



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 36.853 - SP (2013/0105337-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : EVANDRO LEMOS BARRETO FILHO
ADVOGADO : EURO BENTO MACIEL FILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/1997. DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. LEI N.º 11.705/08. FATO ANTERIOR À ALTERAÇÃO NORMATIVA CRISTALIZADA NA LEI N.º 12.760/12. AUSÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. APARELHO SEM AFERIÇÃO HÁ QUASE UM ANO. IMPRESTABILIDADE DA PROVA. TIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n.º 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue de maneira precisa.

2. A Lei n.º 12.760/12 modificou a norma mencionada, 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.

3. Contudo, no caso em apreço, praticado o delito com a redação primeva da legislação e ausente exame de sangue, a sujeição do recorrente a etilômetro sem aferição pelo INMETRO, há quase um ano, torna impréstável a demonstração da embriaguez, denotando ser desarrazoado validar a persecução penal fundada naquela prova, cuja precisão não se tem no caso concreto. Ausência de justa causa demonstrada.

4. Recurso ordinário provido para trancar a ação penal (processo nº 0010831-97.2011.8.26.0010), em trâmite na Vara Criminal do Foro Regional X - Ipiranga Comarca de São Paulo/SP.

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: Prosseguindo no julgamento após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Nefi Cordeiro dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro (voto-vista) e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 07 de outubro de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 36.853 - SP (2013/0105337-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : EVANDRO LEMOS BARRETO FILHO
ADVOGADO : EURO BENTO MACIEL FILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por EVANDRO LEMOS BARRETO FILHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 0196305-40.2012.8.26.0000).

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do crime tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

A defesa pleiteou a absolvição sumária do recorrente, contudo, o pedido foi indeferido pelo Juízo de primeiro grau que designou audiência para oferecimento do *sursis* processual, nestes termos:

I - (fls. 114/116) Primeiramente, observo que a formulação de proposta de suspensão condicional do processo, bem como a respectiva audiência, ocorrem em momento processual anterior ao pronunciamento do art. 397 do CPP. Tal conclusão pode ser obtida a partir da simples leitura dos artigos 89 da lei 9.099/95 e 396 do CPP.

Ademais, a lei 9.099/95 (ou qualquer outro diploma legislativo) não exige que o Ministério Público e o Poder Judiciário, antes da designação de audiência de suspensão condicional do processo, analisem as teses defensivas referentes ao mérito eventualmente suscitadas pela Defesa em momento anterior. Tal análise deverá ser promovida no momento processual adequado, em caso de não aceitação da proposta de suspensão condicional do processo.

Assim, indevido, além de pouco respeitoso, o requerimento de que o Juízo "profira decisão a respeito da questão prejudicial trazida pela Defesa" (fl. I 16).

Além disso, se a Defesa entende que a atipicidade do fato é evidente, como alega, basta rejeitar a proposta de suspensão condicional do processo formulada e aguardar o julgamento do feito no mérito.

Por fim, ressalto que, no caso, a prova do estado de embriaguez, não está fundamentada apenas no teste do etilômetro (fl. 10), mas também no exame clínico de fl. 29 e nos depoimentos colhidos em sede policial.

II - Nesses termos, em face do exposto, designo audiência para proposta de suspensão condicional do processo (fl. 110) para o dia 25 de setembro de 2012, às 13h15. Providencie a Serventia o necessário. (fls. 117-118).

Manejado prévio *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, foi denegada a ordem, *verbis* (fl. 190):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE QUE A AÇÃO PENAL DEVE SER TRANCADA, POSTO QUE A PROVA FOI PRODUZIDA POR MEIOS NÃO APTOS A VIABILIZAR A PERSECUÇÃO PENAL, E AINDA POR FALTA DE JUSTA CAUSA, DADA A ATIPICIDADE DO FATO.

AÇÃO PENAL INSTAURADA PARA APURAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 306, DO CTB.

PEÇAS A INSTRUIR A IMPETRAÇÃO QUE, POR SI SÓ, DÃO CONTA DA IMPOSSIBILIDADE, EM SEDE DE WRIT, DE SE ACOLHER O PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

Ordem denegada, com determinação.

Daí o presente recurso, no qual a defesa alega que o etilômetro utilizado no dia dos fatos não estava em dia com as aferições periódicas realizadas pelo INMETRO (Portaria n.º 202 de 4.6.2010), o que suscita diversas dúvidas quanto ao resultado do exame. Acrescenta que já estava há mais de 2 anos sem passar por qualquer calibração (fl. 9).

Ressalta que "como aquele aparelho não se mostrava apto para apurar a exata quantidade de álcool nos alvéolos pulmonares de quem quer que fosse, é imperioso reconhecer que o exame nele realizado não serve para comprovar a materialidade do delito previsto no art. 306 do CTB. Eis aí a falta de justa causa para a ação penal" (fl. 9).

Argumenta que a conduta é atípica, sendo de rigor o reconhecimento da falta de justa causa para ação penal e, por corolário, a absolvição sumária do recorrente (art. 397, III, CPP).

Aduz a nulidade do feito, diante da inversão da ordem estabelecida no artigo 396, *caput*, do Estatuto de Ritos.

Pontua que, em razão do caráter restritivo da suspensão condicional do processo, se atravessou petição, a fim de requerer que as questões prejudiciais ventiladas na resposta à acusação fossem de fatos analisadas e decididas, antes da designação de audiência para a oferta da referida suspensão.

Assinala que "não há lógica alguma em compelir o paciente à aceitação do predito benefício, o que obrigará a atender condições 'propostas' pelo *Parquet*, quando é certo que a falta de justa causa à ação penal, em virtude da atipicidade da conduta" (fl. 10).

Sublinha que o laudo clínico, longe de determinar a porcentagem real e exata de álcool porventura existente no sangue do Requerente - se é que ele realmente estava embriagado - limitou-se a afirmar, sem precisão alguma e de forma absolutamente genérica, que ele estaria 'embriagado, alcoolemia > ou = 6 dg/l'" (fl. 13).

Destaca que em homenagem ao princípio do *in dubio pro reu*, é de rigor interpretar a situação da forma mais benéfica possível ao paciente, já que não pode ele ser punido por conta de uma 'presunção de embriaguez'" (fl. 19).

Informa que foi designada para o próximo dia 25 de setembro de 2012, às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13:15 horas, a audiência para oferecimento do *sursis* processual.

Requer, liminarmente, seja determinado o sobrestamento do feito, com a suspensão da audiência, até o julgamento definitivo deste recurso. No mérito, pleiteia o trancamento da ação penal por ausência de justa causa (processo n.º 0010831.97.2011, controle 11/2776, da Vara Criminal do Foro Regional do Ipiranga, nesta Capital do Estado de São Paulo).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 257/259).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apurou-se ter sido suspenso o processo, por dois anos, sob condição, em 20 de fevereiro de 2013.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 36.853 - SP (2013/0105337-8)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/1997. DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. LEI N.º 11.705/08. FATO ANTERIOR À ALTERAÇÃO NORMATIVA CRISTALIZADA NA LEI N.º 12.760/12. AUSÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. APARELHO SEM AFERIÇÃO HÁ QUASE UM ANO. IMPRESTABILIDADE DA PROVA. TIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n.º 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue de maneira precisa.

2. A Lei n.º 12.760/12 modificou a norma mencionada, 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.

3. Contudo, no caso em apreço, praticado o delito com a redação primeva da legislação e ausente exame de sangue, a sujeição do recorrente a etilômetro sem aferição pelo INMETRO, há quase um ano, torna imprestável a demonstração da embriaguez, denotando ser desarrazoado validar a persecução penal fundada naquela prova, cuja precisão não se tem no caso concreto. Ausência de justa causa demonstrada.

4. Recurso ordinário provido para trancar a ação penal (processo nº 0010831-97.2011.8.26.0010), em trâmite na Vara Criminal do Foro Regional X - Ipiranga Comarca de São Paulo/SP.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A tese do recurso ordinário é no sentido de que o exame realizado no etilômetro, vulgarmente conhecido como "bafômetro", é imprestável no caso concreto, porque, segundo a defesa, estaria aquele aparelho com o prazo de validade de sua aferição vencido, o que se constataria apenas com uma simples leitura da "tira" do resultado da alcoolemia realizada, nos dia dos fatos (19 de junho de 2011), no ora recorrente.

Em razão disso, aduz a defesa, como naquela época apenas e tão-somente o exame do etilômetro ou um exame de sangue poderiam atestar a embriaguez, o fato é atípico, o que deveria ter sido decidido pelo Juízo de primeiro grau antes de proceder à suspensão condicional do processo, porque trata-se de questão prejudicial que poderia inviabilizar, por completo, a persecução e, pois, a própria possibilidade de o *Parquet* propor a suspensão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

feito, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

O Juízo de primeiro grau assim não entendeu, fixando o seguinte (fls. 117/118):

1 - (fls. 114/116) Primeiramente, observo que a formulação de proposta de suspensão condicional do processo, bem como a respectiva audiência, ocorrem em momento processual anterior ao pronunciamento do art. 397 do CPP. Tal conclusão pode ser obtida a partir da simples leitura dos artigos 89 da lei 9.099/95 e 396 do CPP.

Ademais, a lei 9.099/95 (ou qualquer outro diploma legislativo) não exige que o Ministério Público e o Poder Judiciário, antes da designação de audiência de suspensão condicional do processo, analisem as teses defensivas referentes ao mérito eventualmente suscitadas pela Defesa em momento anterior. Tal análise deverá ser promovida no momento processual adequado, em caso de não aceitação da proposta de suspensão condicional do processo.

Assim, indevido, além de pouco respeitoso, o requerimento de que o Juízo "profira decisão a respeito da questão prejudicial trazida pela Defesa" (fl. 116).

Além disso, se a Defesa entende que a atipicidade do fato é evidente, como alega, basta rejeitar a proposta de suspensão condicional do processo formulada e aguardar o julgamento do feito no mérito.

Por fim, ressalto que, no caso, a prova do estado de embriaguez não está fundamentada apenas no teste do etilômetro (fl. 10), mas também no exame clínico de fl. 29 e nos depoimentos colhidos em sede policial.

II - Nesses termos, em face do exposto, designo audiência para proposta de suspensão condicional do processo (fl. 110) para o dia 25 de setembro de 2012, às 13h15. Providencie a Serventia o necessário.

O acórdão atacado também não acolheu a tese defensiva, asseverando o seguinte (fls. 192/198):

2 - No caso vertente, a ordem é de ser denegada.

Das informações prestadas pela digna autoridade, dita coatora, e das peças reprográficas que instruem os autos, se constata que o paciente está sendo acusado de ter praticado a infração prevista no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

E dão conta de que a denúncia foi recebida, oportunidade em que foi determinada a juntada da folha de antecedentes do suplicante e de eventuais certidões criminais, para análise quanto ao cabimento dos benefícios da Lei nº 9.099/95 (fl. 169).

A Defesa apresentou resposta a acusação, e após a juntada dos documentos, o Ministério Público formulou proposta de suspensão condicional do processo, contudo o patrono protocolou nova petição, requerendo que "antes de designar qualquer audiência para os fins do artigo 89, da Lei nº 9.099/95, profira decisão a respeito da questão prejudicial trazida" (fl. 170), referente, como já mencionado no relatório deste *writ*, à atipicidade da conduta do paciente, decorrente da não aferição, dentro do regramento estabelecido para tal, do etilômetro empregado no caso vertente.

E da r. decisão encartada as fls. 163/164 se denota que o pedido feito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido de que fossem analisadas as teses defensivas, referentes ao mérito, não foi apreciado exatamente em razão da formulação da proposta de suspensão condicional do processo, em situação bem mais benéfica para o suplicante do que a ação penal propriamente dita, conforme inclusive admitido nos itens 14 e 34 da inicial deste habeas corpus, tendo acertadamente, portanto, o MM. Juiz, mencionado que tal análise será promovida no momento processual adequado, por entender que a proposta suprarreferida ocorre em fase anterior ao pronunciamento do artigo 397, do Código de Processo Penal (fl. 163), conforme bem observou o douto Procurador de Justiça, a fl. 175, em seu r. parecer.

Acrescenta o nobre Magistrado que "se a Defesa entende que a atipicidade é evidente, como alega, basta rejeitar a proposta de suspensão condicional do processo formulada e aguardar o julgamento do feito no mérito" (fl. 163), ressaltando que "a prova do estado de embriaguez não está fundamentada apenas no teste do etilômetro (fl. 10), mas também no exame clínico de fl. 29 e nos depoimentos colhidos em sede policial" (fl. 163), entendimento que também se mostra correto, e que não enseja reparos.

E de fls. 165/167, na denúncia, se constata que faz referência ao fato de que o veículo dirigido pelo paciente veio a se chocar com a viatura policial prefixo M-46228, que estava parada no local, tendo ele a seguir tentado empreender fuga, sem lograr êxito, vez que foi abordado pelos policiais que a guarneciam. E conduzido à unidade de Polícia Judiciária, foi lá submetido ao teste do etilômetro, que acusou a concentração etílica de 0,45 mg/l, sendo então determinada a sua condução ao Instituto Médico Legal, a fim de que fossem realizados os demais exames de constatação de embriaguez.

A fl. 57 há laudo esclarecendo que "no presente exame de verificação de embriaguez concluímos que o examinado apresenta-se Embriagado, alcoolemia $>$ ou $= 6$ dg/1", dali se extraindo ainda que "O examinado não permitiu coleta de amostra para exame (sangue)" (fl. 57). Pois bem, na esfera criminal dispõe o artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, com nova redação dada pela Lei nº 11.705/08, citada na impetração, que: — "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: (...)". E o artigo 277 prescreve que aquele que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam certificar seu estado, sendo que o Decreto nº 6.488/08 estabelece o limite de concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões em quantidade de até 0,30 mg/l.

Dessa forma, ainda que se possa considerar que o etilômetro não tenha sido preciso na constatação do estado de embriaguez, por carecer de aferição recente, como alegado pelos impetrantes, questão essa estritamente de natureza meritória, e que portanto escapa ao estreito campo de atuação do remédio heróico, é certo que o exame clínico foi realizado, em tese atestando que o suplicante havia ingerido bebida alcóolica superior ao limite permitido para o tipo penal (fl. 57), sendo tal estado também sido demonstrado por depoimentos colhidos em sede policial, conforme mencionado pelo douto Julgador, em sua decisão exarada a fl. 163, não servindo, assim, a mera alegação de imprecisão do exame realizado, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sustentar a tese defensiva, na medida em que tanto o teste, quanto a perícia a ele subsequente, apontaram resultados que não autorizam o trancamento pretendido.

Em assim sendo, e a par de todo o exposto, também com amparo no r. parecer ministerial, não há como se acolher o pleito em questão, no sentido de trancar-se a ação penal, vez que no âmbito do remédio heróico tal medida é excepcionalíssima, só podendo ocorrer caso seja demonstrada de plano ausência de justa causa para a persecução penal, por demandar profunda análise do mérito, inviável em sede de *habeas corpus*, cabendo à Defesa, em sede de ação penal, dar conta de que a não aferição do etilômetro citado, no caso, correspondeu a torná-lo impreciso.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça (...)

Isto posto, denega-se a ordem, devendo o feito voltar a tramitar, com comunicação de tal, desde já, pela Secretaria, ao MM. Juiz. (fls. 187-198).

Verifica-se, *in casu*, ter sido o paciente denunciado como incurso no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, por fatos praticados em 20 de junho de 2011, ou seja, após o advento da Lei n.º 11.705/08, mas antes da nova redação prevista na Lei n.º 12.760/12, que dispôs ser despcienda a aferição da concentração de álcool no organismo do agente, 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.

Assim, em atenção aos ditames da *segurança jurídica*, calcada no respeito à legalidade estrita, o julgador deve formar sua convicção respeitando a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro vigente à época dos acontecimentos em análise, inexistindo, portanto, a retroatividade da *novatio legis in pejus*, vedada pelos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal.

Nesse diapasão, para melhor elucidar a *quaestio*, veja-se o teor da referida norma prevista no Código de Trânsito Brasileiro, com suas alterações legais, *verbis*:

"(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 nº 12.760, de 2012)

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipificado neste artigo. - Incluído pela Lei n.º 11.705, de 2008)

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

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012)

§ 2.º 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. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012)

§ 3.º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012)"

Ao que cuido, com espreque no princípio da estrita legalidade, somente o teste do etilômetro ou exame de sangue poderiam atestar a tipicidade do disposto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela legislação de 2008.

Com efeito, a aferição da existência da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas não se mostra apurável por uma análise na qual se atenha unicamente aos sinais clínicos e às manifestações físicas e psíquicas do avaliado.

Em prol da segurança jurídica, deve-se primar pela exatidão na gradação alcóolica para se atender ao exigido pelo teor restritivo do tipo penal. Nesse âmbito, em razão da dosagem ser elementar da própria norma, apenas com os exames de sangue e do "bafômetro" pode-se verificar com esmero o limite imposto por lei.

Sobre a temática, assim pronunciou-se a Terceira Seção deste Superior Tribunal, no REsp n.º 1.111.566/DF, julgado em 28 de março de 2012, representativo da controvérsia, *in verbis*:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

Contudo, na espécie, basta ler a cópia da tira do exame realizado para constatar que o aparelho estava, de fato, com a aferição a cargo do INMETRO vencida, pois lá consta que deveria ter sido realizada em 21 de julho de 2010 e os fatos ocorreram em 20 de junho de 2011, ou seja, naquela data o etilômetro estava há 11 meses sem verificação.

Nesse contexto, tendo em conta que não fora realizado exame de sangue, apenas o teste do bafômetro era apto a atestar a embriaguez ao volante. Estando o aparelho respectivo sem aferição, há quase um ano, forçoso é concluir pela imprestabilidade do exame realizado e, pois, pela ausência de comprovação da tipicidade.

A meu sentir, *in casu*, havendo dúvidas sobre a qualidade e precisão do exame



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizado pelo etilômetro e ainda levando em consideração que a tipicidade disso depende, não há como concluir de outra maneira, senão pela ausência de justa causa para a persecução penal.

Sobre a indispensabilidade do teste do etilômetro para aferir a tipicidade do art. 306 do CTB, fixei em hipótese análoga:

PENAL. HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. LEI N.º 11.705/08. (3) FATO ANTERIOR À ALTERAÇÃO NORMATIVA CRISTALIZADA NA LEI N.º 12.760/12. (4) SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. AUSÊNCIA. EXAME DE SANGUE. INEXISTÊNCIA. ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. (5) RESP N.º 1.111.566/DF. PRECEDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. (6) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n.º 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue.

3. A Lei n.º 12.760/12 modificou a norma mencionada, 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.

4. Contudo, no caso em apreço, praticado o delito com a redação primeva da legislação e ausente a sujeição a etilômetro ou a exame sanguíneo, torna-se inviável a responsabilização criminal, visto a impossibilidade de se aferir a existência da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por uma análise na qual se atenha unicamente aos sinais clínicos e às manifestações físicas e psíquicas do avaliado.

5. Entendimento consolidado pela colenda Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no seio do REsp n.º 1.111.566/DF, representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a ausência de justa causa e trancar o Processo n.º 0012098-92.2010.8.16, somente quanto ao artigo 306 do CTB.

(HC 230.486/PR, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 22/05/2014)

A decisão de primeiro grau e o acórdão equivocaram-se ao conceber ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível a demonstração da embriaguez ao volante por outros meios. Na época em que os fatos ocorreram isso não era possível e, não sendo confiável o exame do bafômetro, soa desarrazoado ter por boa a deflagração da aflitiva *persecutio* com esteio naquela imprecisa prova.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para trancar a ação penal (processo nº 0010831-97.2011.8.26.0010), em trâmite na Vara Criminal do Foro Regional X - Ipiranga Comarca de São Paulo/SP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0105337-8

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 36.853 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0010831-97.2011.8.26.0010 01963054020128260000 196305402012826 RI001GB2B0000

EM MESA

JULGADO: 23/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EVANDRO LEMOS BARRETO FILHO

ADVOGADO : EURO BENTO MACIEL FILHO E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). EURO BENTO MACIEL FILHO, pela parte RECORRENTE: EVANDRO LEMOS BARRETO FILHO

CERTIDÃO

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

Após o voto da Sra. Ministra Relatora dando provimento ao recurso, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Aguardam os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 36.853 - SP (2013/0105337-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : EVANDRO LEMOS BARRETO FILHO
ADVOGADO : EURO BENTO MACIEL FILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO-VISTA

EXMO SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Pedi vista para o melhor exame do valor probatório de etilômetro utilizado fora do prazo da certificação.

É que constatei a existência de precedente desta Corte que manifesta presumir-se confiabilidade, até prova em contrário, da correta calibração do etilômetro, atestada por órgão competente, mesmo após o prazo de certificação. O simples decurso do tempo não faria presumir a incorreção da calibração do aparelho e em verdade rever o valor probatório dessa prova técnica seria questão fora dos limites do *habeas corpus*:

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Não obstante, melhor repensando o tema, chego a conclusão igual à da Relatora. Admitir como prova da culpa penal, de especial valor, por seu caráter técnico, aferição feita por aparelho sem verificação de confiabilidade devidamente atestada, seria permitir ao Estado-acusador perseguir por presunções, invertendo para o acusado o ônus de demonstrar sua inocência (erro na calibração).

A medição técnica possui especial grau de confiança justamente pela precisão de seus resultados e isto somente se terá dentro do prazo certificado de que o aparelho encontra-se corretamente calibrado. Além disso, tem-se mera hipótese de credibilidade, incapaz de atestar o elemento técnico aferido e, menos ainda, de demonstrar a culpa penal de acusado.

Deste modo, acompanho o bem lançado voto da eminente Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0105337-8

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 36.853 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0010831-97.2011.8.26.0010 01963054020128260000 196305402012826 RI001GB2B0000

EM MESA

JULGADO: 07/10/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EVANDRO LEMOS BARRETO FILHO

ADVOGADO : EURO BENTO MACIEL FILHO E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Nefi Cordeiro dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro (voto-vista) e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.