

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.566 - DF (2009/0025086-2) (f)**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:**

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do respectivo Tribunal de Justiça.

Relatam os autos que o recorrido foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, tendo o Juiz de primeiro grau recebido a inicial acusatória.

Inconformada, a defesa impetrou ordem de **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça alegando que, com o advento da Lei nº 11.705/2008, foi alterada a redação do art. 306 da Lei nº 9.503/1997, passando a constituir elementar do tipo que o acusado tenha "concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas", o que tornou atípica sua conduta, visto que não se submeteu a nenhum exame pericial, tais como o etilômetro ("bafômetro") ou o exame de sangue, únicos meios aptos a comprovar a quantidade exata de álcool a fim de caracterizar o crime.

Ressalvou que, por ser a nova lei mais benéfica, deve ser aplicada retroativamente para tornar sua conduta atípica.

O Tribunal de origem, por maioria de votos, concedeu a ordem nos termos da seguinte ementa:

**HABEAS CORPUS - CONSTATAÇÃO DE EMBRIAGUEZ - ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS - ART. 306 DO CTB - CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE - EXAMES TÉCNICOS ESPECÍFICOS - IMPRESCINDIBILIDADE.**

*I. A antiga redação do art. 306 do CTB exigia apenas que o motorista estivesse sob a influência de álcool, sem indicar*

*quantidade específica. Simples exame clínico poderia perfeitamente atender à exigência do tipo.*

*II. A Lei nº 11.705/08 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 nº 6.488 de 19.6.08).*

*III. A prova técnica é indispensável e só pode ser aferida com o uso do chamado 'bafômetro' ou com exame de dosagem etílica no sangue.*

*IV. O legislador procurou inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez, mas inadvertidamente criou situação mais favorável àqueles que não se submeterem aos exames específicos. A lei que pretendia, com razão, ser mais rigorosa, engessou o tipo penal.*

*V. Se a lei é mais favorável, retroage para tornar a conduta atípica.*

*VI. Ordem concedida para trancar a ação penal, por ausência de justa causa. (fls. 80/81)*

Daí o especial, em que o Ministério Público alega violação aos arts. 43, I, e 157, ambos do Código de Processo Penal, e 306 do Código de Trânsito Brasileiro, sustentando, em síntese, que "afigura-se absurda, redundante e contrária à própria evidência das coisas, d.v., condicionar o recebimento da inicial à prova cabal do cometimento do ilícito" (fl. 111).

Reforça, ademais, que, muito embora seja legítima a recusa do suspeito em soprar o etilômetro ou a fornecer sangue para o exame de alcoolemia, é ilegal sujeitar a persecução penal estatal à vontade do acusado em se submeter aos referidos exames.

Busca, assim, seja provido o recurso especial para que se restabeleça o recebimento da denúncia operado no Juízo de primeiro grau.

Contrarrazões apresentadas às fls. 125/142.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, então Relator, acolhendo a manifestação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios às fls. 163/165, diante da multiplicidade de recursos que veiculam a matéria, admitiu o presente recurso especial como representativo da controvérsia, determinando a suspensão nos Tribunais de segunda instância dos recursos nos quais a discussão esteja estabelecida, nos termos do art. 543-C, § 2º, do CPC, e art. 2º, **caput**, da Resolução nº 8/2008 desta Corte (decisão publicada em 16/11/2010, fl. 171).

# Superior Tribunal de Justiça

A Procuradoria Geral da República opina pelo provimento do recurso especial, em parecer assim ementado (fls. 273/288):

**RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ALCOOLEMIA NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. TESTE DO 'BAFÔMETRO'.**

- Adequação do paradigma para a produção de decisão capaz de ser utilizada em recursos repetitivos. Relevância da controvérsia que, direta ou indiretamente, afeta toda a população brasileira.

- A proibição da autoincriminação não tem o alcance de deixar ao arbítrio do suspeito, mesmo visivelmente embriagado, a prerrogativa de ser ou não processado pelo crime de direção sob o efeito de álcool.

- Caráter falacioso da argumentação que considera a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito, operada pela Lei nº 11.705/2008, mais benigna do que a redação anterior, que não estabelecia o parâmetro de 6 decigramas de concentração de álcool no sangue. Enquanto na lei anterior bastava estar (visivelmente) embriagado para incidir na norma penal, na nova redação pratica o crime tanto quem está embriagado quanto quem apresenta concentração de álcool igual ou superior a 6 decigramas no sangue.

- Parecer pelo provimento do recurso especial e pela formação do entendimento, na esteira de precedentes do STF e do STJ, de que 'a prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia, respeitado o direito contra a autoincriminação, podendo a perícia ser suprida por exame clínico ou prova testemunhal, nas hipóteses em que a sintomatologia da embriaguez se apresente indisfarçável, dando conta de que os 6 decigramas de concentração de álcool foram excedidos.

Na Petição nº 133.503 (fls. 290/292), a Defensoria Pública da União requereu o seu ingresso no feito na qualidade de **amicus curiae**, bem como vista dos autos para manifestação.

Os autos foram a mim atribuídos, ocasião em que deferi o pedido formulado pela Defensoria Pública, a qual trouxe sua manifestação às fls. 312/321, alegando, em preliminar, a incidência da Súmula nº 7 desta Corte e Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal, e, no mérito, reitera os argumentos trazidos nas diversas peças defensivas e documentos constantes dos autos.

É o relatório.



**RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.566 - DF (2009/0025086-2) (f)**

**VOTO-VENCIDO**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):**

De início, cumpre ressaltar que o exame do presente recurso não atrai a incidência da Súmula nº 7 desta Corte, tendo em vista que a matéria nele versada é exclusivamente de direito, sendo prescindível o reexame de provas, razão pela qual não prospera a alegação da Defensoria Pública da União no sentido do não conhecimento deste recurso especial.

Também não prospera o argumento de incidência da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal, pois o art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal, apontado como violado, foi revogado pela Lei nº 11.719/2008.

É que, na verdade, a norma do art. 43 do CPP, por questão de sistematização, foi deslocada para o art. 395, no capítulo que trata do procedimento comum, pela mesma Lei nº 11.719/2008.

De igual forma, não procede idêntica alegação em relação ao art. 157 do CPP ("O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova"), visto que esse mesmo dispositivo está retratado na nova redação do art. 155.

No mérito, o que se discute no presente recurso especial repetitivo é, em síntese, se com a nova redação do artigo 306 do CTB, trazida pela Lei nº 11.705/2008, popularmente conhecida como "Lei Seca", que passou a exigir a quantidade mínima de 6 decigramas de concentração de álcool por litro de sangue para a caracterização do crime, tornou-se imprescindível a comprovação desta dosagem apenas por meio de exames técnicos, quais sejam, o uso do etilômetro ("bafômetro") ou o exame de sangue.

O tema já foi objeto de debate em ambas as Turmas que compõem a

Terceira Seção desta Corte Superior, perfilhando cada qual caminho diverso.

A Egrégia Sexta Turma possui o entendimento no sentido de que a nova redação do art. 306 do CTB trouxe uma elementar objetiva no tipo penal, tornando-se, assim, imprescindível a comprovação exata da dosagem etílica para a caracterização do crime, o que só poderá ser feito por meio dos aludidos exames técnicos, sob pena de atipicidade da conduta.

A propósito, confira-se:

**HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (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. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. 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. Ordem concedida. (HC nº 166.377/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 1/7/2010.)

Por sua vez, a Egrégia Quinta Turma vem sustentando a prescindibilidade da prova técnica para a configuração do delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Veja-se, a respeito:

**PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CARACTERIZAÇÃO. EXAME PERICIAL. TESTE DE ALCOOLEMIA OU BAFÔMETRO. PRESCINDIBILIDADE. AVERIGUAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. EXAME CLÍNICO E PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.**

*I. Hipótese em que a Corte estadual, não obstante a existência de depoimentos de testemunhas no sentido de que o réu conduzia o veículo sob influência de álcool, o absolveu da imputação, sob o entendimento de que o tipo penal 'não se contenta com o exame clínico, exigindo demonstração técnica do teor alcóolico do motorista', sendo que não foi possível a averiguação do teor de álcool em seu sangue, uma vez que não fora realizado exame pericial.*

*II. O delito de embriaguez ao volante configura-se por meio da prova de que o condutor ingeriu bebida alcóolica em concentração por litro de sangue igual ou superior à fixada na norma incriminadora - aferida por teste de alcoolemia ou de sangue -, ou então que estava sob a influência de substância psicoativa que causasse dependência - averiguada por meio de exame clínico ou depoimento testemunhal.*

*III. Para a caracterização da conduta prevista no tipo do art. 306 do CTB não é imprescindível a realização de exame pericial ou teste de bafômetro, bastando a prova testemunhal ou exame clínico, quando impossível a realização da prova técnica.*

*IV. Afastada a imprescindibilidade da prova técnica para a configuração do delito, deve ser determinada a cassação do acórdão recorrido, de modo que outro seja proferido com base na jurisprudência desta Corte.*

*V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp nº 1.208.112/MG, Relator o Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 15/6/2011.)*

Nesse mesmo sentido, ainda, HC nº 178.882/RS (Relator o Ministro Jorge Mussi, julgado em 18/8/2011), HC nº 117.230/RS (Relatora a Ministra Laurita Vaz, julgado em 23/11/2010), HC nº 195.354/MT (Relator o Ministro Adilson Vieira Macabu, julgado em 2/8/2011) e RHC nº 26.432/MT (Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19/11/2009).

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, seguindo a mesma linha da Sexta Turma desta Corte, ao entendimento de que a Lei nº 11.705/2008, por ser mais benéfica, retroage, concedeu a ordem para trancar a ação penal por atipicidade da conduta, já que nenhum exame técnico fora feito no acusado a fim de comprovar a quantidade mínima de álcool por litro de sangue.

# Superior Tribunal de Justiça

Muito embora essa tese, num primeiro momento, aparente ser irrecusável, entendo que o tema merece maior reflexão.

O recorrido foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que possuía a seguinte redação à época dos fatos:

*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:*

*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.*

Ocorre que, em 19 de junho de 2008, entrou em vigor a Lei nº 11.705/2008, a chamada "Lei Seca", que, conquanto tenha mantido a mesma pena, alterou a redação do **caput** do referido artigo nos seguintes termos:

*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 automotor.*

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

Em razão desse parágrafo único, foi editado o Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008, disciplinando a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de caracterização do referido crime, **in verbis**:

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

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

*II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de*



*miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.*

É indiscutível que a intenção do legislador, ante os anseios da sociedade por um trânsito mais seguro, já que o Brasil é o país em que mais se mata e morre no trânsito, foi a de estabelecer maior rigor ao condutor que dirigir embriagado, o que se pode verificar pela simples leitura do art. 1º da Lei, **in verbis**:

*Art. 1º Esta Lei altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool, e da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool.*

Ademais, a nova lei, apesar de manter a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), para os crimes de trânsito de lesão corporal culposa, faz ressalva expressa nos casos em que o agente estiver "sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência" (art. 291, § 1º, inciso I, do CTB, incluído pela Lei nº 11.705/2008).

Portanto, conclui-se que o indivíduo que causar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, e que estiver sob a influência de álcool, não poderá mais ser beneficiado com proposta de conciliação civil, tampouco com o benefício da transação penal, evidenciando, sem dúvida alguma, o maior rigor da lei.

Além disso, impende ressaltar que para a caracterização do crime do art. 306 do CTB, em sua redação anterior, era preciso que o condutor estivesse "sob a influência de álcool" e "expondo a dano potencial a incolumidade de outrem", isto é, além da ingestão de álcool, deveria ficar comprovada a direção anormal do veículo, por exemplo, a condução em zigue-zague, ou na contramão, ou em cima da calçada, o que, a par da divergência doutrinária e jurisprudencial existente, denotava o nítido caráter de crime de perigo concreto do tipo penal, exigindo-se, portanto, um risco potencial de dano ao bem jurídico tutelado pela norma.

Todavia, com a mudança trazida pela denominada "Lei Seca", não é mais preciso que se constate a direção anormal do veículo para caracterizar o crime, em que pese a opinião contrária de parcela da doutrina e jurisprudência, bastando que o condutor do veículo esteja com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas.

Apesar de não ser a questão aqui tratada, a meu ver, agora é indiscutível que o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, não se exigindo qualquer resultado naturalístico para a configuração do delito.

Esse entendimento é reforçado por recente precedente do Supremo Tribunal Federal que, inclusive, atestou a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Eis a ementa respectiva:

**HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.**

*I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.*

*II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.*

*IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.*

*V – Ordem denegada. (HC nº 109.269/MG, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 11/10/2011.)*

Aliás, foi justamente por esse motivo que o legislador ordinário, retirando da norma a parte "sob a influência de álcool" e "expondo a dano potencial a incolumidade de

outrem", estabeleceu a quantidade mínima de álcool por litro de sangue no tipo penal, para encerrar de vez essa discussão - se é crime de perigo concreto ou abstrato - e, conseqüentemente, estabelecer a chamada "tolerância zero" aos condutores que persistirem em dirigir embriagados, mostrando-se irrelevante verificar se o comportamento do indivíduo atingiu concretamente ou não o bem jurídico protegido.

Se estas só não bastassem, há ainda mais evidências do espírito de que se imbuíu o legislador.

Como se sabe, a Lei nº 11.705/2008 foi fruto da conversão, com inúmeros acréscimos, da Medida Provisória nº 415/2008, que tratava basicamente da proibição de comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais.

Do trâmite legislativo de conversão, colhe-se o parecer da Comissão Mista responsável pelo projeto apresentado ao Plenário do Congresso Nacional, expressão dos reais motivos que levaram os parlamentares a implementarem mudanças mais profundas no Código de Transito Brasileiro do que aquelas pretendidas inicialmente com a aludida Medida Provisória:

*Não é de comércio ou trânsito que a medida provisória cuida. Ela cuida é da vida de cada brasileiro!*

*Sabe-se dos elevados índices de acidentes de trânsito no País e de sua relação com a embriaguez ao volante. De fato, em todo o mundo - não apenas no Brasil - se reconhece que essa é uma conduta que atenta contra a segurança de passageiros e pedestres, contra o patrimônio público e o privado, e que causa danos irreparáveis. Nada mais acertado, então, do que buscar uma legislação rigorosa com vistas a combater qualquer elemento ou condição que possa facilitar o consumo de bebidas alcoólicas pelos motoristas.*

*(...)*

*Na iniciativa de imprimir maior severidade no julgamento dos condutores que cometem crimes de trânsito ao dirigirem sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa, contou-se com a destacada colaboração da Frente Parlamentar pela Segurança de Trânsito, do Comitê Nacional de Mobilização pela Saúde, Segurança e Paz no Trânsito e, em especial, do Deputado Beto Albuquerque, incansável defensor de um trânsito mais seguro no País.*

*As propostas visando a atender tal propósito passam necessariamente pela intransigência máxima quanto a qualquer possibilidade de tolerância ou condescendência com condutas*

*criminosas no trânsito. Isso, porque pesa demasiado a todos ter de conviver, como já foi dito repetidas vezes, com tantos sinistros decorrentes da violência de trânsito que ceifam milhares de vidas e deixam feridos ou incapazes milhares de brasileiros, anualmente, causando traumas incomensuráveis para as famílias vitimadas e prejuízos gigantescos para o País.*

*(...)*

*Para esse art. 306, conforme emenda da Senadora Lúcia Vânia, recomenda-se a alteração da sua redação para evitar dar margem a qualquer interpretação favorável ao condutor que dirigir sob a influência do álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.*

É certo que o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro poderia ter uma redação mais apropriada, que evitasse a possibilidade de interpretação que esvaziasse seu conteúdo e a própria finalidade de política pública de fundamental importância e alcance social.

Todavia, isso não quer dizer que o Poder Judiciário deva se restringir a uma interpretação meramente literal da norma, desprezando a indiscutível intenção do legislador em tornar ainda mais rigorosa a punição para os motoristas que dirigirem embriagados (**mens legislatoris**), bem como os fins sociais a que se destina a norma (**mens legis**).

Se é certo que o objetivo manifesto do legislador não é o único fator a orientar a interpretação, também não é menos verdade que a legitimidade democrática e o pluralismo que marcam o debate parlamentar devam ser levados em consideração quando da interpretação de um texto normativo.

A interpretação das normas jurídicas também deve considerar os aspectos sistemático, teleológico e histórico, não sendo possível o processo hermenêutico dissociado do contexto histórico e social no qual foi produzida a norma interpretada.

Válido, no ponto, lembrar a precisa afirmação de Gadamer, no sentido de que "o isolamento do enunciado, sua separação de todo e qualquer contexto motivacional, é algo problemático, quando se considera o todo da ciência", sendo certo que o melhor modo para a superação do isolamento é a sua contextualização histórica (GADAMER,

Hans-Georg. *Verdade e Método: complementos e índices*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 229).

O texto legal deve ser respeitado sempre como o ponto de partida obrigatório para o intérprete. Contudo, parece-nos superada a visão clássica na qual bastaria ao aplicador a mera subsunção do fato à hipótese legal, atividade que haveria de ser despida de todo e qualquer juízo de valor, como nas famosas palavras de Montesquieu: "*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*" (*De l'esprit des lois*. Livre XI, chapitre VI, 1748).

Por certo, tem sido recorrentemente admitido que a norma não se confunde com a letra da lei (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 30/32), surgindo apenas como o resultado do trabalho interpretativo, da construção ou reconstrução de sentidos que se faz dos preceitos linguísticos.

No direito penal a matéria se revela particularmente problemática, eis que, como alertam Jescheck/Weigend, "[l]a pretensión de obediencia del Estado absoluto condujo así al mismo resultado que el miedo de la ciudadanía libre a la arbitrariedad judicial: a una rigurosa vinculación del Juez al tenor literal de la Ley." (JESCHECK, Hans-Heirinch; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: COMARES, 2002, p. 164).

De fato, em tempos de valorização do labor criativo do intérprete, ao menos no campo penal, a vinculação do julgador à letra da lei pode representar tanto um vício quanto uma virtude. E é por isso que se defende a atuação do intérprete apenas naquele espaço permitido pela literalidade do texto (Assim em ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2007, pp. 148/149; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 187/191).

Nesta busca pelo sentido mais adequado a ser atribuído ao diploma normativo ganham relevância os fins almejados pela norma, o contexto histórico em que inserida e as pretensões sociais corporificadas nas decisões políticas do legislador. Afinal,

“[f]rente a la ley, ante la ley, está la inmensa variedad de la vida.” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley Penal y su Interpretación*. Habana: Jesus Montero, 1949, p. 165).

No caso específico da Lei nº 11.705/2008, como já salientado, tais fatores e circunstâncias da vida apontam para uma tentativa legítima do legislador de reduzir os elevados índices de mortes em incidentes de trânsito provocados, em grande parte pelo consumo do álcool, adotando, para isso, diversas medidas, inclusive o endurecimento da norma penal.

A meu ver, portanto, a inserção no tipo incriminador de uma taxa de alcoolemia procurou estabelecer um padrão científico mínimo para o surgimento, na pessoa, de sintomas aptos a prejudicar os reflexos e o discernimento imprescindíveis à direção segura de veículo automotor.

Como se vê, a opção do legislador passou ao largo de estabelecer maior proteção aos condutores contra um suposto subjetivismo na avaliação do seu estado de embriaguez. Este é um dado importante e não deve ser nem ignorado nem diminuído.

Não podemos esquecer que uma das funções do Direito Penal ditadas pelo Estado Democrático de Direito é, justamente, a proteção dos bens jurídicos dotados de grande relevância tanto para a sobrevivência quanto para o desenvolvimento dos homens num ambiente social (Por todos: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2007, p. 56).

E a norma do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro busca tutelar não só um trânsito seguro, mas também, em última análise, a vida, a integridade física e a propriedade das pessoas.

Indiscutível a importância que o tráfego terrestre de veículos ostenta para a sociedade moderna. Trata-se de um sistema complexo fundado essencialmente no cumprimento de regras específicas e na confiança que cada participante deposita no comportamento dos demais.

Na feliz expressão de Cássio Mattos Honorato, nem só de liberdades vive-se no trânsito (HONORATO, Cássio Mattos. *Trânsito Seguro: Direito fundamental de segunda*

dimensão. *In Revista dos Tribunais*, ano 100, set/2011, vol. 911, p. 118).

O sistema de trânsito não se sustenta com atitudes individualistas e cada regra descumprida é uma potencial fonte de riscos para os outros participantes. Riscos que vão de meros aborrecimentos cotidianos a verdadeiras tragédias.

Exatamente por isso, dirigir veículo automotor não constitui uma liberdade pura e plena, exigindo-se para seu exercício que o pretendente esteja qualificado, preencha os requisitos legais e obtenha a autorização estatal.

Como quase tudo nessa vida, não há direitos sem responsabilidades, e para o pleno gozo desta liberdade individual, necessário se faz o seu justo equilíbrio com o direito coletivo de segurança.

Esse equilíbrio, é bom que se diga, deve ser estabelecido pelo Poder Legislativo pelas vias legítimas. Foi o que ocorreu com a edição da Lei nº 11.705/2008, no que toca ao tipo penal do art. 306.

Por isso, admitir uma interpretação puramente gramatical da norma de regência, no sentido de se entender indispensável, para a caracterização do crime do art. 306 do CTB, a realização de exames técnicos ("bafômetro" ou exame de sangue), seria esvaziar, por completo, o tipo penal e, conseqüentemente, a proteção dos referidos bens jurídicos.

Muito deste esvaziamento se deve à doutrina segundo a qual o indivíduo surpreendido pela autoridade policial, ou seus agentes, na direção de veículo automotor, com sinais de estar alcoolizado, não estaria de nenhum modo obrigado a se submeter aos testes de alcoolemia, seja cedendo uma amostra de seu sangue, seja expirando o ar de seus pulmões em um etilômetro.

Argumenta-se que estaria o sujeito ao abrigo de uma garantia fundamental, de um princípio de não autoincriminação que atribuiria aos acusados em geral a prerrogativa de não produzir prova contra si mesmo (**nemo tenetur se detegere**).

Os indivíduos ostentariam, portanto, o direito de não colaborarem com a produção de provas que buscassem, ao fim, a sua própria condenação. Desta negativa

não se poderia, por óbvio, extrair quaisquer consequências a eles prejudiciais, eis que o ônus desta prova não lhes competiria.

Pois bem. Esta garantia fundamental encontra origem no direito anglo-saxão do século XVII (FERRAIJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 608), e voltou-se desde seu nascedouro ao reconhecimento de maiores prerrogativas de defesa para o acusado. O que primeiro lutava para evitar a tortura e toda a sorte de coações físicas e morais em busca de uma confissão a qualquer preço, foi ganhando peso e fôlego para fulminar outros tipos, ainda que indiretos, de participação do réu na atividade probatória da acusação. (COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 24/28).

O fundamento normativo dessa garantia pode ser encontrado no texto constitucional, tanto a partir da correlata cláusula de direito ao silêncio do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal (e contemplado posteriormente no art. 186 do CPP), quanto de uma interpretação conjugada dos dispositivos consagradores da presunção de inocência (art. 5º, LVII), da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV).

Sua forma mais clara e direta, entretanto, vem exposta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992), mais precisamente em seu art. 8º, 2, "g", que assim dispõe:

*Artigo 8º*

*Garantias Judiciais:*

*(...)*

*2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

*(...)*

*g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;*

Não se pode seriamente questionar a importância desta garantia em um Estado Democrático de Direito. Contudo, é importante lembrar que, assim como todo e qualquer direito ou garantia fundamental, ela não é absoluta.



Levada ao extremo, a garantia de não produzir prova contra si poderia ser oposta à própria identificação criminal (inclusive nas hipóteses previstas pela lei), ao ato de reconhecimento de pessoas (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 346), à acareação entre o réu e quem quer que seja, às revistas quando houvesse fundada suspeita (pense-se na suspeita de crime de tráfico internacional de drogas e a tradicional revista empreendida nos aeroportos – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 3. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 229), e assim por diante, até que a racionalidade do sistema processual penal ou sua própria operacionalidade se vissem totalmente comprometidos. Neste ponto estaria cristalizado um verdadeiro direito a delinquir.

Precisas são as palavras de Maria Elizabeth Queijo, fruto das reflexões insertas em sua tese de doutoramento:

*O **nemo tenetur se detegere** é direito fundamental que não apresenta limites expressos na Constituição brasileira, assim como em textos constitucionais estrangeiros.*

*Mas a inexistência de limites expressos na própria Constituição ou na legislação infraconstitucional não significa que o **nemo tenetur se detegere** seja um direito absoluto.*

*Os limites do **nemo tenetur se detegere** são imanentes, implícitos e decorrem da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento, em sede constitucional.*

*A definição dos limites ao **nemo tenetur se detegere** diz respeito à solução do conflito entre o exercício do referido direito fundamental e a necessidade de preservação de outros bens protegidos constitucionalmente, representados pela segurança pública e a paz social, que são alcançados por meio da persecução penal.*

*Assim, a limitação ao **nemo tenetur se detegere** justifica-se teleologicamente: a paz social e a segurança pública são bens relevantes socialmente e são protegidos pela Constituição Federal. (O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio **nemo tenetur se detegere** e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 355/356).*

Aliás, a mesma Convenção que institui expressamente a garantia aponta, mais adiante, para a possibilidade de sua restrição. Veja-se o que dispõe o art. 32 da dita Convenção:

#### *Capítulo V - DEVERES DAS PESSOAS*

## Artigo 32º - Correlação entre deveres e direitos

- I. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
- II. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

Parece-me, fora de dúvida, que o direito a um trânsito seguro, livre dos riscos inerentes ao binômio álcool-direção, seja uma razoável exigência do convívio social.

A grande questão, na verdade, recai sobre os limites que devem ou podem ser impostos àquela garantia. Em outras palavras, a definição de seu âmbito de tutela, seu alcance normativo.

O início da resposta, acredito, está na própria natureza normativa da garantia. Isso porque ela ostenta, a bem da verdade, um conteúdo principiológico (TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 135; QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio **nemo tenetur se detegere** e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 68/69), e como não poderia deixar de ser, sujeito a uma realização gradual e ao delineamento de seus âmbitos máximos de proteção a partir de inevitáveis colisões com outros princípios igualmente fundamentais.

Nenhuma das normas em conflito possui prevalência *a priori* sobre outra, nem está limitada originalmente (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 40/41). As restrições que umas impõem às outras só se darão numa situação de conflito.

Assim, no caso em questão, se revela uma tensão inerente ao processo penal: um interesse público na persecução penal e um interesse individual no gozo de seus direitos fundamentais.

Por um lado, a garantia integra o pleno direito de defesa do réu, é uma

prerrogativa decorrente de sua liberdade, por outro, a sua aplicação maximizada levaria ao esvaziamento do tipo penal e com ele a tutela oferecida pelo Estado aos bens jurídicos vida, integridade física, segurança e propriedade daqueles que, de alguma forma, interagem no trânsito.

Ora, é evidente que se o acusado não é obrigado a apresentar provas que possam incriminá-lo e, portanto, não pode ser compelido ao uso do etilômetro e nem ao exame de sangue, não restaria nenhuma possibilidade de se viabilizar a adequação típica do fato.

Deixaríamos a cargo do infrator a persecução penal, isto é, somente seria processado e condenado aquele que se submetesse voluntariamente a algum dos referidos exames que, por esta interpretação, não seriam obrigatórios.

Em síntese, o tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito seria norma penal dispositiva, inútil para os nobres fins a que se destina.

Ora, "a nenhum modelo de Estado, por mais democrático e garantista que seja, interessa criar meios para dificultar a condenação de quem tenha praticado ilícitos penais, salvo quando justificadas pela exigência de respeito aos direitos fundamentais, tais como a proteção à integridade física" (ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 51).

Por isso, entendo possível que uma norma jurídica, em tese, venha a prescrever como obrigatória a realização dos exames técnicos de alcoolemia, desde que tal norma fosse entendida como consectário de proteção aos mesmos bens jurídicos que o tipo penal pretende tutelar. Talvez o interesse político criminal de proteção de bens jurídicos venha em algum momento a predominar sobre o direito do motorista de não se ver constrangido a produzir provas contra si.

Vale lembrar a advertência de Avolio: "No concerto das liberdades públicas há de se ter presente uma harmonia global que impeça o exercício de uma delas em detrimento das liberdades alheias ou de ordem pública" (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 22).

A limitação ou até o afastamento da garantia nos casos de recusa do condutor a se submeter à aferição de alcoolemia não é novidade em países que compartilham conosco certas tradições jurídicas como Portugal (art. 152, n° 3, do Código de Estrada português e 348 do Código Penal), Espanha (art. 383 do Código Penal espanhol) e Itália (art. 186, n° 7, do Código de Estrada italiano). Nem por isso poderíamos rotulá-los de Estados arbitrários ou autoritários.

Na Suprema Corte Norte-Americana e no Tribunal Constitucional Europeu, por exemplo, diferente da jurisprudência dominante brasileira, prevalece o entendimento no sentido de que não ofende o princípio do **nemo tenetur se detegere** o dever de submissão do condutor de veículo ao teste de alcoolemia, já que ele não é obrigado a emitir uma declaração de culpabilidade, isto é, ele não está sendo obrigado a se autoincriminar, mas tão somente a se submeter a uma perícia de resultado incerto (SANGUINÉ, Livia de Maman. *O direito de não produzir prova contra si mesmo no Direito comparado: nemo tenetur se detegere*. Boletim IBCCRIM, Ano 18, n° 221, abril de 2011, pp. 10/11).

O apanhado da doutrina e jurisprudência indica que a garantia em exame alcançou, no Brasil, dimensão, extensão e prestígio jamais verificados nos sistemas judiciais com tradição de respeito à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal.

Em suma, o que nos países que dispõem de avançados sistemas jurídicos é relativo, aqui é absoluto.

É até permitido defender que o ordenamento jurídico atual contemple uma flexibilização expressa que, se não chega a atingir um dever de participar ativamente da produção de provas, oferece algumas alternativas. Estes são os termos do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro:

*Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)*

# Superior Tribunal de Justiça

O dispositivo elenca uma série de medidas às quais o motorista estaria submetido, sem estabelecer uma ordem ou hierarquia entre elas. A obrigação ali inserida diz respeito à aferição da alcoolemia em geral. Indaga-se: seria a garantia fundamental ora analisada suficiente a afastar todas as alternativas descritas no art. 277? Penso que não.

O entendimento 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 (sem qualquer pretensão de exaustividade: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 192 e ss; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 77/80 e 127).

Outra também não tem sido a posição esposada pelo Supremo Tribunal Federal com relação a situações semelhantes, embora não idênticas. Tem-se considerado amplo o campo de incidência da garantia em diversas oportunidades, como no caso de fornecimento de padrões gráficos para perícia (HC nº 77.135/SP, Relator o Ministro **ILMAR GALVÃO**, DJ de 06/11/1998), de participação em reconstituição simulada dos fatos (HC nº 69.026/DF, Relator o Ministro **CELSO DE MELLO**, DJ de 04/09/1992), de fornecimento de padrões vocais (HC nº 83.096/RJ, Relatora a Ministra **ELLEN GRACIE**, DJe de 12/12/2003), de faltar com a verdade em interrogatório (HC nº 68.929/SP, Relator o Ministro **CELSO DE MELLO**, DJ de 28/08/1992; HC nº 75.257/RJ, Relator o Ministro **MOREIRA ALVES**, DJ de 06/10/1995), e, por fim, de se negar a participar de exame de dosagem alcoólica (HC nº 93.916/PA, Relatora a Ministra **CARMEM LÚCIA**, DJe de 27/06/2008), sendo certo que o último acórdão não logrou identificar a que exames havia o denunciado se oposto.

Uma leitura apurada dos precedentes indica uma tendência de expansão constante da incidência da garantia, sem que reste identificada qualquer limitação expressa (BOTTINO, Thiago. *O Direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de

Janeiro: Elsevier, 2009, p. 117/137).

Porém, acredito que, mesmo estando o indivíduo autorizado a recusar os testes do “bafômetro” e do exame de sangue, segundo a doutrina e jurisprudência já referidas, a mesma conclusão não pode ser estendida a todos os demais meios de prova, notadamente aqueles não invasivos e que não tragam qualquer risco a integridade física.

Há descrito no art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, e tem-se aceito na jurisprudência deste Tribunal, ao menos uma medida razoável que consegue conciliar os direitos fundamentais do réu, preservando-os com o mínimo de intervenção possível, ao mesmo tempo em que permite ao Estado acusador se desincumbir do ônus probatório e do dever da persecução penal, e, mais, da proteção do direito fundamental coletivo de segurança.

A aludida medida que preenche estes requisitos satisfatoriamente é o exame clínico conduzido por médico-perito, sem exclusão, por óbvio, de outras que sigam os mesmos princípios de não intervenção e confiabilidade.

Como dito linhas atrás, a tensão entre os princípios em conflito no caso concreto reclama uma solução em termos de limites (TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 137), limites estes que não de passar pelo mesmo crivo da proporcionalidade que, imagino, tenha fulminado a pretensão de obrigatoriedade de submissão do acusado aos exames de sangue e de ar expirado.

Naquelas situações prevaleceu o direito fundamental à não autoincriminação em face do dever de persecução do Estado, que impunha ou um meio de prova interventivo invasivo (exame de sangue) ou um colaborativo ativo (etilômetro). Desta vez, o Estado lança mão de outra medida limitadora daquele direito, no caso, a obrigação de se submeter ao exame clínico, um meio colaborativo passivo, embora possa envolver eventualmente alguma participação ativa do examinando. (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 260/261).

Numa primeira análise, talvez a mais importante, vê-se que o exame clínico

é, em si, medida idônea a atingir o fim almejado, qual seja, a comprovação de indícios de materialidade suficientes para a instauração da ação penal.

De fato, não me parece correta a alegação de que seriam justamente os testes técnicos (etilômetro e sanguíneo) os únicos capazes de identificar o elemento objetivo do tipo, consistente na presença de 6 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue.

Bem ressaltou em seu voto, o ilustre Desembargador do TJDF (fls. 87/92), citando o saudoso Nelson Hungria, que nenhuma interpretação pode levar o exegeta ao absurdo.

E acredito que uma interpretação que proponha, a um só tempo, ignorar os anseios sociais e as evidências científicas envolvidos no momento de gênese da lei – e que perduram até hoje –, esvaziar uma lei que pretende ser mais rigorosa, e condicionar a deflagração da ação penal a um ato de vontade do réu, nada mais é do que deixar levar-se ao absurdo.

A interpretação, como se sabe, deve sempre conduzir ao entendimento que assegure a maior utilidade prática do dispositivo, isto é, que possibilite sua justa aplicação ao caso concreto, não bastando apenas atestar sua validade lógica que, no presente caso, teria como consequência o esvaziamento total de seu significado.

Admitir a interpretação literal do dispositivo em comento equivale a dizer que aquele infrator parado numa blitz policial que sai cambaleando do veículo, com os olhos vermelhos, hálito etílico indisfarçável, com garrafas de bebidas alcoólicas no interior do automóvel, que confessa ter bebido o dia inteiro, mas se recusa a fazer o teste do "bafômetro" ou ao exame de sangue, não poderá ser preso em flagrante, processado criminalmente e tampouco condenado.

A prevalecer esse entendimento, risco para a sociedade só apresentará aquele que, além de tudo isso, for imprudente o suficiente para consentir em soprar o "bafômetro".

Por certo, essa situação não pode ser tolerada pelo intérprete da lei, visto

que, como dito anteriormente, o bem jurídico tutelado pela norma ficaria totalmente desprotegido.

A interpretação meramente literal da referida norma penal ensejaria verdadeira desproteção sistêmica, com a perda de funcionalidade do sistema constitucional de proteção de bem jurídico coletivo fundamental, a segurança, em prol do interesse individual, bem como a subversão da natureza da norma penal, que perderia seu atributo fundamental – o caráter cogente –, por simples desejo daquele que não quer se submeter ao processo penal.

Com efeito, não há direito fundamental do cidadão a praticar crime e não ser punido. O princípio **nemo tenetur se detegere** não pode, em nenhuma hipótese, contemplar essa situação.

É óbvio que o estado de embriaguez depende de uma série de fatores, tais como idade, peso, sexo, hábito de beber, absorção gástrica, dentre outros. Desta forma, naqueles casos em que o condutor do veículo apresente determinadas características de possível embriaguez, só que decorrentes, por exemplo, de alguma medicação específica, ou tenha ingerido quantidade de álcool inferior à fixada na lei, caberá ao indivíduo fazer a contraprova por intermédio dos meios legais. Aliás, poderá até se valer do "bafômetro" ou do exame de sangue justamente como meio de defesa, isto é, para provar que não ingeriu álcool.

Na verdade, o valor de 6 decigramas de álcool por litro de sangue constitui um indicativo mínimo da lei, resultado de pesquisa médica no sentido de que até essa quantidade a exteriorização da embriaguez não se revela nítida, não havendo modificação significativa nos reflexos do indivíduo apta a prejudicar a direção de veículo automotor, sendo certo que a partir daí os sintomas começam a aparecer.

A recusa do condutor à realização do teste do "bafômetro" ou do exame de sangue deve ser entendida como uma renúncia à utilização de um meio de prova mais preciso, colocado à livre disposição do sujeito, mas cujo descarte não impede o Estado de lançar mão de outros meios igualmente confiáveis para comprovar o fato típico.

A persecução penal não é disponível para o réu, não pode estar



condicionada à sua vontade. Evidentemente, a tese defensiva leva à penalização tão somente dos desavisados.

Quem aparentemente trilha esse mesmo raciocínio é Aury Lopes Jr., após reiterar que o ato de recusa do condutor em realizar os testes não pode ensejar uma punição autônoma: “*O delito previsto no art. 306 deverá ser apurado em devido processo penal, onde caberá ao acusador fazer prova indireta da embriaguez e o exercício do direito ao silêncio em nada prejudicará o acusado.*” (grifos nossos – *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 620).

Não há que se falar aqui em prova tarifada ou em hierarquia de provas. Os exames técnicos de alcoolemia não de ser oferecidos aos condutores com preferência sobre os demais não porque valham mais, mas por serem mais exatos na aferição almejada.

Note-se. Mais exatos não significam únicos. Não têm o condão de tornar imprestáveis os exames clínicos conduzidos por médicos habilitados. Soa até leviano sustentar que a análise detida de um médico sobre uma pessoa alcoolizada estaria envolta em subjetivismos, discricionariedades ou que seria inadequado para atestar um determinado patamar de embriaguez.

É inegável que o diagnóstico clínico, tal como ocorrido no caso dos autos, seria incapaz de definir a exata taxa de alcoolemia apresentada pelo indivíduo. Ou seja, sequer pretende afirmar que o examinando possui em seu sangue 3,5, 6 ou 8 decigramas de álcool.

Em contrapartida, estudos mostram ser possível estabelecer uma correlação clara entre os sintomas identificados e uma faixa de variação de taxas de álcool no sangue (ou um valor-referência), e isto com razoável nível de certeza científica.

Por este tipo de diagnóstico, a identificação da alcoolemia não aponta uma taxa, mas uma faixa de variação ou um valor-referência baseados em levantamentos e estudos desenvolvidos pela doutrina médica, sendo plenamente viável a constatação de um grau de intoxicação entre 1 e 5 decigramas, ou entre 9 e 25, a partir dos sinais que o

sujeito ostenta naturalmente.

O número variado de procedimentos à disposição do perito, de tabelas de correlação, tampouco é suficiente para fragilizar a confiabilidade do exame clínico. Isso porque em todas as tabelas, sem exceção, há ao menos uma faixa de variação cujo índice mínimo é superior a 6 decigramas.

Por óbvio que a constatação de uma faixa hipotética entre 5 e 7 decigramas não poderá ser usada em desfavor do réu, tendo em vista a precariedade dos critérios para o estabelecimento de uma determinada taxa dentro de uma mesma faixa de variação. Prestigia-se, aqui, a presunção de inocência.

Todavia, foge à razoabilidade e ao bom senso sentenciar como inconsistente uma avaliação conduzida por médico-perito que conclua, por mais de uma técnica ou rotina, variações de 9 a 25 ou de 8 a 15 decigramas de álcool por litro de sangue. Faixas flagrantemente superiores ao mínimo exigido pela lei.

Confira-se, na linha do argumento acima, a lição da doutrina especializada acerca dos sintomas característicos de indivíduo que ingere determinada quantidade de álcool:

*Uma pesquisa realizada em São Paulo relacionou os sintomas (apresentados por motoristas) à taxa de álcool no sangue, fazendo as seguintes observações:*

*\* com taxas de 0,1 a 0,3 g/l: em geral os reflexos encontram-se preservados.*

*\* de 0,3 a 0,5 g/l: não há sinais clínicos aparentes, porém os reflexos começam a ficar diminuídos. Diminui a sensibilidade visual. Diminui a percepção das distâncias e da velocidade.*

*\* de 0,5 a 0,7 g/l: o tempo de reação é maior. Os reflexos motores ficam comprometidos. O motorista passa por um estado de euforia e pode aumentar muito a velocidade.*

*\* de 0,8 a 1,5 g/l: a condução de veículos é considerada altamente perigosa. O motorista acha que está em condições de dirigir e pode produzir sérios acidentes.*

*\* de 1,6 a 3,0 g/l: o motorista vê objetos duplicados.*

*\* de 3,0 a 5,0 g/l: embriaguez total. Condução de veículos impossível. (COSTA, Luís Renato da Silveira. COSTA, Bruno Miranda. "A Perícia Médico-Legal". Campinas, SP: editora Millennium, 2011, p. 231/232.)*

Vale lembrar, ainda, que a tese quanto à relevância penal do quadro de 6 decigramas por litro de sangue não é, em si, uma novidade, sendo certo que já se fazia presente antes mesmo da reforma introduzida pela Lei nº 11.705/2008.

Conforme lecionava Fernando da Costa Tourinho Filho, ainda sob a égide da redação anterior dos artigos 276 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro:

*Na hipótese de alcoolemia, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro erige à categoria de crime conduzir veículo em via pública sob a influência de álcool ou substância de efeito análogo, e o art. 276 desse mesmo diploma esclarece que a concentração de 6 decigramas de álcool por litro de sangue demonstra que a pessoa está impedida de dirigir veículo. E aí, como proceder? Ante a negativa do condutor em se submeter ao teste de alcoolemia e não se podendo presumir esteja com 4,5 ou 6 decigramas de álcool no sangue, não seria justo ficasse ele impune, tampouco a prova testemunhal poderia precisar a quantidade de álcool concentrada no sangue. Se for menos de 6 gramas, não haveria o crime (conjugando-se os arts. 306 e 276 do CTB). Do contrário, sim. (Processo Penal. Vol. 3. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 228).*

A solução sugerida pelo autor na ocasião não destoaria da que aqui sustento. Invocando precedente da Suprema Corte Norte-Americana (*Schmerber v. Califórnia*), defende o professor a vedação dos procedimentos coativos de prova quando demandarem a participação ativa do acusado, como sói acontecer com os exames de sangue e de ar expirado, ao passo que aqueles em que o sujeito representa nada mais que uma fonte passiva de provas estariam autorizados pela Constituição. Entendo ser o exame clínico justamente um exemplo desta última hipótese.

Aliás, dando continuidade à análise da exigência de exame clínico sob a ótica da restrição a um direito fundamental, basta verificar, quanto à necessidade da medida, que a direção em estado de embriaguez, tipificada no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é peculiarmente dependente da colaboração do réu, quanto mais quando não se pretenda depender basicamente das provas testemunhais disponíveis, haja vista o descarte dos demais exames técnicos, dependentes que são da anuência do próprio examinando.

Por fim, também em termos de ponderação, parece-me que a submissão do agente a exame clínico apto a detectar o estado de embriaguez é medida não interventiva, como também não é invasiva, e que demanda do examinando um mínimo grau de cooperação.

Somados tais fatores à relevância deste meio de prova para a aferição dos indícios de materialidade da infração penal, à relativização dos demais testes técnicos de alcoolemia e, ainda, à constatação de que o denunciado terá todo o curso do processo penal com todas as suas garantias intactas, podendo vir a contraditar inclusive o exame inicial, forçoso concluir pela legitimidade e razoabilidade da restrição.

Não me convence, ainda, a alegação de que o parágrafo único do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro faria referência ao Decreto nº 6.488/08, que, por sua vez, teria omitido a aferição meramente clínica embora regulamentasse a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia.

Imperioso atentar para o fato de que a equivalência ali estabelecida é meramente quantitativa, a 6 decigramas de álcool por litro de sangue equivalerá 0,3 decigramas por litro de ar alveolar. De nenhuma forma se avalia naquele documento requisitos médicos, até mesmo porque o exame clínico é composto de inúmeros testes, fugindo ao escopo de um texto normativo pautar uma rotina pericial, um procedimento ou um método científico de análise em detrimento de outros.

Como visto, a depender dos sintomas do condutor do veículo no momento da abordagem ou do exame clínico pelo médico-legista, seria completamente dispensável a constatação, por meio de perícia técnica, da quantidade de 6 decigramas ou mais para a caracterização do crime, visto que a sintomatologia nos dará a certeza de que o limite, seguramente, foi ultrapassado.

Vale ressaltar, mais uma vez, que, para os casos em que os sintomas tenham sido ocasionados por outros fatores diferentes do álcool, ou tenha ingerido quantidade de álcool inferior à fixada na lei, sempre será possível a contraprova, tanto em sede policial - no momento da abordagem ou da realização do exame clínico - quanto na própria audiência judicial, em que a defesa poderá ouvir o médico-legista ou o policial, caso

entenda necessário, bem como arrolar outras provas (contraditório diferido).

O que não se pode aceitar é o trancamento prematuro da ação com fundamento numa interpretação meramente literal da norma, deixando a persecução penal à disposição do infrator e o bem jurídico tutelado na norma, protegido constitucionalmente, completamente vulnerável.

A precipitação do trancamento é ainda mais transparente quando se exclui a possibilidade de, a depender do suporte probatório levantado no processo, ficar configurado, ao menos em tese, o crime de exposição a perigo do art. 132 do Código Penal, crime este expressamente subsidiário (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial – Arts. 121 a 249*. Vol. 2. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143).

Registre-se, apenas a título de informação, que, no último dia 9 de novembro, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ do Senado Federal aprovou o PLS nº 48/2011, da Relatoria do Senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES), que estabelece a possibilidade, para a caracterização do crime do art. 306 do CTB, de utilização de outros meios de prova, diferentes do "bafômetro" ou do exame de sangue, permitindo o exame clínico, prova testemunhal, imagens, vídeos, dentre outros, verdadeira interpretação autêntica da norma ora vigente, para acabar de vez com as dúvidas decorrentes da interpretação literal do referido dispositivo legal.

O parecer da Comissão pela aprovação da proposta faz, inclusive, referência expressa à jurisprudência firmada pela Egrégia Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de superá-la com uma nova redação para o tipo penal que promete ser ainda mais abrangente e rigorosa.

Em resumo, conclui-se que a prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, mas não exclusivamente, por meio dos exames técnicos, quais sejam, o etilômetro ou o exame de sangue, podendo, todavia, ser suprida por outros meios legais, tais como o exame clínico ou a prova testemunhal, notadamente quando o estado de embriaguez for tão evidente que não haja dúvida de que a quantidade mínima de 6 decigramas de álcool por litro de sangue tenha sido ultrapassada.

Na hipótese dos autos, a embriaguez foi atestada pelo médico-legista do I.M.L. (fl. 50), prova apta, em princípio, a comprovar a materialidade do crime e, conseqüentemente, a viabilizar o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal.

Saliente-se, ademais, que saber se essas provas serão suficientes para embasar futura condenação, é questão que deve ser avaliada livremente pelo julgador diante das peculiaridades de cada caso concreto, ou seja, caberá ao juiz, quando da cuidadosa e rigorosa valoração da prova e de sua motivação, uma “atitude crítica frente às fontes de prova, às regras à utilizar, à qualidade dos dados” (IBÃNES, Perfecto Andrés. *Valoração da Prova e Sentença Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006, p. 183).

A interpretação à norma do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, acolhida nesta decisão, não tolhe do cidadão o direito de ingerir bebida alcoólica ou mesmo de conduzir veículo. Impede, sim, de forma legítima, oportuna e necessária, a explosiva e fatal combinação **ingestão de álcool e direção de veículo automotor**, não esgotando ou impedindo as variadas alternativas de que dispõem os interessados para o exercício destas duas projeções de sua liberdade individual.

Na verdade, o que se busca evitar é a antecipação do mérito da ação penal, sem a garantia do devido processo legal, prestigiando-se a tão almejada paridade de armas, isto é, o equilíbrio entre as partes.

Ora, se é certo que o sujeito não está obrigado a produzir provas contra si, também é certo que não se pode retirar do Ministério Público o direito de tentar produzir a prova que, no presente caso, como já dito anteriormente, é perfeitamente possível de ser viabilizada por outros meios diferentes do etilômetro ou do exame de sangue.

Por óbvio, essa prova sofrerá o devido controle pelo Juiz da ação penal, que certamente afastará aquelas que não ostentarem mínimos elementos de convicção aptos a ensejar uma eventual condenação ou até mesmo a propositura de ação penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão de primeiro grau que recebeu a inicial acusatória, bem como firmar o

# *Superior Tribunal de Justiça*

entendimento no sentido de que a prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio do etilômetro ou exame de sangue, podendo, contudo, ser suprida por outros meios legais, tais como o exame clínico ou a prova testemunhal, pelo menos para viabilizar o oferecimento da denúncia e o regular prosseguimento da ação penal.

É como voto.

