



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.113.360 - DF (2009/0062831-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**
RECORRIDO : **FÁBIO PRADO**
ADVOGADA : **MIRYAM NARA REIS MEIRA**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A SEIS DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.

1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.

2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas.

3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.

4. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.

5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.

6. Recurso a que se nega provimento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 28 de setembro de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.113.360 - DF (2009/0062831-8)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que deu provimento à apelação, nos termos da seguinte ementa (fl. 182):

PENAL. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR EMBRIAGADO. ART. 306. LEI Nº 11.705/2008. NÍVEL DE CONCENTRAÇÃO ALCÓOLICA NO SANGUE. PRINCÍPIO: NINGUÉM É OBRIGADO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. PRECEDENTE STF. PROVA TÉCNICA. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Sem embargo da intenção do legislador em penalizar mais severamente os condutores de veículos embriagados, o certo é que ao exigir o nível de concentração alcoólica por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas para tipificar o delito previsto no art. 306 da Lei nº 11.705/2008 culminou por dificultar a sua punição em razão do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova em seu desfavor.

2. "Não se pode presumir que a embriagues de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: Precedentes". (HC 93916/PA - Relatora: Min. Cármen Lúcia julgamento: 10/06/2008 - Órgão julgador: Primeira Turma).

3. A alteração dada pela Lei nº 11.705/2008 é mais benéfica ao réu que a lei anterior, na medida em que exige para a configuração do delito previsto no art. 306, na redação dada pela nova lei, a concentração de pelo menos 6 decigramas de álcool por litro de sangue, cuja prova demanda a realização de exames periciais (etilômetro e ou exame de sangue). Não havendo nos autos tais exames, tem-se por atípica a conduta.

4. Recurso provido para absolver o réu com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Alega o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em síntese, contrariedade aos arts. 386, III, e 157, do Código de Processo Penal, art. 2º, parágrafo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

único do Código Penal e 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Aduz que a comprovação de que o recorrido conduziu veículo automotor sob influência de álcool foi feito por meios indiretos de provas, o que é perfeitamente admissível.

Alega a exigência, pelo Tribunal a quo, de que outra prova, mais específica, é necessária para tipificar o delito, ofenderia o princípio da persuasão racional definido no art. 157 do CPP (redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008), pois no sistema processual penal brasileiro não há hierarquia entre provas.

O recorrente pede, diante disso, o provimento do recurso especial para que se restabeleça a sentença condenatória.

Contrarrazões às fls. 220/223.

Admissibilidade às fls. 225/227.

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge, às fls. 235/243, pelo provimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.113.360 - DF (2009/0062831-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): No caso, o recorrido foi denunciado porque, sob a influência de álcool, conduzia veículo em via pública e, com imprudência, colidiu em outro automóvel, expondo a dano potencial a incolumidade física das vítimas. Foi condenado em primeiro grau com base em provas testemunhais e em laudo de constatação, tendo sido absolvido pelo Tribunal **a quo**, com fundamento no art. 386, III, do CPP, porque "a alteração dada pela Lei nº 11.705/2008 é mais benéfica ao réu que a lei anterior, na medida em que exige para a configuração do delito previsto no art. 306, na redação dada pela nova lei, a concentração de pelo menos 6 decigramas de álcool por litro de sangue, cuja prova demanda a realização de exames periciais (etilômetro e ou exame de sangue). Não havendo nos autos tais exames, tem-se por atípica a conduta".

Tive a oportunidade de me manifestar sobre a questão por ocasião do julgamento do HC-166.377 (DJe de 1º.7.10) quando consignei o seguinte:

A Lei 11.705/08, que entrou em vigor na data de 19 de junho de 2008, popularmente conhecida como "Lei Seca", modificou o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, estabelecendo o seguinte:

*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:*

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Ainda, o parágrafo único do referido artigo estabeleceu:

O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em virtude disso, foi editado o Decreto nº 6.488, de 19/6/08, que previu o seguinte:

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Aparentemente benfazeja, essa modificação legislativa trouxe consigo enorme repercussão nacional, dando a impressão de que a violência no trânsito, decorrente da combinação bebida e direção, estaria definitivamente com os dias contados. Entretanto, com forte carga moral e emocional, com a infusão na sociedade de uma falsa sensação de segurança, a norma de natureza até simbólica, surgiu recheada de dúvidas.

Tais dúvidas, por certo, culminaram no início de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial que vem ganhando fôlego nos meios acadêmicos e, também, nos tribunais. Isso tendo em conta a construção legislativa que gerou, dentre outras questões, duas que se distinguem: a primeira diz respeito à própria necessidade de prova técnica, ou seja, de acordo com a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o crime de embriaguez ao volante dependeria da comprovação de que o condutor do veículo estivesse dirigindo com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, o que antes não era exigido. A segunda versa sobre a própria disponibilidade do agente para a produção dessa prova técnica.

Daí toda a problemática. O legislador inseriu, na nova redação, quantidade mínima de álcool no sangue para a configuração do delito, passando tal circunstância, portanto, a ser um componente fundamental da figura típica, ou, em outras palavras, passou a ser elementar objetiva do tipo penal. Exige a lei certa quantificação mínima para conformação da conduta ao tipo penal incriminador. Não basta, portanto, dirigir sob o efeito de álcool, mas que a quantidade de álcool seja igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue.

Isso, evidentemente, ocasionou mudança significativa no campo das provas. Com efeito, a previsão legal para o delito, antes da reforma, era a seguinte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Como se verifica, não era exigível quantificação alguma, bastando para a configuração do delito que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem. Vale dizer, o legislador, além de não haver delimitado a grandeza da concentração de álcool no sangue, exigia que a condução do veículo fosse anormal ou com exposição a dano potencial.

Assim, não existindo determinação ou exigência típica certa relativamente à dosagem de álcool, a prova poderia ser produzida pela conjugação da intensidade de embriaguez – se era perceptível visualmente ou não – com a maneira anormal de conduzir o veículo.

Era possível, portanto, o exame de corpo de delito indireto ou supletivo ou, ainda, a prova testemunhal, sempre, evidentemente, que impossibilitado o exame direto. Logo, por exemplo, um simples exame clínico poderia atender à exigência legal.

Entretanto, com a inserção da quantidade mínima exigível e com a exclusão da necessidade de exposição de dano potencial, delimitou o legislador o meio de prova admissível. Doravante, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que, por óbvio, não se pode presumir.

A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que, repito, exige seja comprovadamente superior a seis decigramas.

Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488, de 19.6.08, pode ser feita de duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.

A ausência, portanto, dessa comprovação por meio técnico, impossibilita precisar a dosagem de álcool e, em consequência, inviabiliza a necessária adequação típica o que se traduz na impossibilidade da persecução penal.

Nesse particular, válidas as considerações de LUIZ FLÁVIO GOMES e SILVIO MACIEL, quando afirmam que:

Conforme já mencionado, a quantidade mínima de álcool por litro de sangue, de acordo com a nova redação típica do art. 306 do CTB, passou a constituir elementar do tipo penal. Nada tem a ver com a materialidade delitiva sobre o “estado de embriaguez”, mas com a tipicidade da conduta. Se a quantidade mínima de álcool no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sangue do condutor não ficar comprovada e, portanto, não for mencionada expressamente na denúncia ou queixa, o fato narrado na exordial será evidentemente atípico, sendo o caso de rejeição da peça acusatória, ex vi do disposto no art. 395, I c/c art. 41, ambos do Código Processual Penal de regência, ou mesmo rejeição por falta de uma das condições da ação (art. 395, II do CPP), qual seja, a possibilidade jurídica do pedido, em razão da atipicidade do fato (dirigir sob o efeito de álcool, por si só, não é crime; crime é conduzir veículo com o mínimo de seis decigramas de álcool por litro de sangue).

Perceba-se que a alteração do tipo penal trouxe mudanças relevantes. Na redação anterior do art. 306 do CTB bastava a denúncia mencionar a influência por álcool do condutor, sendo que a comprovação dessa elementar se fazia por meio de um dos meios de aferição mencionados. De acordo com a nova redação, porém, a “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas” é o que deve constar expressamente na denúncia, sendo que essa elementar nunca se demonstrará por exame visual.

Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ (Parte 2). Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> – 22 janeiro 2010.

Procurou o legislador, por conseguinte, inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez – daí a conclusão de que a reforma pretendeu ser mais rigorosa. Todavia, inadvertidamente, criou situação mais benéfica para aqueles que não se submetessem aos exames específicos.

Com efeito, ao entendermos que o indivíduo não é obrigado a se autoincriminar (produzir prova contra si mesmo) e, em razão disso, não ser obrigado a se submeter ao teste de bafômetro ou a exame de sangue e, também, que o crime previsto no art. 306 do CTN exige a realização de prova técnica específica, poderíamos, sem dúvida alguma, tornar sem qualquer efeito prático a existência do sobredito tipo penal que veio à lume, justamente, com o objetivo de refrear esse tipo de prática criminosa.

É extremamente tormentoso deparar-se com essa falha legislativa. O que se inovou com o objetivo de coibir mais eficazmente os delitos de trânsito ocasionados pela influência do álcool pode tornar-se absolutamente ineficaz, bastando o indivíduo não se submeter ao exame de sangue ou em aparelho de ar alveolar pulmonar.

Entretanto, não se pode perder de vista – sobretudo em matéria penal que se rege, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade – da sujeição do juiz à lei. Com efeito, ao substituí-la pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do magistrado, estaríamos, a bem da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verdade, desvinculando a atividade judicial, na medida em que a consideração do que seria justo ou injusto, no caso concreto, estaria confiada ao alvedrio do intérprete. Seria assim o arbítrio na aplicação do direito que, fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica.

*Por fim, apenas para registro, no STF, o Ministro Joaquim Barbosa, em 27.8.09, apreciando pedido de liminar no **Habeas Corpus** nº 100.472/DF, assim se manifestou:*

O tipo previsto no art. 306 do CTB requer, para sua realização, concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue. Parece-me evidente que a imputação delituosa há de ser feita somente quando comprovado teor alcoólico igual ou superior ao previsto em lei. Ora, não tendo sido realizado o teste do bafômetro', falta, obviamente, a certeza da satisfação desse requisito, necessário, repita-se, à configuração típica.

Assim, entendo que, para provar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.

Com esses mesmos fundamentos, que adoto, nego provimento ao recurso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0062831-8

REsp 1.113.360 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20050110977538

PAUTA: 14/09/2010

JULGADO: 28/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RECORRIDO : FÁBIO PRADO

ADVOGADA : MIRYAM NARA REIS MEIRA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 28 de setembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário