



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

**APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 306 DA LEI Nº 9.503/97. CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.**

**PREFACIAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. PRETENSÃO À REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.** Validade da comprovação da materialidade delitiva, por meio de teste realizado no bafômetro, instrumento válido para tal aferição, nos termos do art. 277 e 306, parágrafo único, do Código Penal e art. 2º do Decreto 6.488.

**MÉRITO.**

**TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO.** Perfeitamente demonstrado que o acusado conduziu veículo, na via pública, sob a influência de álcool em patamar superior ao permitido legalmente, não há falar em absolvição.

**APENAMENTO. PENA BASILAR. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO. DESACOLHIMENTO.**

Mostrando-se suficiente a dosimetria da pena privativa de liberdade, efetuada pelo douto togado da origem, a qual atende o binômio prevenção/repressão, princípio norteador da aplicação da pena. Nada há a reparar.

**PENA PROVISÓRIA. AGRAVANTE REINCIDÊNCIA. PRETENSÃO AO AFASTAMENTO.**

No caso em apreço, a consideração de antecedentes e da reincidência para aumentar a pena não se trata de *bis in idem*, conforme alegado pela defesa. Tal aplicação decorre da própria individualização da



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

pena e do princípio da isonomia, pois não pode o julgador atribuir o mesmo *quantum* de pena a um acusado que tenha diversas condenações anteriores e a outro que não registre nenhum antecedente. Precedentes dos Tribunais Superiores. Além disso, a questão não comporta maiores discussões, uma vez que pacificada a constitucionalidade da agravante da reincidência pela Corte Suprema em sede de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário.

**PENA DE MULTA. PLEITO DE REDUÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS. PEDIDO DE SUSPENSÃO.** Incabível o redimensionamento da pena de multa, já que a mesma guardou consonância e proporção à individualização do art. 59 do Código Penal. Eventuais dificuldades financeiras enfrentadas para o seu implemento deverão ser objeto de apreciação pelo Juízo das Execuções. Por fim, questões inerentes à suspensão, à isenção ou ao afastamento das custas processuais abrangem matéria a ser aferida também pelo Juízo da Execução Criminal.

**PRELIMINAR REJEITADA.**

**APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA.**

APELAÇÃO CRIME

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70047121801

COMARCA DE ENCANTADO

VALDENIR ADAO VIDAL

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar a preliminar suscitada, e em desprover o apelo defensivo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA CANOSA (PRESIDENTE E REVISOR) E DES.<sup>a</sup> LIZETE ANDREIS SEBEN.**

Porto Alegre, 08 de novembro de 2012.

**DR.<sup>a</sup> ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS,**  
Relatora.

## RELATÓRIO

**DR.<sup>a</sup> ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS (RELATORA)**



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Na Comarca de Encantado, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra **VALDENIR ADÃO VIDAL**, dando-o como incurso nas sanções do art. 306, "caput", da Lei nº 9.503/97.

Narra a denúncia:

*No dia 17 de abril de 2010, por volta das 22:30h, na Rua Napoleão Maioli n.º 135, Município de Roca Sales/RS, o denunciado VALDENIR ADÃO VIDAL conduzia veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue superior a 26,2 dg (vinte e seis decigramas e duas centigramas).*

*Na oportunidade, o denunciado conduzia o veículo Monza, de placas IHC 0687, quando foi abordado por policiais militares e submetido a exame por etilômetro (bafômetro), constatando-se que apresentava índice de 26,2 dg (vinte e seis decigramas e duas centigramas) de álcool por litro de sangue.*

A denúncia foi recebida em 06/07/2010 (fl. 42).

Citado (fl. 44v.), o acusado apresentou defesa escrita às fls. 45-7.

Durante a instrução foram inquiridas 2 testemunhas e interrogado o réu (fls. 55-60).

Apresentados memoriais pela acusação (fls. 69-71) e pela defesa (fls. 72-83).



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Sobreveio sentença (fls. 84-91v.), que julgou **PROCEDENTE** a denúncia para **CONDENAR VALDENIR ADÃO VIDAL**, como incurso nas sanções do art. 306, "caput", da Lei 9.503/97, às penas de 8 meses de detenção, a ser cumprida em regime semiaberto, substituída por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e de 10 dias-multa, com valor unitário equivalente a 1/30 do salário mínimo, bem como à suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor pelo prazo de 02 meses.

Intimados o Ministério Público (fl. 91) e o réu, pessoalmente (fl. 93v.).

Inconformado, apelou o réu (fl. 93v.). Em sua minuta recursal (fls. 96-112), preliminarmente, entende que não restou comprovada a materialidade delitiva, por falta de exame adequado para a comprovação da embriaguez. No mérito, sustenta que o conjunto de provas carreado aos autos não é suficiente para justificar um decreto condenatório, pugnando pela absolvição do réu. Sustenta, também, que o delito em questão é de perigo concreto indeterminado, e não de perigo abstrato. Por fim, pugna pelo redimensionamento da pena aplicada.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público às fls.  
113-6v..

Nesta instância, o Procurador de Justiça, Dr. Roberto Varalo  
Inácio, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 119-23).

É o relatório.

## VOTOS

### DR.<sup>a</sup> ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS (RELATORA)

Eminentes Desembargadores:

O presente apelo foi interposto pela defesa do réu **Valdenir Adão Vidal**, com o intuito de ver modificada a decisão proferida na origem, a qual o condenou pela prática do crime tipificado no art. 306, "caput", da Lei nº 9.503/97.

Examino.

**PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. PRETENSÃO À REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.**

Em prefacial, a defesa alega não haver nos autos prova da materialidade delitiva.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Segundo o texto legal vigente, para a tipificação do crime do art. 306 do Código de Trânsito, é imperiosa a comprovação de que o agente conduzia veículo automotor, em via pública, com pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue.

No caso dos autos, constatou-se que o acusado dirigia em condições impróprias (1,31mg por litro de ar ou 26,2dg de álcool por litro de sangue) mediante teste de bafômetro realizado (fl. 12), o qual constitui instrumento válido para tal aferição, nos termos do art. 277<sup>1</sup> e 306, parágrafo único<sup>2</sup>, do Código Penal e art. 2º do Decreto 6.488/2008<sup>3</sup>, sendo que neste último se encontra a equivalência entre o teste do bafômetro e o exame de sangue.

---

<sup>1</sup> 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](#))

<sup>2</sup> 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: ([Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008](#)) [Regulamento](#) (...) Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. ([Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008](#))

<sup>3</sup> 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.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Outro não é o entendimento desta Corte:

*“APELAÇÃO CRIME. DELITO DE DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. A COMPROVAÇÃO DA QUANTIDADE DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE PODE SER VALIDAMENTE AFERIDA POR APARELHO DE AR ALVEOLAR PULMONAR (ETILÔMETRO), FORTE NOS TERMOS DOS ARTIGOS 277, E 306, § ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, E DO ARTIGO 2º, DO DECRETO Nº 6.488/2008. DELITO DE MERA CONDUTA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. EMBORA EXTRAJUDICIAL, A ATENUANTE FOI RECONHECIDA PELO JUÍZO A QUO, INCLUSIVE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO, DEVENDO, PORTANTO, SER APLICADA. APELO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70036586113, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 30/11/2011)”.*

Além disso, impende referir que a Resolução de nº 206, de 20.10.2006 do CONTRAN, a qual regulamenta a fiscalização do medidor de alcoolemia (etilômetro), dispõe em seu art. 6º, incisos I e III, que o aparelho, além de aprovado pelo INMETRO, deve ser submetido à “verificação periódica anual”, realizada também pelo INMETRO ou pela RBMLQ.





RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Neste passo, não pode ser olvidado que, após inúmeras ações, envolvendo o tema em debate, o Departamento de Polícia Rodoviária Federal, 9ª Superintendência Regional/RS – Gabinete do Superintendente, oficiou à Presidência deste Tribunal (Ofício nº 5674/2011-NUAT), no sentido de solucionar os equívocos relativos às expressões “calibração” e “verificação” quanto aos aparelhos etilômetros, *in verbis*.

“(...)

2. Chegou ao nosso conhecimento, através de ofício da Promotoria de Justiça de Soledade, que em processos criminais de apuração do crime tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro estão sendo proferidas decisões de rejeição de denúncia e absolutórias, nas quais se considera não haver prova da materialidade delitiva.

3. Em tais decisões, se toma a data da ‘última calibração’ dos etilômetros de dotação do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, marca Intoximeters, modelo Alço-Sensor IV, constante nos relatórios dos exames realizados, como se fosse a da última verificação periódica do INMETRO, entendendo-se que teria havido o transcurso de mais de um ano sem que esta aferição tivesse ocorrido.

4. Nesses casos, ocorre confusão entre os termos ‘Calibração’ e ‘verificação’, que são conceitos totalmente distintos, de responsabilidade de instâncias diversas, somente o segundo procedimento sendo requisito regulamentar de validade do aparelho quando ao uso para fins de autuação por infração de trânsito.

5. O equipamento em questão trata-se de um etilômetro portátil, indicados da concentração de etanol pela análise do ar pulmonar profundo, tendo como princípio de funcionamento a geração



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

de uma corrente elétrica proporcional à concentração de etanol, através da oxidação das moléculas de etanol numa cédula eletroquímica.

6. Anualmente, em atenção ao disposto no artigo 6º, inciso III, da Resolução CONTRAN nº 206/06, o etilômetro é submetido a uma verificação do INMETRO. Sendo aprovado, o Instituto emite um certificado de verificação, com validade de um ano.

7. Este certificado acompanha o aparelho sempre que utiliza e está arquivado nesta Superintendência integrado o procedimento administrado decorrente da lavratura do auto de infração e podendo ser disponibilizado mediante solicitação do interessado. Os dados referentes à aferição, todavia não constam nos relatórios impressos após a realização dos testes.

8. Quando, eventualmente, o etilômetro é reprovado na verificação periódica do INMETRO, é encaminhado ao fabricante para que refaça sua calibração que é ajuste necessário à retomada dos parâmetros ideais de funcionamento. Os casos em que tal se demonstra necessário são, normalmente associados à ocorrência de quedas, danos ou panes que interfiram no funcionamento normal do equipamento.

9. Ausentes tais situações de anormalidade, dificilmente ocorrerá a reprovação na aferição metrológica anual, pois a cédula eletroquímica que compõe o aparelho mantém a calibração estável durante longo período de tempo.

10. Sendo regra a aprovação do Instituto, na maioria dos relatórios de teste consta uma data de calibração do etilômetro que é anterior em que foi realizada a última verificação metrológica anual. Esta, por sua vez, somente pode ser apurada mediante análise do respectivo certificado de verificação.

11. Em que pese exista rígido controle desta Superintendência sobre a certificação metrológica dos etilômetros, é importante ressaltar que o único requisito legal de regularidade desse método de apuração de embriaguez, previsto no artigo 277 do CTB, é a homologação do



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

equipamento pelo CONTRAN, que, no caso dos etilômetros Intoximeters/Alço-Sensor IV, ocorreu através da Portaria DENATRAN n.º 28/04.

12. A verificação periódica anual é requisito regulamentar, a ser observado pela autoridade de trânsito e seus agentes em seus procedimentos administrativos, cuja eventual ausência não implica, necessariamente, na sua nulidade. (...)."

Desta feita, sanadas as dúvidas quanto às terminologias, vislumbro, pois, que o aparelho em questão não apresenta **calibração**, ao que tudo indica, porque nunca precisou de "conserto", assim como não oferece **certificação**, pois provavelmente trata-se de aparelho que havia saído de fábrica e, por lógica, aprovado pelo INMETRO, não tendo decorrido o prazo de doze meses para a sua certificação (documentação juntada aos autos à fl. 117 – constando que a marca de verificação<sup>4</sup> foi fixada na parte superior do instrumento).

Desta forma, perfeitamente demonstrado que o acusado conduziu veículo, na via pública, sob a influência de álcool em patamar superior ao permitido legalmente, inviável o acolhimento do pleito defensivo de absolvição por ausência de materialidade.

Assim, **rejeito** a presente prefacial.

<sup>4</sup> (documento de fl. 117: Aparelho ARAD-0158 – data de emissão: 21/08/2009, prazo de validade da verificação: 19/08/2010, data do fato em questão: 17/04/2010).



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Superada a preliminar defensiva, passo à apreciação da irresignação defensiva quanto ao mérito.

**MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PERIGO DE DANO. TESE DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO.**

Da análise dos autos, verifico que a **materialidade** do crime vem demonstrada pela comunicação de ocorrência de fls. 09-11, teste de alcoolemia de fl. 12 e auto de prisão em flagrante de fl. 13.

A **autoria**, da mesma forma, é incontroversa.

Na espécie, a respeitável sentença hostilizada, com precisa e acertada fundamentação, culminou por outorgar a correta tutela jurisdicional que a causa reclamava.

Destarte, adoto como razões de decidir os argumentos da eminente Juíza de Direito *a quo*, Dra. **Juliane Pereira Lopes**, com o escopo de evitar desnecessária tautologia:

“Em relação à alegação de ausência de materialidade, não merece amparo, já que o extrato do etilômetro de folha 12 - aparelho



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

adequado para se verificar a embriaguez -, não deixa dúvidas acerca da existência do fato, além da prova testemunhal coligida, que reforça a confissão do réu.

Observo, ainda, que a prova pericial pretendida pela Defesa apenas se faz necessária quando o agente não aceita submeter-se ao teste do etilômetro, o que não é o caso dos autos.

De qualquer sorte, no caso dos autos, a prova técnica é suprida pela prova testemunhal e pela confissão do réu.

A respeito, colaciono o seguinte julgado:

APELAÇÃO-CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. **Mesmo diante da novel redação do art. 306 do CTB, dada pela Lei 11.705/2008, prescindível para caracterização do delito de embriaguez ao volante a realização da prova pericial, quando a prova testemunhal de forma segura e harmônica confirma que o réu apresentava sinais visíveis de embriaguez, corroborado pelo próprio depoimento do acusado que admite ter ingerido bebida alcoólica.** Precedente do STJ e desta Câmara. Assim, irretocável a solução condenatória. Apelo defensivo desprovido. (Apelação Crime Nº 70029906849, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 29/06/2010) – Grifei.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

APELAÇÃO. TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REGULARIDADE DA PROVA PERICIAL. CONFISSÃO. PENA. **1. Tendo o motorista se submetido, voluntariamente, ao teste do bafômetro, que apurou índice alcoólico de 0,77mg por litro de ar expelido dos pulmões, está devidamente comprovada a existência do crime.** A tese defensiva de que o bafômetro não teria sido zerado não encontra nenhum indício de veracidade nos autos, notadamente pela ausência de consignação desse fato por ocasião do teste. 2. Autoria suficientemente comprovada pela confissão do réu e pelos depoimentos uníssonos e coerentes dos policiais militares responsáveis pela abordagem. Veredicto condenatório mantido. 3. A sanção de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, tanto quanto a pena de multa, são cumulativas à pena privativa de liberdade, não sendo possível o afastamento de qualquer delas. Apenamento confirmado. PRELIMINAR REJEITADA RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70040390700, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 28/04/2011) – Grifei.

No que se refere à aferição do aparelho, observo que não há nenhuma prova nos autos de que ele estivesse desregulado ou irregular, o que não pode ser presumido.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Ainda, deve ser observado que o réu submeteu-se a dois testes com o aparelho, com intervalo de poucos minutos entre eles, sendo que ambos demonstraram quantia de álcool superior ao permitido em lei.

Assim, não há dúvidas da existência do fato.

No mesmo sentido, a autoria é inquestionável, na medida em que o próprio réu, ao ser ouvido em Juízo, admitiu a prática do delito, no que é corroborado pelas testemunhas, não havendo nenhum elemento em sentido contrário.

Valdemir Adão Vidal (fls. 58-60) confirmou a veracidade da acusação. Disse que na data do fato discutiu com sua esposa, então pegou o carro e saiu. Mencionou que tinha *tomado não sei quantas*, mas não andou na contra-mão como os policiais disseram, estacionando o carro normalmente quando foi abordado. Afirmou que tinha bebido muita cerveja. Referiu que começou a ingerir bebida alcoólica de tarde.

Assim, o próprio réu confessa que ingeriu grande dose de bebida alcoólica e saiu dirigindo seu veículo, no que é corroborado pelos policiais ouvidos.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

O Policial Militar Eduardo Buhl (fls. 55-56) relatou que estavam chegando na Brigada Militar quando avistaram um veículo Monza andando na contra-mão. Disse que foram atrás, sendo que o réu andou por mais duas quadras e voltou para sua mão de direção e estacionou, momento em que verificaram que ele estava embriagado. Acredita que o réu tenha causado risco a outras pessoas quando dirigiu na contra-mão. Informou que Valdenir se submeteu ao teste do etilômetro e além disso tinha sinais visíveis de embriaguez, estava cambaleando, com vestes desalinhadas, hálito etílico e olhos avermelhados. Referiu que o réu não ofereceu resistência e aceitou fazer o teste do bafômetro.

Ermedo Fussiger (fl. 57) informou que o réu foi apresentado na Delegacia à noite pela Brigada Militar, pois estava dirigindo um veículo Monza embriagado. Aduziu que o réu foi autuado em flagrante, sendo que ao teste apresentou índice acima de uma decigrama de álcool por litro de sangue. Narrou que além disso o réu apresentava *todos os sintomas de embriaguez possíveis*. Mencionou que o réu tinha bastante hálito etílico, estava transtornado, cambaleava, sendo que devia ter ingerido muita bebida alcoólica.

Assim, observa-se que as testemunhas referem que o réu tinha sinais acentuados de embriaguez, sendo que o teste de folha 12 não deixa dúvidas acerca da quantidade de álcool presente no sangue, que acusou a





RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

concentração de 26,2 decigramas de álcool por litro de sangue, quantidade superior ao limite permitido, que é de 6 decigramas.

Ademais, o próprio acusado admitiu que ingeriu muita bebida alcoólica, não resultando qualquer dúvida a respeito da materialidade, autoria e tipicidade do fato.

Saliento que a partir da vigência da Lei 11.705 de 19 de junho de 2008, que alterou o artigo 306 da Lei 9.503/97, o delito em análise passou a ser de perigo abstrato e não concreto como alega a defesa.

A reforçar o entendimento, colaciono o seguinte precedente do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. **Com o advento da Lei 11.705/2008, o delito de embriaguez ao volante passou a ser de perigo abstrato, e não mais concreto, sendo prescindível prova do perigo de dano potencial, bastando, tão-somente, como elemento objetivo de incidência da conduta delitiva, a aferição de quantidade certa de nível de álcool por litro de sangue.** Assim, não é caso de rejeição da denúncia. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70039512363, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 17/03/2011) – Grifei.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

De qualquer sorte, o policial Eduardo é categórico em afirmar que o réu conduziu seu veículo por duas quadras na contra-mão, evidenciando-se o perigo potencial a incolumidade de outrem. Em que pese a negativa do réu quanto a esta circunstância, observa-se que ele não estava em condições de recordar perfeitamente das suas ações, de forma que a palavra do policial deve se sobrepor.

Assim, estão presentes os elementos do tipo penal, razão pela qual se impõe a condenação do réu.

Ausente causas de exclusão da ilicitude.

O réu tinha condições de entender o caráter ilícito do fato e portar-se de acordo com esse entendimento”.

Acresço, ainda, que o caderno probatório coligido aos autos permite a formação de um seguro juízo de convicção condenatória, lembrando que, ao contrário do sustentado pela defesa, os depoimentos dos policiais militares foram corroborados, não só pelo teste de etilômetro realizado, conforme alhures mencionado, como também pela própria confissão do acusado.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Igualmente, não há qualquer elemento de convicção nos autos que permita concluir que os agentes policiais teriam interesse em prejudicar o réu, quando da realização do teste de bafômetro, até porque *"É de conhecimento público e notório, pois amplamente divulgado pela mídia, inclusive quando da alteração da redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que ninguém poderia ser compelido a realizar o "teste do bafômetro", diante do famoso brocardo jurídico "ninguém é obrigado a produzir prova contra si", que exsurge da alínea g do item 2 do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, cujo Brasil é signatário, assim como da interpretação extensiva dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, sobretudo os antevistos nos incisos LV, LVII e LXIII do art. 5º da Lei Maior. Não existe previsão legal determinando a presença de advogado para a submissão de motorista ao teste realizado com o etilômetro. No caso, foi assegurado ao réu a garantia dos princípios da ampla defesa e do 'nemo tenetur se detegere', assim como atendido o ordenamento jurídico pátrio. O denunciado, por sua livre eleição, optou por realizar o teste, talvez até por acreditar que a quantidade de álcool que ingeriu fosse inferior à máxima tolerada pela legislação, sendo vedado ao Estado interferir em sua autodeterminação. Nesse cenário, não vejo qualquer nulidade na colheita da prova em comento<sup>5</sup>".*

---

<sup>5</sup> TJRS - Apelação Crime Nº 70043025907, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 14/09/2011.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Desta forma, estreme de dúvida, que o réu, por ocasião dos fatos, conduziu o veículo automotor em estado de alcoolemia muito superior ao permissivo legal – seis decigramas por litro de sangue.

Outrossim, no que tange ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, enfatiza-se que este teve alterada a sua redação pela Lei nº 11.705/2008, de 19/06/2008, a qual retirou a necessidade de que a incolumidade de outrem seja exposta a dano potencial, transformando o referido delito em crime de perigo abstrato.

E, no caso em tela, quando da data do fato, a aludida lei já estava em vigor; assim, não há falar em absolvição pela necessidade de demonstração de perigo concreto.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

*"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**



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

*lesiva de sua conduta.* (STJ, HC 140.074/DF, 5.<sup>a</sup> 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 inoccorrência 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 inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal' (STF, HC 94.592/SP, 2.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 02/04/2009).

4. Habeas corpus denegado. (HC 175.385/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)'.  
'

## DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE

### REDIMENSIONAMENTO.

Caso mantida a condenação, a defesa pugna pelo redimensionamento da pena aplicada.

O afastamento da **pena basilar** justifica-se pelo fato de que uma elementar do art. 59 do Código Penal foi considerada negativa, qual seja, os maus antecedentes (fl. 28 - proc. **044/2.08.0001767-8** – fato de maio de 2008, transitado em julgado em 26.05.2011 – sentença condenatória do feito em questão proferida em 01/06/2011).



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Sobre o tema em questão, a jurisprudência do STJ:

*"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.015/2009). DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DO AGENTE.*

*I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).*

*II - In casu, verifica-se que, quanto à culpabilidade do paciente, a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.*

*III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).*

**IV - Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal em destaque, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem, à toda evidência, para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes ou conduta social.**



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

*Habeas corpus concedido a fim de fixar a pena definitiva em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. (HC 162.338/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 20/09/2010)".*

Outro não é o entendimento da Corte Suprema:

*"DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU NO CURSO DA AÇÃO A QUE ORA RESPONDE O PACIENTE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, uma vez que o trânsito em julgado da condenação por fatos anteriores ocorreu no curso da ação a que ora responde, tal fato caracteriza maus antecedentes e permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal. II - Recurso desprovido.*

*(RE 608718 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 23/03/2011, DJe-068 DIVULG 08-04-2011 PUBLIC 11-04-2011 EMENT VOL-02500-02 PP-00410)".*



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Neste contexto, vale lembrar, que basta a existência de uma circunstância judicial negativa para que a pena-base já não mais pudesse ser fixada no mínimo legal.

Desta forma, a análise feita pelo Juízo *a quo* das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a meu ver, foi bem sopesada, mantendo a pena-base distanciamento do piso legal em sintonia com a baliza reputada desfavorável na operação dosimétrica.

A Corte Suprema já assentou que *"o Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo"* (HC 76196, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 15-12-2000 PP-00062 EMENT VOL-02016-03 PP-00448).

Enfatizo, neste norte, que nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, a fixação da pena *"trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo*





RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

*legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)".<sup>6</sup>*

E, neste diapasão, tendo em vista que a aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do magistrado, respeitados os limites legais impostos, bem como a razoabilidade, mostrando-se a pena ora atacada necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, não deve ela ser redimensionada.

Ainda, pretende o apelante ver afastado do apenamento a circunstância **agravante da reincidência**, por entender inconstitucional.

Melhor sorte, entretanto, não lhe assiste, já que dita circunstância efetivamente pode ser valorada em desfavor do réu; caso contrário, não se encontraria inculpada no artigo 61, inciso I do Código Penal. Esta consideração decorre da própria individualização da pena e do princípio da isonomia, pois não pode o julgador atribuir o mesmo

---

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 393.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

*quantum* de pena a um acusado que tenha diversas condenações anteriores e a outro que não registre nenhum antecedente<sup>7</sup>.

Ao contrário da inteligência defensiva, a agravante da reincidência não se trata de nova punição pelo delito cometido anteriormente (proc. nº **005/2.07.0002778-1** – fl. 27), ou *bis in idem*, mas sim de um aumento da pena no novo delito.

Sobre o tema:

“O raciocínio seria o seguinte: se já pagou pelo delito de furto, quando for condenado por roubo, o juiz não poderia elevar a pena deste último delito, com base no crime anterior de furto. O referido aumento constituiria a punição *dupla*. A ideia, em nosso entendimento, peca pela simplicidade. O sistema de fixação de penas obedece a outro preceito constitucional, merecedor de integração com os demais princípios penais, que é a individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Não haverá pena padronizada. Cada ser humano deve valer por si mesmo, detentor de qualidades e defeitos, ponderados, quando espalhados num cenário criminoso, pelo julgador de modo particularizado. Logo, no exemplo acima, Fulano não está recebendo *nova punição* pelo seu anterior furto. Ao contrário, a pena do seu mais recente crime – o roubo – comporta gradação e o magistrado nada mais

---

<sup>7</sup> Neste sentido: HC 213.777/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012; RHC 110727, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012; HC 96046, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

faz do que considerar o fato de Fulano, já tendo sido apenado pelo Estado, tornar a delinquir, desafiando a ordem pública e as leis vigentes. Demonstra persistência e rebeldia inaceitáveis para quem pretenda viver em sociedade. Destarte, sofre uma punição mais severa, *dentro da faixa* prevista para o roubo.”<sup>8</sup>

E mais: a alegada inconstitucionalidade não comporta maiores discussões, uma vez que já dirimida a questão pela Corte Suprema em sede de Repercussão Geral em Recurso Extraordinário:

*RECURSO. Extraordinário. Reincidência. Decisão que afastou a aplicação da circunstância agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal. Questão da recepção da norma pela Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de recepção, pela Constituição da República, do art. 61, I, do Código Penal.*

*(RE 591563 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 02/10/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-11 PP-02114).*

Dessa forma, não prosperam os argumentos aventados pela defesa para afastar a agravante da reincidência.

---

<sup>8</sup> Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10.ed. São Paulo: RT, 2010. p. 434.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Em relação à **pena de multa**, tenho que os dias-multa devem ser fixados levando em conta a análise das circunstâncias judiciais da pena e, *in casu*, sendo uma desfavorável, resta inviabilizado o pleito de redução para o mínimo legal previsto, à medida que multa fixada guardou consonância e proporção com a individualização do art. 59 do Código Penal.

Contudo, eventuais dificuldades financeiras enfrentadas para o implemento da reprimenda poderão ser objeto de apreciação pelo Juízo das Execuções.

Por fim, no que tange ao pedido de **suspensão/isenção das custas processuais**, inclino-me ao entendimento deste órgão fracionário, no sentido de que *somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para se aferir a real situação financeira do condenado, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação. (passagem da ementa do REsp 842393/RS, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 20/03/2007)*<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Apelação Crime Nº 70032552150, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 11/08/2011.



RROM  
Nº 70047121801  
2012/CRIME

Feitas estas considerações, deve ser mantida a condenação emitida em primeiro grau.

Assim, **rejeito a preliminar** suscitada e voto pelo **desprovemento** do apelo defensivo.

**DES. MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA CANOSA (PRESIDENTE E REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.<sup>a</sup> LIZETE ANDREIS SEBEN** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA CANOSA** - Presidente - Apelação Crime nº 70047121801, Comarca de Encantado: "À UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA E DESPROVERAM O APELO DEFENSIVO."

Julgador(a) de 1º Grau: JULIANE PEREIRA LOPES