



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.205.216 - MG (2010/0146087-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSÉ NICOLAU DA COSTA
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO E
OUTROS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. AUSÊNCIA DE SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. INEXISTÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. AUSÊNCIA.

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 julgamento do REsp 1.111.566/DF, representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil.

2. Agravo regimental improvido.

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 18 de outubro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.205.216 - MG (2010/0146087-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSÉ NICOLAU DA COSTA
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO E
OUTROS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão de minha lavra que negou seguimento ao recurso especial e foi ementada nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. AUSÊNCIA DE SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. INEXISTÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. AUSÊNCIA. SEGUIMENTO NEGADO.

Alega o *Parquet* que "a lei penal admite que a autoria seja demonstrada por testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame técnico ou científico que permitam certificar o estado de embriaguez." Aduz, ainda, que "a embriaguez notória pode ser provada por prova testemunhal em casos concretos, quando não há dúvida de que o nível de influência alcoólica é muito elevado."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.205.216 - MG (2010/0146087-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. AUSÊNCIA DE SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. INEXISTÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. AUSÊNCIA.

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 julgamento do REsp 1.111.566/DF, representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil.

2. Agravo regimental improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Não merece prosperar a pretensão ministerial.

Com efeito, como bem salientado na decisão agravada, firmou-se nesta Corte o entendimento de que, 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.

Nesse sentido, 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.

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 o tema, assim se pronunciou a Terceira Seção deste Superior Tribunal, em 28.3.2012, no julgamento do REsp 1.111.566/DF, representativo da controvérsia, no qual proferi voto-desempate, *in verbis*:

"(...)

Forte neste último posicionamento, firmado no seio da colenda Sexta Turma, que, a meu ver, consagra o cariz mais democrático do Direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 reajustei 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. 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 miligramas 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

A esse respeito, confirmam-se ainda recentes julgados deste Superior Tribunal:

"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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Saliente-se, por fim, que se poderia considerar 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.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0146087-0

AgRg no
REsp 1.205.216 /
MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024089644298001 10024089644298002 10024089644298003

EM MESA

JULGADO: 18/10/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : JOSÉ NICOLAU DA COSTA
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSÉ NICOLAU DA COSTA
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

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 agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.