

É necessária a realização de exame sanguíneo para a comprovação do crime de embriaguez ao volante quando o condutor já tiver se submetido a teste em *aparelho de ar alveolar pulmonar*?

Josué Justino do Rio^{*}

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar questões atinentes à desnecessidade da realização de exame de sangue específico a fim de comprovar que o indivíduo está conduzindo veículo automotor, em via pública, com concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue, quando este já tiver se submetido ao teste de alcoolemia em *aparelho de ar alveolar pulmonar* (etilômetro).

Palavras-chave: Embriaguez. Etilômetro. Desnecessidade de exame de sangue específico.

1 Introdução

A violência no trânsito tem sido tema de inúmeros debates em diversos setores da sociedade. É notório que o aumento da venda de veículos automotores nos últimos anos tem batido recordes, porém, é sabido, igualmente, que o número de vítimas de acidentes de trânsito envolvendo veículos automotores também tem aumentado, em especial quando o condutor está sob influência de álcool.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde - OMS, o número de consumidores de bebidas alcoólicas no mundo chega a 2 bilhões. Estima-se que as mortes causadas em decorrência do uso do álcool são de aproximadamente 1,8 bilhão por ano.

Em pesquisa realizada pela Secretaria Nacional Antidrogas, em parceria com a Unifesp - Universidade Federal de São Paulo -, de abrangência nacional, demonstrou que 52% da população brasileira acima dos 18 anos consomem bebida alcoólica ao menos uma vez ao ano, sendo que 2/3 dos motoristas já dirigiram após ingerir bebidas alcoólicas em quantidade acima do limite permitido. A pesquisa ainda detectou que 74,6% dos brasileiros com idade entre 12 e 65 já ingeriu bebida alcoólica ao menos uma vez na vida.

O Decreto n. 6.117, de 22 de maio de 2007, instituiu a Política Nacional sobre o Álcool, estabelecendo ações a fim de reduzir o uso indevido do álcool e sua associação com a violência e a criminalidade na população brasileira. A coordenação das medidas e sua implantação ficaram sob a responsabilidade da Secretaria Nacional Antidrogas.

Estima-se que os gastos do governo no tratamento de pessoas vítimas de acidentes nas rodovias brasileiras chegam à ordem de 32 bilhões de reais por ano, isso sem falar na perda de vidas humanas.

Em razão disso, visando diminuir os custos e os acidentes envolvendo condutores de veículos automotores sob efeito de álcool ou substância psicoativa, foi promulgada, em 19 de junho de 2008, a Lei n. 11.705/2008, alterando substancialmente o art. 306 da Lei n. 9.503/1997 - Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, diante desse contexto, o presente artigo terá por objetivo fazer uma abordagem jurídica quanto à concreta aplicação do dispositivo antes mencionado, sobretudo no que tange à exigência ou não da produção de prova para comprovação da embriaguez ao volante.

Inicialmente, será feita uma breve análise comparativa entre a primitiva e a atual redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, porquanto, como é sabido, trata-se de ser mais um daqueles tipos penais polêmicos e que passam a fazer parte do rol dos crimes de perigo abstrato.

Em seguida, discutir-se-á a desnecessidade de fornecimento de material sanguíneo para comprovação da quantidade de álcool contida no sangue do condutor de veículo automotor, quando este já estiver se submetido, voluntariamente, ao teste em *aparelho de ar alveolar pulmonar*, o popular *bafômetro*.

Por fim, cabe frisar que, durante o desenvolvimento do trabalho, serão feitas citações jurisprudenciais a respeito do tema.

2 Breve análise do atual art. 306 da Lei n. 9.503/97 - crime de perigo abstrato

^{*} Bacharel em Direito pelo Instituto Municipal de Bebedouro-SP - IMESB. Aprovado no Exame da OAB n. 139.

A primitiva redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro previa como fato típico a conduta do indivíduo que conduzia veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Tratava-se, na espécie, de crime de perigo concreto, tendo em vista que, embora não se exigisse o efetivo dano ao bem jurídico protegido, era imprescindível a comprovação da probabilidade de lesão à incolumidade pública. Esse inclusive era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O delito de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva (REsp 515526/SP - Quinta Turma - Relator: Felix Fisher - Julgado em 02.12.2003, v.u. - *Dje* de 19.12.2003, p. 598) (NUCCI, 2008, p. 1.117).

Porém, visando, entre outros motivos, à diminuição dos acidentes de trânsito provocados por condutores de veículos automotores sob influência de álcool ou substância psicoativa, em 19 de junho de 2008, foi promulgada a Lei n. 11.705, apelidada de “Lei Seca”, que alterou significativamente o *caput* do art. 306 da Lei n. 9.503/1997, passando o dispositivo a contar com 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 6 (seis) meses a 3 (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 os distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Ao contrário do dispositivo anterior, que considerava imprescindível a comprovação da probabilidade de dano efetivo à incolumidade pública, o novel tipo penal incriminador dispensou a necessidade de qualquer prejuízo ao bem jurídico tutelado, exigindo, apenas, a constatação da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. Diante da alteração, o crime do art. 306 do Código de Trânsito passou, então, a ocupar o seletor rol dos crimes de perigo abstrato, o que tem provocado críticas. O Superior Tribunal de Justiça, no *HC* n. 175.385-MG, se posicionou no sentido de que o delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato:

Habeas corpus. Crime de embriaguez ao volante. Alegação de falta de justa causa para a persecução penal. Atipicidade da conduta por ausência de demonstração de sua lesividade. Inexistência. Crime de perigo abstrato. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Ordem denegada.

1. ‘O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta’ (STJ, *HC* 140.074/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* de 14.12.2009).

2. Uma vez que a denúncia traz indícios concretos de que o paciente foi flagrado dirigindo veículo automotor com concentração de álcool no sangue superior ao que a lei permite, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal do crime de embriaguez ao volante.

3. ‘O reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de *habeas corpus*, reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexistam qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal’ (STF, *HC* 94.592/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 02.04.2009).

4. *Habeas corpus* denegado (*HC* 175.385/MG (2010/01030018-8) - Quinta Turma - Relatora: Ministra Laurita Vaz - *Dje* de 04.04.2011, v.u.).

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, sustenta que foi lamentável a modificação introduzida pela Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, porquanto “eliminou-se do tipo incriminador a expressão ‘sob influência de álcool’, inserindo-se ‘estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas’” (2009, p. 1154). Dessa feita, segundo o autor, antes “[...] era suficiente dirigir influenciado pelo álcool, colocando em perigo a segurança viária. Hoje, torna-se indispensável comprovar que o agente conduzia o veículo com concentração alcoólica específica [...]” (2009, p. 1.154). Por outro lado, quanto ao indivíduo que for surpreendido conduzindo veículo

automotor, na via pública, sob influência de substância psicoativa que determine dependência, o legislador não fez menção a qualquer quantidade.

O Poder Executivo federal, por meio do Decreto n. 6.488, de 19 de junho de 2008, regulamentou os arts. 276 e 306 da Lei n. 9.503/1997 e disciplinou sobre a margem de tolerância de álcool no sangue. O art. 2º do citado decreto estabelece que, para fins criminais, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte: “[...] exame de sangue: concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; teste em *aparelho de ar alveolar pulmonar* (etilômetro): concentração de álcool no sangue igual ou superior a três décimos de miligramas por litro de ar expelido dos pulmões”.

É oportuno frisar que, vindo o indivíduo a praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor em estado de embriaguez, aplica-se o princípio da consunção, sendo assim, o delito do art. 306 do CTB será absorvido pelo crime de dano do art. 302 do mesmo diploma legal. Sobre a consunção, segundo ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt, ocorre nas hipóteses em que o “crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente” (2009, p. 212).

De outro lado, no caso de lesão corporal praticada por pessoa embriagada na condução de veículo automotor, deverá ela responder por infração aos arts. 306 e 303 do CTB, em concurso formal, pois inaplicável, na espécie, o princípio da consunção, uma vez que não há como o delito menos grave (art. 303) absorver o mais grave (art. 306). Porém, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão recente, manifestou-se favorável à aplicação do princípio da consunção na hipótese de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor causado por condutor em estado de embriaguez, devidamente demonstrada por teste do bafômetro, sob o argumento de que o crime de perigo é absorvido pelo de dano.

Apelação-crime. Lesão corporal culposa no trânsito. Embriaguez ao volante. Omissão de socorro. Absorção do delito de perigo pelo delito de dano. Afastamento da condenação à indenização à vítima.

1. A prova produzida nos autos autoriza a manutenção da condenação do imputado, na medida em que este admitiu ter ingerido bebida alcoólica, ter se distraído e colidido no carrinho da vítima. As testemunhas presenciais relataram estar a vítima no acostamento quando foi atingida pelo automóvel dirigido pelo acusado. Entretanto, este não parou o veículo para prestar socorro. Segundo o relato dos policiais, no local dos fatos havia somente uma placa do veículo e o automóvel do acusado foi localizado em município vizinho, sem a placa dianteira, trafegando em alta velocidade. Ao ser abordado, o motorista apresentava visíveis sinais de embriaguez, a qual restou demonstrada através do teste do bafômetro, pelo o exame para verificação de embriaguez, bem como pela prova oral colhida em juízo. É de ser mantida, portanto, a condenação, nos moldes da sentença.

2. A tese de que o acusado saiu do local por temer provável linchamento não encontra consonância no contexto probatório. As pessoas que se encontravam na cena do crime e presenciaram o acidente relataram não ter o réu sequer parado o veículo. Destarte, apesar de não haver esclarecimento acerca de quem chamou a polícia para prestar socorro, o fato é que o réu não permaneceu no local para dar assistência à vítima (adolescente de 14 anos de idade).

3. De outra banda, a conduta de praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor absorve a conduta de conduzir veículo automotor sob o efeito de álcool em quantidade acima do permitido, como consignou a sentença recorrida. Tal se deve ao reconhecimento do princípio da consunção, situação que se vislumbra quando do concurso aparente de normas. Situação fática, onde, de maneira aparente, poderia ocorrer, perfeitamente, o juízo de tipicidade diante de duas regras distintas. No caso em apreço, a embriaguez ao volante constituiu meio à realização da lesão corporal no trânsito. Além disso, a lesão corporal, apesar de não possuir pena mais grave, é crime de dano, enquanto que a embriaguez ao volante é crime de perigo. Na lógica consuntiva, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano.

4. A condenação ao pagamento de indenização, prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal reclama demonstração do dano e possibilidade de fixação de valores certos e líquidos. Indenização afastada. Apelo do Ministério Público desprovido. Por maioria. Apelo da defesa parcialmente provido (Apelação Criminal nº 70038659520 - Terceira Câmara Criminal - Tribunal de Justiça do RS - Relator: Nereu José Giacomolli - Julgado em 17.03.2011).

Fernando Célio de Brito Nogueira (2010, p. 253-254) ainda traz outras hipóteses em que haverá concurso material de infrações com o art. 306 do Código Trânsito Brasileiro, a saber: *omissão de socorro* (art. 304), *evasão para fugir à responsabilidade civil ou criminal* (art. 305), *violação da*

suspensão ou proibição do direito de dirigir (art. 307), *racha* (art. 308), *inovação artificiosa de trânsito* (art. 312), desde que haja desígnios autônomos. Ainda de acordo com autor, é possível a ocorrência de continuidade delitiva com a própria figura do art. 306, quando o motorista dirigir habitualmente embriagado.

Acentue-se que a redação do art. 306 ainda revogou parcialmente o art. 34 do Decreto-lei n. 3.688/1940 - Lei das Contravenções Penais - no que se refere à condução de veículos na via pública expondo em perigo a segurança alheia, restando tal dispositivo aplicável apenas às embarcações em águas públicas.

Quanto às penas, são aplicáveis, cumulativamente, privativa de liberdade, multa e suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. Porém, no caso da pena privativa de liberdade, é possível a sua substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Assim, feitas as considerações necessárias, passar-se-á à análise das questões atinentes à desnecessidade de realização de exame sanguíneo nas hipóteses em que o condutor, voluntariamente, tiver se submetido a teste em *aparelho de ar alveolar pulmonar* (etilômetro).

3 Descendência de realização de exame sanguíneo para aferição da embriaguez ao volante

Como consignado, o delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com redação dada pela Lei n. 11.705/2008, deixou de ser crime de perigo concreto e passou a ser delito de perigo abstrato, dispensando, assim, a necessidade da ocorrência de qualquer dano efetivo ao bem jurídico tutelado, bastando, portanto, a comprovação da concentração de álcool nos pulmões ou na corrente sanguínea além dos limites permitidos.

Cabe ressaltar, contudo, que, em respeito às normas de direito penal, haverá crime se comprovadas autoria e materialidade delitivas, pois, em relação a esta última (materialidade), a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro considera fato típico somente quando ficar devidamente consubstanciado que sujeito está conduzindo veículo automotor, em via pública, com concentração de álcool igual ou superior a 6 decigramas. Desse modo, inexistindo exame apto a comprovar a materialidade delitiva, não há falar em crime de embriaguez ao volante, mas apenas na prática de infração administrativa, nos termos dos art. 277, § 3º, c/c o art. 165, todos do Código de Trânsito Brasileiro, punível com multa e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Aliás, vale abrir um parêntese no que se refere à obrigatoriedade da submissão do condutor a procedimentos para aferição da embriaguez, prevista no art. 277, § 3º, da Lei n. 9.503/1997, pois há quem sustente ser inconstitucional, por violar a garantia constitucional do direito a não autoincriminação, entre eles, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 1.156). Vale trazer à baila, ainda, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica -, no art. 8º, sob a rubrica *Garantias Judiciais*, mais precisamente, no n. 2, *g*, assegura a qualquer pessoa o "direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

Em sentido contrário, advogando pela constitucionalidade do dispositivo, está Cláudia Barros Portocarrero, para quem "[...] a norma do art. 277, § 3º, o que se estabelece é uma presunção de veracidade dos atos administrativos praticados pelo agente de trânsito que, constatando estado de embriaguez, venha a elaborar o respectivo auto de infração" (2010, p. 262). Ainda de acordo com a autora, "[...] o artigo citado é norma de direito administrativo e não obriga qualquer condutor a fazer prova contra si mesmo, presumindo-se o estado de embriaguez daquele que se recusa à realização do teste" (2010, p. 262). E continua, dizendo: "Entender o contrário, *concessa máxima venia*, seria inviabilizar a ação estatal no controle da segurança viária, pois que jamais se conseguiria fazer prova da embriaguez sem a participação do condutor infrator" (2010, p. 262).

O colendo Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido no ano de 2008, posicionou-se no sentido de que a não submissão do condutor ao teste de alcoolemia não induz presunção de embriaguez.

Ementa: *Habeas corpus*. Constitucional. Impossibilidade de se extrair qualquer conclusão desfavorável ao suspeito ou acusado de praticar crime que não se submete a exame de dosagem alcoólica. Direito de não produzir prova contra si mesmo: *nemo tenetur se detegere*. Indicação de outros elementos juridicamente válidos, no sentido de que o paciente estaria embriagado: Possibilidade. Lesões corporais e homicídio culposo no trânsito. Descrição de fatos que, em tese, configuram crime. Inviabilidade do trancamento da ação penal.

1. Não se pode presumir que a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: Precedentes.

2. Descrevendo a denúncia que o acusado estava 'na condução de veículo automotor, dirigindo em alta velocidade' e 'veio a colidir na traseira do veículo' das vítimas, sendo que quatro pessoas ficaram feridas e outra 'faleceu em decorrência do acidente automobilístico', e, havendo, ainda, a indicação da data, do horário e do local dos fatos, há, indubitavelmente, a descrição de fatos que configuram, em tese, crimes.

3. Ordem denegada (HC 93916 - Relatora: Ministra Cármen Lúcia - Primeira Turma - julgado em 10.06.2008 - DJe-117 - Divulgado em 26.06.2008 - Publicado em 27.06.2008 - Ement. v. 02325-04, p. 760 - RTJ, v 205-03, p. 1.404).

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no julgamento do Recurso Especial 1113360-DF, de relatoria do Ministro *Og Fernandes*, firmou entendimento pela indispensabilidade da prova técnica para a comprovação do teor de álcool no sangue ou nos pulmões do motorista.

Recurso especial. 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 19.06.08, 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 (STJ - REsp. n. 1113360/DF - Sexta Turma - Relator: Ministro Og Fernandes - DJe de 18.10.2010, v.u.).

É fato que, adotando a tese do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que os motoristas supostamente flagrados em estado de embriaguez se negarem a se submeter a teste de alcoolemia, o atual dispositivo é mais benéfico do que o anterior, pois a ausência de exame técnico comprovando a quantidade de álcool igual ou superior a permitida fica prejudicada a prova, uma vez que não haverá materialidade delitiva. É possível advogar ainda a tese de que, se o indivíduo condenado nos moldes da previsão anterior do art. 306 - com concentração de álcool inferior a 6 (seis) decigramas e não tenha havido demonstração do dano potencial à incolumidade pública -, tenha sua pena extinta, pois sua conduta deixou de ser crime e passou a ser apenas infração administrativa. Nos casos dos motoristas surpreendidos dirigindo embriagados quando ainda vigorava a antiga redação, desde que comprovada a situação antes descrita - ausência de exame comprovando o nível de álcool e não demonstração do potencial dano à incolumidade pública -, estando ainda na fase de inquérito policial, deve ser este arquivado, desde que não haja indícios da ocorrência de outros crimes. Fernando Célio de Brito Nogueira também se posiciona no sentido da ocorrência de *abolitio criminis* nos casos anteriores à entrada em vigor da Lei n. 11.705/2008, quando não existir perícia comprovando que o agente dirigia sob efeito de álcool:

Consequência prática inegável da nova elementar dada ao art. 306 do Código de Trânsito será, no tocante aos casos anteriores a 20 de junho de 2008, em que não havia perícia que dissesse o teor da concentração de álcool no sangue do agente, a ocorrência de *abolitio criminis*, pois a Lei n. 11.705/08 trouxe elementar nova e deve retroagir, para alcançar, por força do princípio constitucional da retroatividade benéfica da lei penal, nos termos do art. 5º, XL, c.c. art. 2º, parágrafo único, do Código Penal (NOGUEIRA, 2010, p. 223).

Cumpra salientar, todavia, que existe decisão do Superior Tribunal de Justiça admitindo a substituição da prova técnica por outros elementos de provas admitidas em direito, entre elas a prova testemunhal, como fundamento para o prosseguimento da ação penal.

Habeas corpus. Arts. 306 e 309 da Lei n. 9.503/1997. Trancamento da ação penal. Alegada atipicidade da conduta. Falta de exame pericial verificador da dosagem alcoólica. Prova testemunhal. Justa causa. Mínimo respaldo indiciário e probatório. Necessidade de dilação probatória. Via inadequada. Inexistência de coação ilegal a ser sanada na oportunidade.

1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela continuidade da ação penal nos delitos de embriaguez ao volante quando, inexistindo o exame pericial que comprove a dosagem de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, há outras provas nos autos que confirmem o estado de embriaguez do paciente.

2. Ademais, o exame da ausência de mínimos fundamentos para a deflagração da ação penal demanda aprofundada discussão probatória, enquanto, para o trancamento da ação penal, é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração.

3. Em sede de *habeas corpus*, somente deve ser obstado o feito se restar, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda da atipicidade da conduta, o que não se configura na hipótese.

4. Ordem denegada (HC n. 164.653/MS - 2010/0041520-0 - Quinta Turma - Relator: Ministro Jorge Mussi - DJe de 28.03.2011, v.u.).

Contudo, tal entendimento não é pacífico na jurisprudência e até mesmo entre doutrinadores, sobretudo se se levar em consideração a garantia constitucional de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si.

Portanto, para os que entendem que a prova técnica é a única forma aceitável para comprovação do limite de álcool no sangue igual ou superior a seis decigramas, sua falta prejudicaria a propositura de eventual ação penal, por falta de justa causa. "Por isso, não se pode admitir a prova de uma concentração tão específica por meio de testemunhas, afinal, a lei foi bem clara ao apontar o índice" (NUCCI, 2009, p. 1.154). Já quanto ao indivíduo surpreendido, na via pública, conduzindo veículo automotor sob a influência de substância psicoativa que determine dependência, o legislador não fez menção a qualquer quantidade, portanto, admitiu a possibilidade de sua comprovação por meio de testemunhas.

De outro lado, com o advento do Decreto n. 6.488/1997, regulamentando o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, tornou-se dispensável a realização de exame de sangue específico para a aferição da dosagem alcoólica, pois o art. 2º permite que o teste de alcoolemia possa ser feito em *aparelho de ar alveolar pulmonar* (etilômetro). Além do que não haveria sentido exigir que o condutor, voluntariamente, submetido ao etilômetro, tivesse também de fornecer material sanguíneo para a aferição da quantidade de álcool no sangue, tendo em vista que esse não era o espírito do legislador ao prever a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia.

Sobre o tema, assim se manifestou o 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. Realização de exame de ar alveolar pulmonar. Prescindibilidade de exame pericial específico. Ordem denegada.

1. A Lei n. 11.705/08 deu nova redação ao *caput* do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto. O legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal.

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 a influência de álcool, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam certificar seu estado. 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.

3. No caso, a materialidade do delito se encontra demonstrada pelo teste de etilômetro, cujo resultado acusou o índice de 1,22 miligrama de álcool por litro de ar expelido dos pulmões do paciente, concentração esta superior ao máximo de 0,30 mg/l.

4. Ordem denegada (STJ - HC n. 177.942 - 2010/0121242-4 - Relator: Ministro Celso Limongi, Desembargador convocado do TJSP - *Dje* de 14.03.2011, v.u.).

O referido Decreto n. 6.488/2008, no art. 1º, § 3º, estabelece que, na hipótese de a aferição da quantidade de álcool se dar por meio do teste do bafômetro, a margem de tolerância será de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões. No entanto, há quem sustente que o citado decreto é de constitucionalidade duvidosa, por se tratar de norma de direito processual penal, porquanto dispõe sobre quais as formas de produção de provas para a caracterização do delito de embriaguez ao volante, portanto, violaria, em tese, o princípio da legalidade. Guilherme de Souza Nucci, aliás, se posiciona no seguinte sentido:

[...] o art. 306 não é norma penal em branco para haver a ingerência do Poder Executivo, no âmbito da edição de decretos, com o objetivo de produzir prova acerca da embriaguez. Não há norma processual em branco. Dessa forma, é inviável que o Executivo busque estipular como se pode produzir prova do índice de seis decigramas de álcool por litro de sangue. A configuração do crime previsto no art. 306 desta Lei não pode depender da criatividade do Executivo federal (2010, p. 1.157).

Vinicius de Toledo Piza Peluso leciona que:

[...] a adoção do 'bafômetro' (etilômetro) como meio de prova para a configuração do crime de embriaguez ao volante, como pretende ver reconhecido e legitimado o Decreto n. 6.488/08, é clara e patente afronta ao art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e que, portanto, deve ser energicamente rechaçado pelo Poder Judiciário (PELUSO *apud* NOGUEIRA, 2010, p. 219).

André Luis Callegari e Fábio Motta Lopes, citados por Fernando Célio de Brito Nogueira, no seu livro *Crimes do Código de Trânsito*, também advogam que o uso do bafômetro é imprestável como prova no processo penal:

Três outras questões envolvendo o uso de etilômetro são bastante sérias: a falibilidade do exame (5); a falta de menção no relatório que é impresso depois do teste, de que foi constatada a concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, sendo defesa, em matéria processual penal, qualquer presunção nesse sentido; e, principalmente, a realização de uma "perícia" sem contraprova. Quanto a este último aspecto, motoristas estão sendo sujeitados, já faz algum tempo, a processos criminais, com ingresso na esfera do injusto penal, sem qualquer possibilidade de defesa, nem de contestação acerca do resultado do exame (6). Cabe mencionar, por fim, que não se está defendendo a carnificina no trânsito, que pode ser evitada, tranquilamente, com permanente fiscalização e com respeito às normas constitucionais. Também não se está afirmando, em momento algum, que nunca será possível submeter-se motorista sob suspeita de dirigir embriagado, mesmo contra a sua vontade, a exame de sangue, por não ser a garantia do silêncio um direito absoluto. Para isso, no entanto, deve haver uma legislação que discipline o assunto de forma detalhada, possibilitando, por exemplo, a intervenção corporal, com base na ponderação de valores, quando não houver risco à saúde do motorista e quando for feita por médico, mediante prévia autorização judicial (7) (CALLEGARI *apud* NOGUEIRA, 2010, p. 220-221).

Contudo, à guisa de opiniões e decisões controversas, o fato é que toma força a tese de que é dispensável a comprovação da materialidade delitiva do crime de embriaguez ao volante por meio de exame sanguíneo quando já houver sido realizado o teste em etilômetro.

4 Considerações finais

Há de se acentuar que o legislador brasileiro, na maioria das vezes, no afã de solucionar questões envolvendo fatos criminosos que trazem grande repercussão no meio social, sem um maior aprofundamento jurídico que a criação ou modificação de uma lei pode causar, acaba por acarretar decisões judiciais conflitantes, o que gera insegurança jurídica.

Como não poderia ser diferente, o legislador acreditava que, com a modificação introduzida no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, por meio da Lei n. 11.705/2008, quantificando o nível de álcool permitido, estaria solucionando o problema e, por via de regra, punindo os motoristas embriagados. Porém, como ficou demonstrado, o que houve e ainda há são inúmeras críticas ao dispositivo, principalmente no que se refere à violação de princípios constitucionais. Igualmente, existem críticas substanciais quanto à forma encontrada para a produção de prova da embriaguez ao volante, por meio de decreto do Poder Executivo.

O certo é que, embora as discussões sobre o tema ainda continuem a ser objeto de análise dos Tribunais Superiores, a norma do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro exige, para a comprovação do nível de álcool no sangue ou nos pulmões, a produção de prova técnica a ser realizada tanto pelo exame sanguíneo quanto pelo teste do bafômetro, isso sem falar na possibilidade - pouco aceitável entre os juristas - da admissão de outros meios de provas aptos a demonstrar a embriaguez do condutor.

De mais a mais, conclui-se, por hora, que é inexigível a coleta de material sanguíneo do condutor de veículo automotor a fim de ser submetido à análise técnica ou científica para a comprovação da quantidade de álcool no sangue, quando este já tiver se submetido ao teste de alcoolemia em *aparelho de ar alveolar pulmonar*, pois, embora sejam exames distintos, são equivalentes entre si.

5 Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 164.653 (2010/0041520-0). Relator: Ministro Jorge Mussi. Decisão publicada no *Diário do Judiciário eletrônico* em 28 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 175.385 (2010/0103018-8). Relatora: Ministra Laurita Vaz. Decisão publicada no *Diário do Judiciário eletrônico* em 4 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 177.942 (2010/0121242-4). Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP). Decisão publicada no *Diário do Judiciário eletrônico* em 14 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1113360-DF. Relator: Ministro Og Fernandes. Decisão publicada no *Diário do Judiciário eletrônico* em 18 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 93.916. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação-Crime n. 70038659520. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Publicado no *Diário da Justiça* em 29 de março de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 16 de maio de 2011.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Crimes do Código de Trânsito*. 2. ed. Leme: Mizuno, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

PINTO, Antonio Luiz de. *et al. Legislação de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTOCARRERO, Cláudia Barros. *Legislação penal especial para concursos*. Niterói, RJ: Impetus, 2010.