



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.518 - SP (2012/0077101-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : HILTON DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : HILTON DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADALBERTO LOPES RAFAEL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. LAUDO ATESTANDO A INCIDÊNCIA ALCÓOLICA. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO. BAFÔMETRO NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei 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.
2. 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 um exame no qual se atenha unicamente aos sinais clínicos e às manifestações físicas e psíquicas do avaliado.
3. Em prol da segurança jurídica e com espeque no princípio da estrita legalidade, deve-se primar pela exatidão na gradação alcóolica para se atender ao exigido pelo teor restritivo do tipo penal, eis que a dosagem figura como elementar da norma, podendo-se até considerar a ocorrência de uma infração administrativa, nos termos do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, mas não uma violação à legislação penal.
4. Entendimento consolidado pela colenda Terceira Seção deste STJ, no seio do REsp n.º 1.111.566/DF, representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil.
5. Ordem concedida para, reconhecendo a ausência de justa causa, trancar a ação penal.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." O Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 09 de agosto de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.518 - SP (2012/0077101-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : HILTON DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : HILTON DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADALBERTO LOPES RAFAEL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADALBERTO LOPES RAFAEL, apontando-se como autoridade coatora a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 0199264-18.2011.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado, na data de 2.8.2011, pela suposta prática do delito tipificado no artigo 306 da Lei n.º 9.503/97 (Processo n.º 0021273-80.2010.8.26.0003, na 1.ª Vara Criminal e do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher do Foro Regional do Jabaquara/SP). Eis o teor da exordial acusatória (fls. 99/100):

"Consta do incluso inquérito policial que no dia 20 de abril de 2010, por volta das 22h53min, na esquina da Avenida Santa Catarina com a Avenida João Barreto de Menezes, nesta cidade e comarca, ADALBERTO LOPES RAFAEL, qualificado às fls. 35, conduzia em via pública o veículo (...), com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 (seis) decigramas.

Segundo se apurou, o ora denunciado havia ingerido considerável quantidade de bebidas alcoólicas e dirigia o veículo acima descrito pelo local dos fatos, onde acabou se envolvendo em ocorrência de trânsito sem vítimas de lesões corporais. A Polícia foi acionada e os policiais que ali compareceram para o atendimento da ocorrência verificaram que o ora denunciado apresentava sinais visíveis de embriaguez. Naquela oportunidade, o ora denunciado recusou-se a realizar o 'teste do bafômetro' e foi conduzido ao IML, onde também se recusou a fornecer material para exame de dosagem alcoólica, tendo sido submetido a exame clínico, que confirmou o seu estado de embriaguez em concentração superior a seis (6) decigramas de álcool por litro de sangue (laudo as fls. 8).

(...)"

Anteriormente, na data de 27.6.2011, a defesa impetrou *writ* (HC n.º 0010208-54.2011.8.26.0003) perante o Juízo de origem, apontando como autoridade coatora o Delegado de Polícia do 35º Distrito Policial - Inquérito n.º 368/2010 -, sob o argumento de carência de justa causa para o procedimento. O magistrado denegou a ordem nestes termos (fls. 93/94):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Não observo, no caso em tela, os elementos necessários para a concessão do requerido *Habeas Corpus*.

No que tange a instauração de inquérito Policial, e eventual indiciamento, elemento que não ocorreu nestes autos, conforme bem ilustrou o digno Promotor de Justiça, existe fundada suspeita da prática de delito por parte do paciente, conduta que legitima a instauração do procedimento investigativo, haja vista que houve descrição de uma eventual infração, e os dados coletados autorizam a postura da autoridade policial.

Ademais, insta consignar que a determinação em baixar portaria e iniciar este procedimento não constituiria qualquer tipo de constrangimento ilegal, sendo, em verdade, nesta hipótese, dever jurídico da autoridade policial.

Por fim, ressalto que a instauração do presente procedimento policial se pautou em eventual infração, constatada por meio de laudo pericial, presunção que milita a favor da sociedade, no sentido de que o inquérito policial, seja pelo menos inaugurado para que haja apuração de conduta antissocial que venha a ser perpetrada.

Nessa esteira, o paciente foi surpreendido em uma das hipóteses do flagrante delito, medida que não foi lavrada, preferindo a autoridade ter realizado inquérito policial, nos moldes do artigo 5º do CPP, isto é, conduzir veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, colocando em risco a coletividade. Não houve autuação, por meio de auto de prisão em flagrante, sendo então editada portaria, revestida das cautelas legais.

Subsistindo justa causa, para os atos oficiais das autoridades públicas, não há falar em abuso, cuja solução seja levada a efeito por meio de *habeas corpus*.

Pelo exposto, rejeito o pedido de *habeas corpus* impetrado por Dr. Wagner Cavalcante dos Santos, em favor de Adalberto Lopes Rafael, contra ato do Delegado de Polícia do 35º Distrito Policial."

Irresignada, após o recebimento da denúncia, a defesa impetrou novo *mandamus* perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, em 18.10.2011, sob estes fundamentos (fls. 13/16):

"Inicialmente, consigna-se, que o trancamento da ação penal é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocadamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva de punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

Pois bem.

O delito descrito no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro tem a seguinte redação: '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:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

automotor.

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

Cumprе consignar, conforme orientação já firmada pela egrégia Quinta Turma da Superior Tribunal de Justiça, que o tipo penal em questão é de perigo abstrato (Recurso Especial nº 1.208.112/MG, Ministro Gilson Dipp, julgado em 24 de maio de 2011).

E, 'a prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto' (Superior Tribunal de Justiça RHC 26.432/MT, 5ª Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Dje. 22/02/2010).

Aliás, no mesmo sentido é o entendimento da Colenda Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: '*HABEAS CORPUS EMBRIAGUEZ AO VOLANTE ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO PEDIDO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO PRESCINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL ESPECÍFICO ORDEM DENEGADA. (...) 2. O Código de Trânsito Brasileiro declara, no seu art. 277, que todo condutor de veículo automotor que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob influência de álcool, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam certificar seu estado. O parágrafo único do art. 306, ao tratar do crime de embriaguez ao volante, determina ao Poder Executivo Federal que estipule a equivalência entre os diferentes testes de alcoolemia. Por fim, a redação do Decreto nº 6.488/08 esclarece que, para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503/07, a concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões deve ser igual ou superior a três décimos de miligrama' (HC 177.942/RS Ministro Celso Limongi Sexta Turma Dje 14/03/2011).*

Nesse contexto, verifica-se que para a caracterização da conduta prevista no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, prescindível a realização de exame pericial ou teste de bafômetro, bastando a prova testemunhal ou exame clínico, quando impossível a realização da prova técnica.

No presente caso, foi constatado, através de exame clínico (fls. 115), que o paciente estava embriagado, com alcoolemia maior que 6dg/l na hora do fato.

Vale ressaltar, nos termos do parecer de fls. 116, que 'tal conclusão está baseada no disposto na Portaria Técnica Médica do IML de 05-10-09, assinada pelo Diretor Técnico de Departamento do IML e publicada no DOE de 16-10-09 quanto à relação de sinais clínicos e manifestações físicas e psíquicas ocorridas pela ingestão de Álcool e o consequente valor da alcoolemia sanguínea e onde, em um de ser itens consta: a alcoolemia está presente nos valores de 10 a 20 dg/l de sangue, quando o examinado apresentar ao Exame Clínico de Embriaguez: fala arrastada, ataxia, sonolência, instabilidade de humor, alterações de memória, perda do juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

clínico'.

Dessa forma, não há que se falar em ausência de justa causa, pois a materialidade delitiva vem devidamente escorada no exame clínico.

Diante do exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem."

No presente *mandamus*, salientam os impetrantes que o perito jamais poderia chegar a conclusão de alcoolemia, visto que o acusado não permitiu o teste do bafômetro, nem permitiu coleta de amostra para exame de sangue.

Sustentam que "deve ter ocorrido algum equívoco por parte deste, tanto é assim que após o relatório da autoridade policial, o r. representante do Ministério Público às fls. 49 requereu a devolução dos autos ao distrito policial, justamente para que o sr. perito justificasse sua conclusão" (fl. 3).

Asserem que o paciente estava nervoso em decorrência do acidente de trânsito, falando e gesticulando muito, podendo, por isso, o policial militar presente ao evento ter mencionado a embriaguez.

Afirmam que o Colegiado estadual se equivocou ao entender prescindível a realização de exame pericial ou teste do bafômetro para concluir pela alcoolemia, bastando somente a prova testemunhal ou exame clínico, quando impossível a realização da prova técnica.

Defendem carecer de justa causa a ação penal, pois "não há prova material nos autos de que o paciente estivesse embriagado no dia da ocorrência de trânsito" (fl. 7).

Destacam que o "verbo do tipo exige, necessariamente, a constatação da referida dosagem que só se pode obter através do exame pericial que comprove a concentração de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue (ou mais), o que não ocorreu no caso em tela" (fl. 7).

Consignam que foi designada audiência de suspensão do processo para o dia 24.5.2012.

Requerem, liminarmente, seja sobrestado o processo até o julgamento do presente *writ*. No mérito, pretendem o trancamento da ação penal em questão, por falta de justa causa.

O pedido liminar foi deferido (fls. 131/135) a fim de sobrestar o andamento da Ação Penal n.º 0021273-80.2010.8.26.003, que tramita na 1.ª Vara Criminal e do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher do Foro Regional do Jabaquara/SP até o julgamento definitivo do presente *writ* pelo órgão colegiado. Foram, ainda, solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, acostadas às fls. 165/229, e ao Juízo de origem, prestadas às fls. 239/245.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Elizeta Maria de Paiva Ramos (fls. 142/150), pela "conversão do feito em diligência para que se proceda à oitiva do autor da ação penal e, caso não seja esse o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento dessa Corte, pela denegação da ordem" (fl. 150).

Foi proferido o seguinte despacho às fls. 231/232, *verbis*:

"(...)

Em manifestação às fls. 142/150, a Subprocuradora-Geral da República Elizeta Maria de Paiva Ramos requer seja o feito convertido em diligência para 'que se proceda a oitiva do autor da ação penal e, caso não seja esse o entendimento dessa Corte, pela denegação da ordem' (fl. 150).

Argumenta, para tanto, o seguinte, no que interessa (fls. 143/146):

'(...)

Para tanto, apresenta-se imprescindível a conversão do presente feito em diligência, a fim que seja ouvido o membro do Ministério Público oficiante na ação penal nº 0021273-80.2010.8.26.0003, ao qual a lei impôs o dever de primar pela regularidade do processo penal, e é o autor da denúncia ora acoimada de ilegal.

(...)

Nesse contexto, a viabilidade da ação penal restou reconhecida pelo Juízo de primeira instância e pelo Tribunal de Justiça, razão pela qual não há como se admitir que, na via estreita do *habeas corpus*, seja julgada matéria relativa a seu eventual trancamento, sem que haja prévia manifestação do órgão acusador, pois desse poderá ser retirado, irremediavelmente, o dever de produção de provas dirigidas à comprovação dos fatos imputados ao paciente.

(...)

Assim, após o reconhecimento pelo órgão jurisdicional da existência de justa causa para a persecução penal, em virtude da situação de liquidez e de ausência de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes a acusação penal, seria medida açodada o atendimento do pleito em tela sem que fosse oportunizado ao órgão acusador qualquer manifestação.

Ademais, insta destacar que cabe prestigiar a função constitucional excepcionai do *habeas corpus* sem desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, bem como as atribuições constitucionais ministeriais, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de julgamento, violando o princípio do contraditório.

O contraditório exige oportunidade de resposta na mesma intensidade e extensão, ou seja, garante a participação das partes em simétrica paridade.

Com efeito, a oitiva do representante ministerial é de extrema importância para o conhecimento do caso penal em epígrafe, bem como para a formação de um aquilatado juízo de convencimento dessa Corte Superior de Justiça acerca da demanda apresentada nesse *writ*.

(...)'

A diligência solicitada, ao que cuido, é indubitavelmente incondizente com o rito célere e a cognição sumária deste *mandamus*.

De fato, a oitiva do órgão ministerial estadual em hipóteses de trancamento da ação penal não se mostra compatível com a estreita via do *writ*, não lhe sendo pertinente.

Nada a prover, portanto.

Diante da manifestação do *Parquet* Federal, de forma subsidiária, acerca do mérito da impetração, aguarde-se a juntada das informações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outrora solicitadas.

Após, tornem conclusos os autos."

O impetrante ajuizou petição, às fls. 154/163, noticiando que se procedeu a intimação do paciente e dos seus causídicos para a audiência do dia 25.5.2012, não obstante o sobrestamento da ação penal deferido em sede liminar por esta Corte.

Aduziu na peça processual que, "apesar do recebimento do telegrama (fls.89) e-mail (fls.90) comunicando a decisão emanada por Vossa Excelência, o Meritíssimo Juiz de Direito (fls.94) acolhendo parecer da I. Representante do Ministério Público (fls.93), não sobrestou o andamento do feito, nem retirou de pauta a audiência ora designada (citação e certidão fls. 91/92), decisão que entende-se não ser a melhor e salvo entendimento diverso, até contraria a decisão monocrática desta Superior Corte" (fl. 155).

Pugnou, ao final, pelo imediato sobrestamento do feito, e que seja determinada a retirada "de pauta da audiência designada para o dia 24/5/2012 às 14h15min" (fls. 155/156).

Novo despacho foi proferido à fl. 233 solicitando esclarecimentos ao Juízo singular, prestados juntamente com as informações advindas às fls. 239/245. Noticiou-se que, durante a realização da mencionada audiência, o órgão ministerial propôs a suspensão condicional do processo. Disse, então, a defesa que se aguardasse o mérito do *mandamus* impetrado perante a Corte Superior, sendo ratificado o dito pelo Ministério Público estadual e pelo magistrado, que possibilitou, desde já, nova manifestação pelo *Parquet* acerca de eventual suspensão condicional do feito (fl. 242).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.518 - SP (2012/0077101-8)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. LAUDO ATESTANDO A INCIDÊNCIA ALCÓOLICA. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO. BAFÔMETRO NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei 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.

2. 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 um exame no qual se atenha unicamente aos sinais clínicos e às manifestações físicas e psíquicas do avaliado.

3. Em prol da segurança jurídica e com espeque no princípio da estrita legalidade, deve-se primar pela exatidão na gradação alcóolica para se atender ao exigido pelo teor restritivo do tipo penal, eis que a dosagem figura como elementar da norma, podendo-se até considerar a ocorrência de uma infração administrativa, nos termos do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, mas não uma violação à legislação penal.

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

5. Ordem concedida para, reconhecendo a ausência de justa causa, trancar a ação penal.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

O objeto desta impetração cinge-se ao reconhecimento da ausência de justa causa para a persecução penal desencadeada em desfavor do paciente.

Ressuma dos fatos descritos na exordial acusatória que o acusado envolveu-se em um acidente de trânsito sem vítimas, apresentando, segundo os milicianos que atenderam a ocorrência, sinais visíveis de embriaguez, se recusando, contudo, a se submeter ao "teste do bafômetro" (fl. 99).

Encaminhado ao Instituto Médico Legal, o perito emitiu o seguinte laudo técnico (fl. 33):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Laudo de verificação de Embriaguez n.º 17040/2010

São Paulo, 21/04/2010

IDENTIFICAÇÃO: ADALBERTO LOPES RAFAEL

Foi examinado/a nesta data, atendendo a solicitação da autoridade que registrou o fato através do BO 2979/2010 da/o 35 D.P. - JABAQUARA. Nome do pai informado: JOSE RAFAEL. Nome da mãe informado: .MARIA PAULA LOPES, sexo M, nascido/a em 08/11/1959 com idade de 50 A, natural de S.PAULO SP residente à R. AUGUSTO DA SILVEIRA 615 AP 12 portador/a do RG-9971405.

HISTÓRICO:

Refere ingestão de bebidas alcoólicas. Segundo a requisição do exame o horário do fato foi às 22:53 hs, exame realizado às 02:40hs.

Realizada a perícia, passo a oferecer o seguinte laudo:

I-DESCRIÇÃO:

Facies: Facies congesta

Vestes: Desordenadas

Hálito: Acentuadamente etílico

Atitude: Excitada

II-NEUROLÓGICO:

Marcha: Ebriosa

Romberg: Presente

Index-index: Atáxica

Calcanhar-joelho: Atáxica

Index-nariz: Atáxica

Pupila: reagindo mal à luz

III - PSQUIZMO:

Consciência: Obnubilada

Memória: Dificuldade de fixar

Atenção e concentração: Dispersiva

Orientação: Desorientado no espaço

IV-FUNÇÕES VITAIS:

Pulso: Rápido

Funções sensoriais: Não colaborou

EXAME DE LABORATÓRIO: O examinado não permitiu coleta de amostra para exame (sangue).

DISCUSSÃO:

CONCLUSÃO:

Pelo acima exposto e observado no presente exame de verificação de embriaguez concluímos que o examinado apresenta-se Embriagado, alcoolemia > 6 dg/l na hora do fato.

RESPOSTA AOS QUESITOS:

PRIMEIRO-Há sinais indicativos de que o examinado está sob efeito de álcool ou substâncias psicoativas? Sim

SEGUNDO- Em consequência, está ele embriagado? Sim."

Em cota, o Ministério Público estadual requereu ao juiz singular esclarecimentos acerca do exame realizado (fl. 67):

"MM. Juiz,

Requeira a devolução dos autos ao distrito policial de origem, a fim de que seja solicitado ao sr. Perito subscritor do laudo de fls. 08 que justifique a conclusão contida no referido laudo (embriagado, alcoolemia 26 dg/l na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hora do fato), tendo em vista não ter sido realizado o exame de sangue no investigado."

O perito assim se manifestou, em laudo complementar, *verbis* (fl. 111):

"Em atenção à Cota do Sr. Delpol Assistente do 35º Distrito Policial, Dr. Evandro Lopes Salgado (IP - 268/2010) referente ao laudo de Verificação de Embriaguez de nº 17.040/2010 realizado em Adalberto Lopes Rafael em 21-04-2010, temos a informar que no item 'conclusão' deste laudo, em absoluto, não consta 'Embriagado, alcoolemia, 26dg/l na hora do fato', mas sim 'Embriagado, alcoolemia > 6dg/l na hora do fato', lembrando que '>' é um símbolo matemático comparativo e que significa 'maior que'.

Tal conclusão está baseado no disposto na Portaria Técnica do IML de 05-10-09, assinada pelo Diretor Técnico de Departamento do IML e publicada no DOE de 16-10-09 quanto à relação de sinais clínicos e manifestações física e psíquicas ocorridas pela ingestão de Álcool e o conseqüente valor da alcoolemia sangüínea e onde, em um de seus itens consta: a alcoolemia está presente nos valores de 10 a 20 dg/l de sangue, quando o examinado apresentar ao Exame Clínico de Embriaguez - 'fala arrastada, ataxia, sonolência, instabilidade de humor, alterações de memória, perda do juízo crítico'.

Assim sendo, informamos que ratificamos o laudo em questão, em todos seus aspectos."

Ao que cuido, com espeque no princípio da estrita legalidade, não creio que somente com o exame clínico, como no caso em apreço, seja possível a verificação da tipicidade do disposto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

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 um exame no qual se atenha unicamente aos sinais clínicos e às manifestações físicas e psíquicas do avaliado, definido-se o patamar da alcoolemia com enfoque em portaria técnica do IML, datada de 5.10.09 (fls. 33 e 111).

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.

Assim, pode-se considerar no caso a ocorrência de uma infração administrativa, nos termos do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, mas não uma violação à norma penal, visto a ausência de adequação ao tipo criminal delimitado pelo legislador.

Sobre a temática, assim pronunciou-se a Terceira Seção deste Superior Tribunal, no REsp n.º 1.111.566/DF, julgado em 28.3.2012, representativo da controvérsia, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual proferi voto-desempate, *in verbis*:

"Especificamente no tocante à questão da possibilidade de se aferir a tipicidade do comportamento descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sem a prévia verificação da concentração de álcool no sangue, independentemente do exame deste ou da utilização do bafômetro, penso ser importante pontuar as seguintes considerações.

Não sem antes recobrar o evoluir do presente julgamento.

Quando ainda sob relatoria do ilustre Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, foi afetada a presente insurgência, da Quinta Turma para a Terceira Seção, tendo sido considerado como representativo de controvérsia, nos moldes do que preconiza o art. 543-C do Código de Processo Civil.

Com a transferência do primevo relator para a Primeira Seção, sucedeu-o nobre Ministro Marco Aurélio Bellizze, que, por seu voto, deu provimento ao recurso especial, sendo acompanhado pelos insígnies Ministros Vasco Della Giustina, Gilson Dipp e Jorge Mussi. Inaugurando a divergência, o preclaro Desembargador convocado Adilson Vieira Macabu, negou provimento à insurgência, no que foi acompanhado pela culta Ministra Laurita Vaz. Ato contínuo, o douto Ministro Og Fernandes suscitou questão de ordem, entendendo que não se prestaria o caso para os fins do que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Penal.

Após voto-vista do proficiente Ministro Sebastião Reis Júnior, rejeitou-se a questão de ordem, alcançando-se empate na votação.

Seguiu-se o voto de qualidade desta Presidente, em prol da posição que reconhece a atipicidade do comportamento em testilha. Acerca da contabilização dos votos, é fundamental ter em conta que o *score* cristalizou-se no sentido do provimento do recurso especial, por mais que um outro outro Ministro, ao acompanhar a maioria formada tenha, na motivação de seu entendimento, estribado seu convencimento em argumento diverso.

Nesse sentido:

'(...)

1. Em embargos infringentes (CPC, art. 530): (a) o desacordo entre votos vencedores e vencido(s) é estabelecido pela conclusão dos votos e não pelos seus fundamentos (que até podem ser diferentes em cada voto); (b) nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária; em qualquer caso (c) o tribunal não fica vinculado aos fundamentos do acórdão recorrido — seja dos votos vencedores, seja do(s) vencido(s) — podendo, se for o caso, adotar fundamentos novos. Precedentes.

(...)

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.'

(REsp 1198829/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 25/11/2010)

Preliminarmente, penso ser importante deixar registrado que, em nenhum momento, esta Corte, na apreciação do recurso especial em foco, *enfraqueceu* qualquer norma. Nem poderia isso acontecer, pois o que nesse ambiente se promove é o justo equacionamento exegético do produto do labor legislativo. Não se minou comando normativo, mas, antes, efetivou-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua *interpretação*, com amparo no que produziu o Congresso Nacional, atendendo ao que estabelece a Constituição. O Texto Maior afirma, textualmente, que se deve curvar ao império da lei. A atividade deste Colegiado, após alentado debate, pautou-se pelo valor da segurança jurídica; locução esta que é imprescindível para o escorreito exercício da liberdade.

Tendo andado bem ou mal o legislador, não cabe a esta Corte tecer comentários a propósito, em prestígio da também constitucional cláusula pétrea da separação de poderes. O que nos cabe é, antes, aplicar a lei, de acordo com o seu conteúdo, sem expor a população a surpresas, derivadas de exigências penais implícitas ou subliminares.

Pois bem, acerca da modificação na redação do tipo penal e seus impactos, é imperioso ter em linha de consideração que as duas Turmas Criminais desta Corte, até então, não haviam encontrado consenso.

A colenda Quinta Turma assim se posicionou:

'RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TIPICIDADE. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI 9.507/97. RECUSA AO EXAME DE ALCOOLEMIA. INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE PREENCHIDO ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO - CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL DO SANGUE. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME ESPECÍFICO PARA AFERIÇÃO DO TEOR DE ÁLCOOL NO SANGUE SE DE OUTRA FORMA SE PUDE COMPROVAR A EMBRIAGUEZ. ESTADO ETÍLICO EVIDENTE. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O trancamento de Ação Penal por meio de *Habeas Corpus*, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

2. A ausência de realização de exame de alcoolemia não induz à atipicidade do fato pelo não preenchimento de elemento objetivo do tipo (art. 306 da Lei 9.503/97), se de outra forma se puder comprovar a embriaguez do condutor de veículo automotor. Precedentes.

3. A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto.

4. Recurso desprovido, em consonância com o parecer ministerial.'

(RHC 26.432/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 22/02/2010)

Seguindo norte diverso, eis a compreensão esposada por esta nobre Sexta Turma:

'RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.'

(REsp 1113360/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010)

Forte neste último posicionamento, firmado no seio da colenda Sexta Turma, que, a meu ver, consagra o cariz mais democrático do Direito Penal, que deve, sempre e sempre, pautar-se pelos ditames da segurança jurídica, cifrado no princípio da estrita legalidade, creio não ser possível a verificação da tipicidade do disposto no art. 306 do CTB sem aferição da existência da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

O Professor de Processo Penal da USP, Marcos Zilli, assim se manifestou sobre o tema:

'Com efeito, ao enrijecer o próprio tipo penal inserindo na norma penal incriminadora o grau de concentração de álcool por litro de sangue, o legislador limitou qualquer procedimento de ampliação típica. Mas, ainda que se admitisse uma extensão, tal somente poderia ser realizada por quem detém legitimidade constitucional para tanto, em decorrência natural do princípio da reserva legal. Dito de outra forma, o legislador não poderia conceder à Administração a absoluta liberdade para estabelecer quais as hipóteses e circunstâncias em que o tipo penal fechado poderia ser ampliado.

E é justamente nesse ponto que a hipótese tratada nos autos não se equipara totalmente à da norma penal em branco. Nesta, o legislador faz uso de expressões que exigem uma complementação, tarefa que pode ser empreendida pela mesma fonte normativa ou não, desde que respeitada a estrutura constitucional imposta pela divisão de Poderes. (...)

Ocorre que o tipo penal em questão, na delimitação da concentração caracterizadora do estado de embriaguez é fechado. E eventual ampliação — que por si só seria discutível — somente poderia ser feita pelo próprio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislador não sendo admissível a delegação de competência para outras esferas de Poder tal como a verificada.' [O DIREITO POR QUEM O FAZ – Embriaguez ao volante (art. 306, CTB) - *Boletim do IBCCrim*, vol. 223, junho de 2011).

E prossegue o doutrinador, apontando que se tem pretendido equiparar a prova oriunda dos exames de sangue e do bafômetro implicaria aberta violação de competência constitucionais, dado que não seria possível ampliar-se o leque de atribuições estritamente conferido ao Congresso Nacional, *verbis*:

'Com efeito, ao delimitar a grandeza da concentração o legislador também circunscreveu o meio de prova admissível. Ou seja, é o exame de sangue o meio eleito para a comprovação da figura penal típica. A adoção de outros meios de prova para fins penais, o que constitui matéria eminentemente processual, não poderia ser delegada à Administração, sob pena de violação da regra prevista pelo artigo 22, inciso I da CR.' (*Op. cit, loc. cit.*)

Mais adiante, e com percuciência, aponta que se trata de temática ligada à ideia dos cânones do *nemo tenetur se detegere* e da proporcionalidade:

'Por outro lado, o caso tratado nos autos também envolve a problemática do direito de não produzir prova contra si mesmo e que é representado pelo brocardo *nemo tenetur se detegere*. Como se sabe, cuida-se de direito que se harmoniza com o modelo processual acusatório, o qual impõe à acusação o ônus probatório. Logo, não pode o acusado ser compelido a prestar colaboração à formação do material probatório, até mesmo porque, há muito foi superada a postura de considerá-lo como simples objeto de prova. É ele verdadeiro sujeito processual.' (*Op. cit., loc. cit.*).

Neste diapasão, reputo precisos os termos constantes do aresto guerreado que, de maneira lapidar cuidou do tema:

'(...) Não deixei de levar em consideração os inúmeros acidentes de trânsito com mortos e feridos que são causados por motoristas visivelmente ébrios e o perigo a que estamos todos diuturnamente submetidos, nas ruas e estradas pela irresponsabilidade de tais pessoas. Mas as ponderações do segundo vogal calaram fundo. O exame médico não seria capaz de comprovar que a concentração de álcool no sangue. Pela nova redação só a prova do percentual de álcool no sangue ou no ar alveolar pulmonar possibilitaria a definição do tipo do artigo 306 do Código de Trânsito.

Meditei sobre o tema, tanto que em outro processo reajuste o voto. Segundo relato quase unânime dos profissionais de saúde, embora o exame clínico seja apto a comprovar a embriaguez, só os exames de sangue ou ar expelido pelos pulmões podem determinar se foi ultrapassado o limite legal, pois há pessoas com maior resistência ao álcool do que outras. Assim, só as sanções administrativas do artigo 165 do Código de Trânsito poderão ser impostas quando a embriaguez não for aferida segundo a nova legislação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Temos uma distinção entre infração de trânsito e infração criminal, embora a reforma legislativa alcance as raias do absurdo ao permitir que a última fique na dependência da vontade do infrator. Mas também não posso deixar de consignar que a solução administrativa permanece, e é bastante rigorosa.

(...)

De fato, a antiga redação do art. 306 do CTB exigia apenas que o motorista estivesse sob a influência de álcool, sem indicar quantidade específica. O simples exame clínico poderia perfeitamente atender à exigência do tipo penal. No entanto, com o advento da Lei 11.705 de 19 de junho, o legislador incluiu na redação do artigo a '*concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*' ou '*três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões*' (Art. 2º do Decreto 6.488 de 19.06.08). Como asseverou o Des. Mario Machado no **habeas corpus** já citado, '*se a lei exige que o crime se caracterize a partir da constatação de que a pessoa está dirigindo com uma concentração tal de álcool por litro de sangue, é indispensável prova técnica afirmando isso. Essa prova técnica só pode ser obtida por dois modos, hoje, ou com o uso do chamado bafômetro ou com o exame de dosagem etílica*'.

Na hipótese, há exame clínico realizado pelo IML à fl. 50 que, embora conclua que o paciente estava '*cl clinicamente embriagado*', só é suficiente para indicar a embriaguez para fins administrativos, não para fins criminais. O crime exige prévia tipificação, ou seja, exige que a situação esteja perfeitamente definida na lei e a dosagem agora é elementar, o que não era previsto anteriormente.

(...)

O legislador procurou inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez, mas inadvertidamente criou uma situação mais favorável àqueles que não forem submetidos aos exames específicos. A lei, que pretendia, e com razão, ser mais rigorosa, acabou engessando o tipo penal. E sem tipicidade, não há crime, pois esta é a '*descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida*'. No dizer sempre atual de Assis Toledo, '*(...) o tipo legal, conforme o entendemos, abrange, ao descrever a conduta proibida: o sujeito da ação, isto é, o agente do crime; a ação, com os seus elementos objetivos e subjetivos; e, se for o caso, o objeto da ação, bem assim o resultado, com a respectiva relação de causalidade. A linha divisória entre o injusto típico e a culpabilidade não mais residirá entre os dados objetivos e subjetivos, mas deverá fundar-se em outros critérios*'. (In **Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 2ª ed., p. 79**)

A dosagem inserida como elementar do tipo foi opção legislativa. E ao intérprete cabe observar o princípio da legalidade. Friso que os percentuais são até razoáveis. O problema é que, para aferi-los, impossível prova que não sejam aquelas hábeis a medir com segurança a concentração apta a configurar o tipo legal de crime.'

Portanto, atenta aos ditames da *segurança jurídica*, calcada no respeito ao caráter hermético da legalidade, enquanto não houver modificação legal do teor restritivo do tipo penal em foco, o juiz deve formar sua convicção respeitando a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

No mesmo sentido, eis os seguintes julgados deste Superior Tribunal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM, QUE DEVE SER SUPERIOR A SEIS DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO. ART. 306 DO CTB. PRECEDENTE (RESP N. 1.111.566/DF).

1. Prevaleceu nesta Corte o entendimento de que a comprovação da quantidade de álcool no sangue, para a comprovação do estado de embriaguez do condutor de veículo automotivo - delimitado pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro -, somente pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue (REsp n. 1.111.566/DF, Terceira Seção, julgado em 28/3/2012).

2. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa."(HC 226.768/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 04/06/2012)

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. RESISTÊNCIA. DESACATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. (1) ALCOOLEMIA. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO. TIPICIDADE. AUSÊNCIA. (2) CRIMES DE RESISTÊNCIA E DESACATO. ATIPICIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. Com a redação conferida ao art. 306 do CTB pela Lei 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. Ausente a sujeição a etilômetro ou a exame de sangue, torna-se inviável a responsabilização criminal. Entendimento consolidado pela colenda Terceira Seção deste STJ, no seio do REsp 1.111.566, representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil.

2. É incabível, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que implica revolvimento fático-probatório. *In casu*, tenta-se afastar a tipicidade dos delitos de resistência e de desacato. Contudo, há narrativa de que o paciente teria desferido cabeçada contra policial civil, além de ter proferido agressões verbais como 'filho da puta, veado, safado, ladrão'. Assim, o exame pretendido, até mesmo por envolver considerações acerca de eventual excesso, doloso ou culposos, extravasa os lindes estreitos do *habeas corpus*. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

3. Ordem concedida parcialmente para, revogando em parte o trânsito em julgado da condenação, trancar a ação penal (Apelação 45.466/2008, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso) apenas em relação ao delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro."

(HC 119.993/MT, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012)

À vista disso, ratificado o entendimento exposto na liminar, **concedo a ordem** para reconhecer a ausência de justa causa e trancar a Ação Penal n.º 0021273-80.2010.8.26.0003, em trâmite perante a 1.ª Vara Criminal e do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher do Foro Regional do Jabaquara/SP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0077101-8

HC 239.518 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 102085420118260003 1992641820118260000 2968 3100212738 3862010

EM MESA

JULGADO: 09/08/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HILTON DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : HILTON DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADALBERTO LOPES RAFAEL

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, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

O Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.