, sobretudo porque dispõe o art. 167, do Código de

1 Processo Penal: "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta."

Por fim, como bem esclarece o "Parquet" (f. 232):

"Com efeito, extrai-se da fl. 33 que o apelante estava conduzindo veículo com concentração de álcool superior a seis decigramas por litro de sangue, ensejando, assim, fato típico e passível de punição nos termos do artigo 306, do CTB. Infere-se do referido documento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que no dia 27/10/2008 foi realizada a última calibração do aparelho, sendo que em 21/01/2014 deve ocorrer a próxima certificação do instrumento a ser feita pelo INMETRO. Salienta-se que a calibração do aparelho não possui qualquer correspondência com a certificação do instrumento, uma vez que esta última é feita pelo INMETRO, enquanto aquela pelo próprio fabricante do produto."

Destarte, a manutenção da condenação é medida de rigor.

[...]

"Não existe um critério ideal que solucione todos os casos passíveis de análise, uma vez que a dosagem da pena-base está relacionada a fatos concretos, evidenciados a partir da ocorrência do crime, acrescido dos atributos pessoais do próprio acusado, os quais, em conjunto, definem a necessidade de maior ou menor reprovação do delito. Cada crime guarda sua particularidade, pois as circunstâncias que norteiam sua prática, os resultados que produz, o grau de sua gravidade em concreto, tudo isso somente poderá ser valorado a partir de elementos próprios colhidos no decorrer da instrução criminal".

Assim, o próprio Diploma Repressor estabelece no art. 59 que a reprimenda base será fixada conforme seja necessária para a reprovação e prevenção do delito praticado.

Nessa esteira, é que fica fácil concluir que a pena-base imposta não merece qualquer reparo porquanto lhe prejudicam a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e as circunstâncias do crime, as quais justificam suficientemente a imposição da reprimenda em 01 (um) ano e 06 (seis) meses acima do mínimo legal para o crime de dirigir embriagado e 02 (dois) meses acima do mínimo legal para o delito de dirigir sem habilitação.

Sem sorte quanto ao pedido de exclusão da reincidência por se tratar de homônimo de outro acusado.

Quando do julgamento dos embargos infringentes, assim se manifestou a Corte local (e-STJ fls. 114/120):

Feitas as constatações, verifico que a questão que gerou divergência na decisão não unânime da segunda instância foi relativa à absolvição do embargante pelo crime de embriaguez ao volante pela inexistência de provas válidas para arrimar a condenação. O que é o objeto do presente recurso. Pleiteia o embargante pela sua absolvição, requerendo que prevaleça o voto vencido do Desembargador 1º Vogal Ruy Celso Barbosa Florence. O embargante foi submetido ao teste do "bafômetro". Nesse sentido é o documento de fl.33. Pois bem. Na direção de veículo, encontrando-se o condutor embriagado ou alcoolizado, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas, ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, constitui crime. Assim defini o § 1º do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Impende ressaltar que não se exige a embriaguez total. Basta a concentração de álcool nos limites referidos. No caso dos autos, o estado de embriaguez do embargante foi devidamente comprovado por meio do teste do bafômetro (fl.33). Ocorre que, o embargante, como forma de descaracterizar a comprovação em questão, repudia a eficiência do teste. Entretanto, em que pesem as conjecturas argüidas pelo embargante em suas razões recursais, a idoneidade do teste do bafômetro é inconteste. O próprio Código de Trânsito Brasileiro preconiza em seu art.277 que:

" Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado."

Além disso, meras alegações do embargante de insurgência contra o teste do bafômetro realizado, não ensejam a descaracterização do teste em questão. Ora, não basta a mera insurgência quanto a eficiência desse teste. O apelante tem o direito de se defender de maneira ampla das provas coletadas, podendo tentar influir para a produção de provas em seu benefício, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, assim não procedeu, estando a sua alegação de ineficiência do teste em desarmonia com os outros elementos de provas produzidos no processo que corroboram a condenação, consubstanciada na prova testemunhal produzida (áudio de fl. 96), sem perder de vista a circunstância fática em que se desenvolveu a conduta criminosa – o embargante colidiu o veículo na parede de um imóvel ("Supermercado Verdurão"), tanto que nesse sentido foi a sua confissão.

Ora, "Cabe provar a quem tem interesse de afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção, cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas." (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: ed. Saraiva, 2005. P. 273).

[...]

Enfim, o exame do teste do bafômetro que atestou estar o embargante conduzindo o seu veículo com 01.6 litros de álcool por litro de ar expedido dos pulmões, é suficiente para subsidiar a imposição da condenação respectiva. Salienta-se, ainda, que o afastamento da dúvida quanto a eficiência do teste do bafômetro deve ser elidida, já que, como bem se sabe, os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade e veracidade, o que acarreta que eles sejam considerados verdadeiros até que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovado o contrário. O que não ocorreu na hipótese dos autos. A par disso, boa ponderação foi posta pela Procuradoria-Geral de Justiça em parecer, onde asseverou que:

"Salienta-se que a calibração do aparelho não possui qualquer correspondência com a certificação do instrumento, uma vez que esta última é feita pelo INMETRO, enquanto aquela pelo próprio fabricante do produto."

[...]

Resta, então, pois, inconteste a autoria e a materialidade do delito de embriaguez ao volante.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos presentes embargos infringentes mantendo-se, pois, o voto vencedor do acórdão objurgado.

Verifico, dos autos, que o paciente foi denunciado e condenado pela prática do crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, porque, em 8/7/2013, dirigia veículo automotor sob influência de álcool. Constatado que a prática delitiva foi anterior à nova redação conferida ao dispositivo pela Lei n. 12.760/12, o qual dispôs ser prescindível a aferição da concentração de álcool no organismo do agente, sendo suficiente para verificação da alteração da capacidade psicomotora, qualquer outro elemento probatório idôneo, tais como, vídeos, prova testemunhal etc.

Veja as disposições do referido dispositivo legal antes e após a referida alteração legislativa:

"(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:)"

(Art. 306. 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: - Redação dada pela Lei n.º 11.705/08)

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência (redação dada pela Lei n. 12.760 de 2012).

[...]

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracterização do crime tipificado neste artigo - Incluído pela Lei n. 11.705 de 2008.

§ 1º. As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela lei n. 12.760 de 2012):

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º. A verificação do disposto neste artigo, poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º. O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Esta Corte Superior, levando em consideração tais modificações, firmou entendimento no sentido de que durante a vigência da Lei n. 11.705/08, o exame de sangue ou teste alveolar eram imprescindíveis para comprovação da materialidade do crime de embriaguez ao volante.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO. LEI N. 9.503/1997. FATO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO OPERADA PELA LEI Nº 12.760/2012. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ALCOÓLICA NO SANGUE.

ATIPICIDADE. RECONHECIMENTO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, é medida excepcional, só admitida quando, de forma clara e precisa, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, se constate a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou inexistência de indicativos mínimos de autoria ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de prova da materialidade.

3. A 3ª Sessão desta Corte, por ocasião do julgamento do RESP 1.111.566/DF, pacificou o entendimento no sentido de que, para a configuração do delito descrito no 306 do Código de Trânsito Brasileiro, anteriormente à alteração operada pela Lei n.

12.760/2012, apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal.

4. Na hipótese dos autos, embora o paciente tenha se submetido à exame clínico, onde foi constatado o estado de embriaguez, não há qualquer comprovação técnica do grau de concentração alcoólica em seu sangue.

5. Habeas corpus não conhecido, e de ofício, concedida a ordem para trancar o IPL nº 240/12 (autos 0042054-11.2012.8.26.0050). (HC 307.384/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)

Contudo, após a vigência da Lei n. 12.760/12, a comprovação do delito do artigo 306 da Lei n. 9.503/97 pode ocorrer por qualquer meio de prova em Direito admitido. Nesse sentido:

PROCESSUAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. (1) FATO POSTERIOR À ALTERAÇÃO NORMATIVA CRISTALIZADA NA LEI N.º 12.760/12. (2) ESTADO DE EMBRIAGUEZ APURADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. (3) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (4) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. A Lei n.º n.º 12.760/12 modificou o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de dispor ser despicienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora.

2. No caso em apreço, praticado o delito na vigência da última modificação normativa, fato ocorrido em 12.12.2013, torna-se possível apurar o estado de embriaguez da acusada por outros meios de prova em direito admitidos.

3. O recurso ordinário em habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal. Intento, em tal caso, que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via estreita do writ.

4. Recurso ordinário desprovido. (RHC 49.296/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

No caso, os fatos são posteriores à Lei n. 12.760/12 – 8/7/2013 – quando já vigente o § 2º do artigo 306 da Lei n. 9.503/97 que assim dispõe:

A verificação do disposto neste artigo, poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Logo, sendo os fatos datados de 8/7/2013, possível a comprovação da direção de veículo automotor não apenas pelo teste alveolar, como na espécie, em que as instâncias ordinárias reconheceram a materialidade delitiva do crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pelo depoimento de testemunhas, dos policiais que atenderam a ocorrência e do próprio paciente, bem como pelo "teste do bafômetro" o qual, inclusive, atestou estar o agente dirigindo o veículo automotor com concentração de álcool superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar – 01,6 litros de álcool por litro de ar expelido dos pulmões.

Assim, a alegação defensiva no sentido de que a última calibragem do etilômetro já contava com quase 5 (cinco) anos, não tem o condão de macular a aferição da materialidade delitiva no caso dos autos, pois devidamente comprovada por outros elementos de provas igualmente idôneos.

Ademais, vale ressaltar que pacificou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que não é necessária a calibragem anual do etilômetro, procedimento que é realizado uma única vez pelo fabricante, quando do fornecimento do aparelho ao órgão público, bastando a verificação periódica realizada pelo INMETRO para fins de constatação de sua regularidade. A propósito:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MATERIALIDADE DELITIVA. ETILÔMETRO. CALIBRAGEM. CERTIFICAÇÃO DE VALIDADE PELO INMETRO. RECURSO NÃO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O fato de o acusado ter aceitado a proposta de suspensão condicional do processo não constitui óbice ao conhecimento do pretendido trancamento da ação penal, porquanto o recorrente permanece submetido ao cumprimento das condições impostas por ocasião da concessão do benefício que, se descumpridas, acarretam a retomada do curso da ação penal.
2. O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus, por ser medida excepcional, somente é cabível quando for demonstrada, de maneira inequívoca, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria ou a existência de causa extintiva da punibilidade, o que, a toda evidência, não é o caso dos autos.
3. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para a constatação da regularidade do etilômetro, basta a verificação periódica anual feita pelo INMETRO, que não se confunde com a calibração do aparelho feita uma única vez pelo fabricante, quando do fornecimento dos aparelhos aos órgãos públicos.
4. No caso, o exame alveolar do recorrente registrou a presença de concentração de álcool de 0,65 mg/l, exame este realizado na mesma data da ocorrência do fato - dia 27/3/2010. Considerando que o aparelho foi calibrado em 25/1/2007 e a certificação do INMETRO encontrava-se com validade até 20/5/2010, dúvidas não há de que o fato ocorreu dentro do prazo de validade da última certificação do aparelho, de modo que não constato fundamentos válidos para inviabilizar o prosseguimento da persecução penal, por falta de provas acerca da materialidade delitiva.
5. Para refutar a capacidade do aparelho etilômetro, devidamente certificada pelo INMETRO, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, o que se mostra inviável na via estreita deste remédio constitucional.
6. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 35.258/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTS. 306, PARÁGRAFO ÚNICO, E 309, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO ORGANISMO VERIFICADA POR INTERMÉDIO DE ETILÔMETRO ("BAFÔMETRO"). EXAME ALEGADAMENTE IMPRECISO. ARGUIDA AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. DISPOSIÇÕES DO CONTRAN. VERIFICAÇÃO ANUAL PERIÓDICA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA DE PLANO. ERRÔNEA IMPETRAÇÃO DE WRIT ORIGINÁRIO EM SUBSTITUIÇÃO À VIA DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL, QUAL SEJA, O RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PATENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE PERMITA A CONCESSÃO DE ORDEM EX OFFICIO.

ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. No caso, a Parte Impetrante juntou aos autos o teste de alcoolemia, no qual consta ter sido a última calibração do etilômetro realizada em 08/09/2008 pelo INMETRO. A conduta praticada pelo Paciente ocorreu em 11/09/2010 - após a última certificação do referido órgão -, contudo, antes da seguinte, designada para o dia 15/12/2010.

2. Segundo a orientação desta Corte Superior de Justiça, a verificação periódica anual, prevista no art. 6.º, inciso III, da Resolução n.º 206, de 20 de outubro de 2006, do CONTRAN, como requisito para a constatação da regularidade do etilômetro, não se confunde com a calibração do aparelho. Por isso, correta a conclusão das instâncias antecedentes de que não há qualquer vício na medição realizada pelo aparelho, porque realizada dentro do prazo de validade da certificação.

3. Ainda que assim não fosse, inferir se o etilômetro era capaz de testar precisamente o grau de álcool no sangue do Paciente exigiria um exame acurado do conjunto fático e, também, de ampla produção de provas, o que, como é sabido, afigura-se incabível na via estreita do habeas corpus.

4. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, que há imputação de fato penalmente atípico, a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria do delito ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

5. Ausência de ilegalidade flagrante que possibilite a concessão da ordem de ofício.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida, por se tratar de errônea impetração de habeas corpus originário em substituição à via de impugnação cabível, qual seja, o recurso ordinário constitucional. (HC 240.337/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 25/11/2013)

No caso dos autos, o acórdão recorrido limita-se a dizer que o aparelho está devidamente calibrado e que a próxima calibração ocorreria em 21/1/2014, não tecendo nenhuma consideração acerca da análise periódica anual realizada pelo INMETRO.

Logo, não tendo o Tribunal de origem se manifestado quanto à análise de conformidade do etilômetro com o exame periódico anual realizado pelo INMETRO e, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a calibração providência que não se exige anualmente, inviável a análise daquele tema por este Tribunal Superior por supressão de instância.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.

[...] Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014).

Diante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus.**

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0288999-8

HC 308.551 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00271161720138120001 265169320138120001 271161720138120001 61762013

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: PEDRO APARECIDO DOS SANTOS

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.