



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

**APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.  
ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA.  
LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE.**

Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (*caput*) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora, notadamente em razão do depoimento do policial responsável pela abordagem, que afirmou que o réu conduzia a motocicleta normalmente. Absolvição decretada.

**RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70051305852

COMARCA DE MONTENEGRO

SIDINEI AMORIN DE SOUZA

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em** dar provimento ao recurso, para absolver o réu com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO E DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO.**

Porto Alegre, 09 de maio de 2013.

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

### **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)**

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra S.A.S., dando-o como incurso no artigo 306, *caput*, da Lei 9.503/97, pelo seguinte fato delituoso:

No dia 16 de abril de 2011, por volta das 19h40min, na Rua Juvenal Alves de Oliveira, no Município de Montenegro/RS, o denunciado conduzia, em via pública, a motocicleta Honda/CG 125, Titan, cor azul, placas IJV 0715, ano 2001, estando com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 (seis) decigramas, ou seja, com 0,47 mg de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões, conforme teste de alcoolemia em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), de acordo com a equivalência estabelecida no art. 1º, inciso II, da Resolução nº 206/2006, do Conselho Nacional de Trânsito, a prever o limite de 0,3 mg/L.

À ocasião do fato, o denunciado foi abordado por policiais militares e, após, submetido a exame de alcoolemia, que constatou que S.A.S., se encontrava em estado de embriaguez alcoólica.

A denúncia foi recebida em 08.06.2011 (fl. 30). O réu foi citado pessoalmente (fls. 32 a 33) e ofereceu resposta à acusação (fls.34 a 40).



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

Durante a instrução processual foi inquirida uma testemunha (fl.51- CD) e decretada a revelia do acusado (fl. 48).

Após os debates orais, sobreveio sentença de procedência da denúncia, para o fim de condenar o acusado como incurso no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, impondo-lhe pena de **06 meses de reclusão** (pena-base definitiva), em regime inicialmente aberto, e multa de 10 dias-multa, à razão mínima legal, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo período de 06 meses. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direito, devendo o acusado efetuar o pagamento de prestação pecuniária no valor de um salário mínimo em favor de entidade pública ou privada a ser definida (fls.48 a 50).

A sentença foi publicada em 16.06.2012 (fl. 48).

Em face dessa decisão, a defesa interpôs, tempestivamente, recurso de apelação com base no artigo 600 do CPP (fl. 49). Nas razões recursais suscitou a inconstitucionalidade do delito do artigo 306 do CTB. No mérito, postulou a absolvição do réu por insuficiência de provas, reiterando a ausência de comprovação da validade do aparelho de bafômetro. Postulou também a isenção do pagamento das custas processuais, tendo em vista a impossibilidade financeira do acusado (fls.53 a 60).

Com as contrarrazões (fls. 61 a 64), o Ministério Público juntou aos autos documentos atestando a regularidade do bafômetro. Subiram os autos.

Nesta instância, o digno Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 73 a 75).

É o relatório.

## VOTOS



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)**

Eminentes colegas:

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa, em face de sentença que condenou o réu como incurso no artigo 306 da Lei 9503/97.

Antes de passar ao exame do mérito, registro ter a defesa suscitado, já quando da resposta à acusação (fls. 34 a 40), a ausência de comprovação da regularidade do aparelho de bafômetro, nos termos da resolução 206 do CONTRAN.

A alegação defensiva não foi examinada quando do recebimento da denúncia e, tampouco, por ocasião da sentença, que se limitou a afastar a tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, citando precedentes. No curso da instrução criminal, o Ministério Público permaneceu inerte em relação a essa questão, não produzindo nenhuma prova da regularidade do aparelho utilizado para realização do teste alveolar. Apenas depois de nova manifestação da defesa, desta feita em razões de apelação, a acusação, nas contrarrazões, acostou aos autos documentação pretendendo comprovar a regularidade do aparelho (fls. 65 a 67).

Diante desse cenário processual, registro estar eivada de vício insanável a sentença condenatória em razão da omissão sobre relevante tese defensiva suscitada já quando da apresentação da resposta à acusação. Com efeito, decorre da garantia constitucional da ampla defesa a necessidade de enfrentamento, pelo órgão jurisdicional, de todas as teses defensivas suscitadas no curso da instrução processual.

Além disso, a juntada dos documentos comprobatórios da regularidade do aparelho de bafômetro em sede recursal, por ocasião da apresentação das contrarrazões do Ministério Público ao apelo defensivo,



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

uma vez admitida, pois como regra os documentos podem ser juntados aos autos em qualquer fase do processo (artigo 231, CPP), tornaria impositiva a intimação da defesa, a fim de tomar conhecimento do teor dos referidos documentos e de sobre eles se manifestar, garantindo-se, assim, o devido contraditório e a plena observância à garantia da ampla defesa.

A propósito, destaco precedente do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. JUNTADA DE LAUDO PERICIAL APÓS O OFERECIMENTO, PELA DEFESA, DE CONTRARRAZÕES AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DAS PARTES. DOCUMENTO UTILIZADO NA CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. De acordo com o art. 231 do Código de Processo Penal, salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

**2. Embora seja possível a juntada de documentos até mesmo na fase recursal, é certo que, em obediência aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, deveria a defesa ter sido intimada a se manifestar.**

3. No caso presente, houve a juntada de laudo da perícia realizada no aparelho celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante dos corréus quando já interposta a apelação e oferecidas contrarrazões a tal recurso. Não se procedeu, posteriormente, à oitiva da defesa, para que pudesse se manifestar sobre o novo documento trazido aos autos.

4. De se ver, ainda, que o referido documento foi efetivamente utilizado pela Corte de origem quando do julgamento da apelação, que culminou na reforma da sentença e consequente condenação do paciente.

**5. "Acórdão condenatório que se louvou, entre outras provas, em peças técnicas inseridas nos autos após as contra-razões oferecidas pela defesa, que sobre elas não foi chamada a pronunciar-se. Alegada violação ao princípio do contraditório. Alegação de todo procedente".** (STF, HC 69314/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 4.9.92).

6. Ordem concedida para, de um lado, anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja procedido, após abertura de vistas às partes, com o intuito de se manifestarem acerca do documento juntado em momento posterior às contrarrazões oferecidas pela defesa; de outro lado, assegurar possa o paciente aguardar em liberdade o desfecho do processo. (HC 88.765/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

Não obstante isso, no caso concreto, reputo mais benéfico ao réu o exame do mérito e, por isso, deixo de desconstituir a sentença condenatória e, também, de determinar a intimação da defesa acerca dos documentos juntados nas contrarrazões da acusação. Passo, enfim, diretamente ao exame do mérito.

No caso, ao réu foi imputada a prática de embriaguez ao volante, pois flagrado conduzindo sua motocicleta com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6dg, conforme teste alveolar realizado em **16.04.2011**.

Na data do fato vigorava, ainda, a redação do artigo 306 conforme determinada pela Lei 11.705/08, 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

Ocorre que recentemente, em 20.12.2012, a redação do citado artigo 306 do Código de Trânsito foi alterada Lei 12.760/12. A nova redação dispõe:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

§ 1º. As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.”(NR)

Há, pois, na atual redação, uma **nova elementar normativa** no tipo penal em questão: a alteração da capacidade psicomotora do condutor. Se antes, nos termos da redação dada pela Lei 11.705/08, bastava a comprovação da concentração de álcool por litro de sangue (crime de perigo abstrato), agora, de acordo com a atual redação, além da constatação da graduação alcoólica é imprescindível, também, a comprovação da **alteração da capacidade psicomotora**.

Assim, conforme pontuado pelo eminente Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro, na Apelação nº 70053529715:

“Diante da nova redação, para a configuração da figura típica, não basta somente a comprovação da ingestão de bebida alcoólica. Mais do que isso, é imperioso que, em razão da influência de bebida de álcool ou outra substância psicotrópica que cause dependência, haja alteração da capacidade psicomotora. E isso precisa estar comprovado.”

De fato, se antes o *caput* do artigo 306 dispunha ser crime o ato de *conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6dg*, agora esse dispositivo, no seu *caput*, não mais prevê a graduação alcoólica, mas, sim, a *condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de substância psicoativa*. Então, é imprescindível a comprovação da **alteração da capacidade psicomotora**, pois elementar normativa do tipo penal em questão.



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

Resta, assim, definir *qual* a alteração da capacidade psicomotora encontra adequação típica ao *caput* do artigo 306 da Lei 9503/97. E aqui, o primeiro recorte: apenas a causada por ingestão de bebidas alcoólicas ou pelo uso de psicotrópicos. Isso porque no dispositivo em comento há referência apenas à alteração da capacidade psicomotora *por influência de álcool ou de substância psicoativa*. Mas **qual a influência de álcool necessária para causar uma alteração da capacidade psicomotora, ou qual a influência do consumo de psicotrópicos?**

O parágrafo 1º, inserido no artigo 306 pela Lei 12.760/12, disciplina as duas questões. No inciso I, estabelece como mínimo relevante para fins penais a concentração de álcool por litro de sangue superior a 6dg. Mantém, em resumo, a quantidade mencionada na anterior redação do *caput*, dada pela Lei 11.705/08. E o inciso II, em referência às substâncias psicoativas, dispõe que a conduta típica pode ser constatada por sinais indicativos da alteração da capacidade psicomotora, nos termos de regulamentação do CONTRAN.

E por fim, o parágrafo 2º do artigo 306, também com redação dada pela Lei 12.760/12, dispõe ser possível a verificação da alteração da capacidade psicomotora por todos os meios de provas em direito admitidas, dentre elas, especificamente, o exame clínico e a perícia, além de vídeos e testemunhas.

Em síntese, a nova redação do artigo 306 do Código de Trânsito estabelece ser típica a conduta de conduzir veículo automotor: **1º)** com a capacidade psicomotora alterada (*caput*), em razão de concentração de álcool por litro de sangue superior a 6dg (§1º, I), ou **2º)** com a capacidade psicomotora alterada (*caput*) em razão da utilização de substância psicoativa, conforme sinais indicativos nos termos da regulamentação do CONTRAN (§1º, II).





NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

No caso específico da embriaguez, portanto, a interpretação combinada do *caput* do artigo 306 com seus parágrafos 1º e 2º, indicam que **a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da prova da concentração alcoólica igual ou superior a 6dg (§ 1º, I), mas, além disso, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora (*caput*), na forma do disposto no parágrafo 2º, ou seja, por meio de exame clínico, de perícia, de vídeos ou de testemunhas.**

Assim, não mais basta a realização do exame do bafômetro. Realizado o teste e detectada concentração igual ou superior a 6dg de álcool por litro de sangue (ou 0,3mg de álcool por litro de ar) a conduta encontrará adequação típica apenas se constatada uma alteração (leia-se *redução*) da capacidade psicomotora, o que deverá ser comprovado por um dos meios de provas referidos no parágrafo 2º do próprio artigo 306 do Código de Trânsito. Constatada a concentração de álcool por litro de sangue inferior a 6dg, não há que se falar em conduta típica, independentemente da alteração ou não da capacidade psicomotora.

Enfim, a nova redação do tipo penal do artigo 306 da Lei 9503/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.760/12, estabelece uma nova elementar normativa, que, como tal, precisa estar devidamente comprovada. Em tese, pois, em relação aos fatos praticados sob a égide da redação antiga (Lei 11.705/08), trata-se de lei penal mais benigna. E como tal, tem aplicação retroativa.

Certo é que a aplicação da lei penal mais benigna deve ser verificada casuisticamente, com base nas circunstâncias de cada caso concreto, a fim de evitar situações contraditórias em que, pretendendo aplicar uma lei em tese mais benéfica, se acabe por agravar a situação do acusado. Também nesse ponto destaque o precedente do Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro (70053529715):



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

Ocorre que não se trata de raciocínio aritmético. A realidade dos fatos é complexa e não pode ser ignorada. Assim, para verificação da retroatividade ou não da lei, não deve ser realizado um mero juízo de incidência abstrata da norma, mas sim concreta, considerando as particularidades e peculiaridades de cada caso.

Se, em regra, a retroatividade de determinada lei seja benéfica, não significa, automaticamente, que em todos os casos o resultado seja o mesmo.

Destarte, não se pode prejudicar um réu, na individualidade, sob o fito de que a ele se aplica a “lei mais benéfica”, quando, materialmente, se realiza o revés. Deve-se operar uma interpretação sistemática e casuística.

Acerca do tema, vale colacionar lição de Cezar Roberto Bitencourt com referência a Luis Jiménez de Asúa:

(...)

Há, no entanto, situações difíceis de serem selecionadas. De acordo com a lição de Asúa, são inúteis regras casuísticas e abstratas sobre a lei mais benigna, pois o problema tem de se decidir em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação das várias leis. Somente o exame acurado de cada caso concreto poderá nos dar a solução, pois uma disposição aparentemente mais favorável ao agente pode ser, na realidade, mais severa.

No caso concreto, entendo deva retroagir a atual redação do artigo 306 da Lei 9503/97, pois mais benéfica ao réu. Isso porque não há nos autos nenhuma prova da alteração da capacidade psicomotora do réu.

Destaco, no ponto, que o acusado conduzia uma motocicleta quando foi abordado, veículo que, por suas características, afigura-se muito mais suscetível a alterações da capacidade psicomotora, se comparado com os automóveis.

Além disso, o único policial militar inquirido sob contraditório judicial afirmou, em juízo, que o réu conduzia sua motocicleta normalmente, tendo sido abordado em uma operação de rotina dos policiais. Não relatou, pois, nenhum indicativo de alteração da capacidade psicomotora. Ao contrário, frisou que o réu conduzia normalmente.



NJG  
Nº 70051305852  
2012/CRIME

Assim, não comprovada a alteração da capacidade psicomotora, no caso concreto, motivo pelo qual resulta impositiva a absolvição do réu.

Voto, pois, por dar provimento ao recurso, para absolver o réu com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

**DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI** - Presidente - Apelação Crime nº 70051305852, Comarca de Montenegro: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, PARA ABSOLVER O RÉU COM BASE NO ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: ANDRE LUIS DE AGUIAR TESHEINER