

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

1ª Turma Criminal

19/11/2008

18:54:37

1558



O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, por seus órgãos infra-assinados, nos autos de *Habeas Corpus* nº 2008 00 2 009130-0, com fundamento no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, arts. 541 e segts. do CPC e arts. 26 e segs. da Lei 8.038/90, vem interpor o presente

RECURSO ESPECIAL

por não se conformar com o v. acórdão de fls. 80/99, o qual contraria os arts. 43, I, e 157, do Código de Processo Penal e 306 do CTB. Requer seja o presente recurso recebido e, após o devido procedimento legal, admitido, com a subsequente remessa dos autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde certamente será reformado o v. acórdão impugnado, na conformidade das razões em anexo.

P. Deferimento.

Brasília, 19 de novembro de 2008.


JOSÉ ERMO REIS SOUB
Procurador de Justiça



RECURSO ESPECIAL
NO HABEAS CORPUS nº 2008 00 2 009130-0
(1ª Turma Criminal)
(RAZÕES)

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RECORRIDO : EDSON LUIZ FERREIRA

C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - RESUMO DA CAUSA

Edson Luiz Ferreira foi denunciado pelo crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. A inicial foi recebida, ensejando a impetração do *writ* perante a e. Corte local.

Alegou-se que o paciente foi autuado e preso em flagrante, em 03 de abril de 2008, pois conduzia veículo automotor, em via pública, sob a influência de álcool. No local, todavia, não havia um bafômetro, razão pela qual, diante da alegação de que se encontrava com sinais de embriaguez, conduziram-no até o IML, onde atestaram encontrar-se embriagado.



Sustentou-se, em síntese, que com a nova redação dada ao artigo 306 do CTB pela L. n. 11.705/08, passou a ser necessária, para a caracterização do crime de embriaguez ao volante, a constatação de que o motorista dirigia com concentração de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, a qual “ na nova sistemática, é absolutamente indispensável que o acusado tenha se submetido a exame laboratorial ou ao teste do bafômetro (sobrevindo o resultado positivo) para que se preencha a seguinte elementar do tipo penal: a verificação de embriaguez”, o que tornou atípica a conduta do paciente, porquanto não se submeteu a qualquer desses dois exames. Por conseguinte, sendo a lei nova mais benéfica ao infrator, deve retroagir para alcançar situações pretéritas.

Com a tese de que houve *abolitio criminis* e superveniente atipicidade da conduta, pediu a concessão da ordem para trancar a ação penal.

Após manifestação do representante do Ministério Público pela denegação, a ordem, contudo, foi concedida em decisão ementada nos seguintes termos:

“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. Simple exame clínico poderia perfeitamente atender à exigência do tipo.

II. A Lei 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 6.488 de 19.06.08).

III. A prova técnica é indispensável e só pode ser aferida com o uso do chamado “bafômetro” ou com o 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. Dado provimento ao recurso.” (fls. 159).

Daí este apelo, onde o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, inconformado, suscita contrariedade aos arts. 43, I, e 157, do Código de Processo Penal e 306 do CTB.

II - TEMPESTIVIDADE E ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi intimado em 07 de novembro de 2008 (fls. 103), encerrando-se o prazo legal no dia 19 de novembro. Tempestiva, pois, a irresignação protocolizada nesta data.

O recurso especial impugna pronunciamento de Corte local proferido em última instância, do qual não mais cabe recurso ordinário.

O tema em debate encerra matéria estritamente jurídica e prequestionada. A salvo, portanto, dos óbices das Súmulas 7/STJ e 252/STF.

Não se faz necessário o reexame de prova, pois é a partir das premissas fixadas pela v. decisão vergastada que é posta a tese recursal.

Por outro lado, é certo que o e. Tribunal *a quo* debateu a questão, externando o entendimento contra o qual se insurge o recorrente. Satisfeito, assim, de modo efetivo, o requisito do **prequestionamento**.



A necessidade e a utilidade do recurso especial resultam não apenas da sucumbência, mas da relevância da matéria, uma vez que a orientação adotada no aresto impugnado repercute em numerosos casos análogos ao presente.

Nesses termos, satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, o recurso especial reclama seguimento.

III - CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL: CF, art. 105, inc. III, alínea "a".

— Contrariedade aos arts. 43, I, e 157, do Código de Processo Penal e 306 do CTB.

A pretensão mandamental objetivava trancar ação penal, na qual o paciente respondia pela prática do crime positivado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (L. n. 9.503/97), tendo em vista sua autuação em flagrante conduzindo veículo automotor sob influência de álcool. Asseverou-se que a legislação atual (Lei nº 11.705/08) inseriu na tipificação formal, como elementar do tipo, a exigência da prova de concentração alcoólica de 6 (seis) decigramas ou mais, por litro de sangue. O e. TJDFT acolheu pleito e reconheceu a atipicidade da conduta descrita na inicial. É do voto (fls. 160/161):

“Meditei sobre o tema, tanto que em outro processo reajustei o voto. Segundo relato quase unânime dos profissionais de saúde, embora o exame clínico seja apto a comprovar a embriaguez, só os exames de sangue ou ar expelido pelos pulmões podem determinar se foi ultrapassado o limite legal, pois há pessoas com maior resistência ao álcool do que outras. Assim, só as sanções administrativas do artigo 165 do Código de Trânsito poderão ser impostas quando a embriaguez não for aferida segundo a nova legislação. Temos uma distinção entre a infração de trânsito e infração criminal, embora a reforma legislativa alcance as raias do absurdo ao permitir que a última fique na dependência da vontade do infrator. Mas também não posso deixar de consignar que a solução administrativa permanece, e é bastante rigorosa.”



Evolui no entendimento pelos fundamentos esposados na decisão que deferiu a liminar, verbis:

'Habeas com pedido de liminar para que seja trancada ação penal em curso contra Edson Luiz Ferreira, por falta de justa causa, já que lei superveniente tornou atípica a conduta atribuída ao paciente.

Argumentam que, após a lei 11705/08, para configuração do delito de embriaguez ao volante passou a elementar do tipo a constatação da concentração mínima de álcool por litro de sangue, de seis decigramas, ou três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões. O exame clínico do IML, que constata aparência de embriaguez, não pode suprir o exame de sangue ou o realizado por etilômetro, vulgarmente conhecido como bafômetro.

Articula a retroatividade da lei nova mais benéfica e pretende liminar em face da proximidade do interrogatório, designado para o dia 05 de agosto próximo, ocasião em que oportunizada a aceitação de proposta de suspensão condicional do processo, o que consolidaria o constrangimento.

Com efeito, embora a matéria ainda não esteja pacificada no âmbito da 1ª Turma Criminal, o Des. Mario Machado tem reiteradamente decidido no mesmo sentido de impetração, ou seja, que a lei nova, que pretendeu ser mais rígida e estabelecer alcoolemia zero, acabou por beneficiar alguns. Ao exigir prova da concentração de álcool teria afastado a disciplina anterior, que admitia que como prova da embriaguez os notórios sinais de consumo de bebida alcoólica.

A nova redação do art. 306 do Código de Trânsito indica a fumaça do bom direito, embora vá de encontro ao princípio da razoabilidade. Só na letra "b" do artigo pode ser admitida a prova que foi produzida nos autos, pelo IML, e constatou que o paciente encontrava-se clinicamente embriagado.

Quanto ao perigo na demora, reside na proximidade da data da audiência. As pautas da Varas Criminais, sempre congestionadas por processos de réus presos, não permitem que continue marcada audiência sem a certeza de que dela haverá resultado útil. Estariam feridos os princípios tão caros da economia e celeridade processuais. (...)'

De fato, a antiga redação do art. 306 do CTB exigia apenas que o motorista estivesse sob a influência de álcool, sem indicar quantidade específica. O simples exame clínico poderia perfeitamente atender à exigência do tipo penal. No entanto, com o advento da Lei 11.705 de 19 de junho, o legislador incluiu na redação do artigo a 'concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas' ou 'três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos



pulmões' (Art. 2º do Decreto 6.488 de 19.06.08). Como asseverou o Des. Mario Machado no **habeas corpus** já citado, 'se a lei exige que o crime se caracterize a partir da constatação de que a pessoa está dirigindo com uma concentração tal de álcool por litro de sangue, é indispensável prova técnica afirmando isso. Essa prova técnica só pode ser obtida por dois modos, hoje, ou com o uso do chamado *basfômetro* ou com o exame de dosagem etílica'.

Na hipótese, há exame clínico realizado pelo IML à fl. 50 que, embora conclua que o paciente estava 'clínicamente embrigado' só é suficiente para indicar a embriaguez para fins administrativos, não para fins criminais. O crime exige prévia tipificação, ou seja, exige que a situação esteja perfeitamente definida na lei e a dosagem agora é elementar, o que não previsto anteriormente.

(...)

É se a lei nova é mais favorável, retroage para tornar a conduta do paciente atípica. Não há prova técnica que constate a concentração de álcool por litro de sangue e o laudo pericial que levou ao oferecimento da denúncia é insuficiente. Nem se diga que o teor alcoólico poderia ser comprovado no curso da ação penal porque a elementar não está descrita na inicial. É o preço que se paga por viver num Estado Democrático de Direito, que deve respeito irrestrito ao sistema jurídico normativo. Ausente a justa causa, concedo a ordem para trancar a ação penal iniciada contra o paciente."

Percebe-se, pois, que, há, nem a decisão o nega, situação que, **em tese e a princípio**, se amolda ao tipo em questão. O fato – condução de veículo automotor sob influência de álcool – foi descrito e, evidentemente, **constitui crime**. Em tal contexto, cogitar-se em rejeição da peça acusatória atenta, **flagrantemente**, contra o comando legal insculpido no **art. 43, I, do CPP**.

Trata-se, a toda evidência, de hígida denúncia. 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. Ilegal, ademais, sujeitar a persecução estatal à **vontade** do acusado em se submeter ao exame de teor de alcoólico. Isso, **mesmo em se tratando da exigência de uma quantidade mínima de concentração alcoólica no sangue do réu**.



O entendimento exposto na origem, por certo, encerra flagrante **negativa de vigência ao artigo 306 do CTB**, na medida em que indevidamente afastou o artigo da sua órbita de regência. Sobre o tema, a sempre precisa lição de Procurador de Justiça Rogério Schietti Machado Cruz (HABEAS CORPUS n.º 9671-6, TJDF/T):

“Repete-se a rotina nos últimos anos: produções legislativas repletas de imperfeições obrigam os intérpretes e aplicadores do Direito a um cansativo esforço para compreender o alcance e o significado preciso da norma.

A bola da vez é o artigo 306 da Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, cujo comando normativo passou a apresentar-se da seguinte forma:

“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.”

Diferentemente do que dizia a lei anterior, que não se referia a qualquer quantidade de concentração de álcool no sangue (dizia apenas que era crime “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”), agora, conquanto mantida a mesma pena, prevê-se que o condutor do automóvel deve estar com taxa igual ou superior a 6 decigramas de álcool no sangue para ser considerado infrator penal.

Em que pese a dubiedade desse novo texto, entende o Ministério Público que o motorista que estiver dirigindo em condições de notória embriaguez poderá ser autuado em flagrante, processado e punido, mesmo quando não utilizado, por qualquer motivo, o etilômetro (bafômetro) ou o teste de alcoolemia.

Para tanto, o necessário labor hermenêutico há de tomar, como premissa aceita, a clara idéia de que o legislador pretendeu tornar ainda mais rigorosa a vedação à condução de veículo automotor sob a influência de álcool.

Na interpretação de qualquer texto normativo é preciso ir além da sua mera literalidade. Não basta, como alerta GUSTAVO ZAGREBELSKY, atestar sua validade lógica; é necessária uma validade prática, que atenda ao significado da norma para a sua justa aplicação ao caso concreto.

“As conseqüências práticas do direito não são em modo algum um aspecto posterior, independente e carente de influência sobre o próprio direito, senão um elemento qualificativo do mesmo. (...) Não basta considerar o ‘direito dos livros’, é preciso ter em conta o ‘direito em ação’; não basta uma validade lógica, é necessária uma validade prática” (grifamos)¹

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997, p. 122.



Em linha de pensamento similar, CHAÏM PERELMAN aduz:

“Com efeito, se o Direito é encarado sob seu aspecto teleológico, ou seja, como um meio visando a um fim que deve ser realizado no seio de uma sociedade em mutação, ele não pode ser indiferente às conseqüências de sua aplicação.”²

No caso do Código de Trânsito Brasileiro, as imperfeições são inúmeras, mas nem por isso se há de rejeitar sua validade prática e a necessidade de esforçar-se o profissional do Direito para dar-lhe a máxima efetividade, diante do quadro trágico e vergonhoso tão amiúde noticiado.³

O fato é que em diversas passagens da legislação de trânsito, nomeadamente com as recentes reformas no CTB, transparece, com clareza cristalina, o intuito do legislador de tornar mais rigorosas as normas de trânsito, sobretudo no que diz respeito à indesejável combinação entre condução de veículo automotor e ingestão de bebida alcoólica.

Senão vejamos.

Logo no artigo 1º da Lei n. 11.705/08, o legislador deixa claro seu propósito:

Art. 1º. Esta Lei altera dispositivos da Lei 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 de álcool (...)

Por sua vez, o artigo 7º da mesma lei altera a L. n. 9.294/96, acrescentando o seguinte dispositivo:

‘Art. 4.º-A. Na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de forma legível e ostensiva de que é crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção.’ (grifo nosso).

Além disso, o art. 5.º, V, da L. 11.705/08 manda aplicar aos crimes de trânsito os dispositivos penais da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), “exceto se o agente estiver: I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância”... (grifo nosso).

Como se não bastasse a clareza desses preceitos da nova lei, é notório que o legislador respondeu à apreensão generalizada da população quanto ao grande número de mortes causadas em acidentes de trânsito, uma boa parte, saliente-se, causados porque o motorista estava embriagado.”

² PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 422 - grifamos

³ Segundo reportagem publicada na Revista Época, edição de 4 de julho último, no ano passado mais de 36 mil pessoas perderam a vida no trânsito brasileiro, número que supera três vezes e meia o número de mortes do trânsito nos EUA. Essa média de 98 mortos diários do asfalto brasileiro cresce em média 4,3% ao ano, com custos financeiros e sociais elevadíssimos. O semanário informa também que um estudo realizado em 2005 pela toxicologista Vilma Leyton, por quase três décadas perita criminal do IML de São Paulo, concluiu que dos 3.042 cadáveres examinados nesse ano no Estado de São Paulo, vítimas do trânsito, 44% deles acusava a presença de álcool no sangue.



Por outro lado, não há que se falar, aqui, em lei nova mais benéfica.

A inclusão, efetivada pela Lei nº 11.705/08 ao artigo 306 do CTB, de concentração equivalente a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, não significa, de forma alguma, abrandamento da norma penal. Cria, na realidade, apenas maior dificuldade para comprovação fática daquilo que se contém na denúncia. Afinal, afigura-se legítima a recusa do suspeito a soprar o etilômetro ou a fornecer sangue para a alcoolemia. Legítima, é verdade, mas, em hipótese alguma, condicionadora da atuação punitiva estatal. Aqui, novamente, a irresponsável argumentação de Schiatti (*op. cit.*):

“Notícia-se precedente deste E. TJDF/T, em outro writ, onde se teria reconhecido que as alterações promovidas pela L. n. 11.705/92 no Código de Trânsito Brasileiro seriam mais benéficas aos que violarem o seu artigo 306, porque passou-se a exigir, como elemento objetivo do tipo penal, a comprovação da concentração de álcool no sangue do conjecturado infrator em patamar igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue.

Com isso – argumenta-se – somente por meio de exame de alcoolemia (coleta de sangue) ou de etilômetro (bafômetro), será possível ter como praticada a conduta descrita no tipo penal referido, não o suprimindo o exame clínico, mesmo realizado por perito-médico, haja vista a impossibilidade de determinar-se a concentração de álcool no sangue do examinando.

Logo, se o motorista flagrado em uma blitz apresentar sinais de embriaguez, mas recusar-se a soprar o bafômetro ou a fornecer amostra de sangue para o agente de trânsito ou mesmo para o médico – recusa lícita e sem conseqüências penais, em face do princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova em seu desfavor (nemo tenetur se detegere) – ainda que seja conduzido à presença de um médico-legista, o máximo que poderá ocorrer, de acordo com os que sustentam a imprescindibilidade do uso da referida tecnologia, será sua autuação por infração administrativa. Isso porque o médico irá certificar, pelo exame clínico, que o motorista apresenta sinais de embriaguez, mas não poderá dizer qual o grau preciso de álcool em seu sangue.

Ora – complementam os que desenvolvem semelhante raciocínio – se para a infração administrativa basta a comprovação de que o motorista conduzia veículo automotor, em via pública, “sob influência de álcool” (art. 165 do CTB), para a



infração penal será mister demonstrar que tal comportamento ocorreu estando ele “com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas” (art. 306 do CTB).

Em resumo, equivale tal raciocínio a dizer e a sustentar que motoristas que dirigirem sob influência de álcool, mesmo quando se apresentarem visível e completamente bêbados, cambaleantes, com a voz dificultada, excitados ou deprimidos, com os olhos vermelhos e hálito etílico etc, não poderão ser presos em flagrante, e muito menos ser processados criminalmente se não concordarem em submeter-se ao bafômetro ou a fornecer amostra de sangue para o competente exame.

Para piorar esse quadro de anomia – com o retorno, ou até mesmo a elevação, dos anteriores já referidos índices de mortes produzidas no trânsito, boa parte delas por motoristas embriagados – antevê-se uma avalanche de Habeas Corpus com o propósito de trancar inquéritos e ações penais, ou mesmo para desconstituir condenações, tendo em vista a conjecturada maior benevolência da lei nova, a reclamar a incidência do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Com a vênua dos que assim pensam, nada nos parece mais contrário à lógica e ao bom-senso.

NELSON HUNGRIA, em seus festejados Comentários, dizia:

“É intolerável e não se compreende que fique impune o indivíduo que, perversamente ou por egoísmo ou temeridade, cria uma situação de grave perigo a outrem, embora sem querer a eventualidade de um dano efetivo. A injusta ameaça concreta à existência ou incolumidade individual é uma restrição a estes indeclináveis interesses humanos e deve, portanto, pela gravidade do seu caráter antijurídico, ingressar na órbita do ilícito penal”.⁴ - grifamos

Não houve, na verdade, edição de lei mais benevolente ao motorista que dirige sob a influência de álcool. Quando muito se poderá dizer que a prova de sua embriaguez será mais trabalhosa, mas isso diz respeito ao ônus da prova, i.e., a tema relativo ao direito processual penal.

A conduta é punida com exatamente a mesma pena (detenção de 6 meses a 3 anos, além de multa e suspensão ou proibição de se obter permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor). Não há criação de condicionamento à ação penal ou mesmo ao flagrante, não há causa de extinção de punibilidade e não há qualquer melhoramento na situação penal do infrator.

⁴ HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 6ª. Ed., v. V, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 417.



Na realidade, a lei é mais rigorosa. Por que? Porque o art. 5.º, V, da L. 11.705/08, ao dar nova redação ao artigo 291 do CTB, manda aplicar aos crimes de trânsito os dispositivos penais da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), permitindo tanto a composição civil quanto a penal (artigos 74 e 76). Porém, fez ressalva, logo no inciso I do § 1º do artigo 291, quando o agente estiver “sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

Logo, se o motorista flagrado na condução de veículo automotor sob influência de álcool não pode mais ser beneficiário de uma proposta de conciliação civil ou, mas ainda, a uma transação penal, é incontestável que a lei nova é mais severa e prejudicial aos seus interesses, visto que não poderá evitar a instauração de um processo criminal e a eventual prolação de uma sentença condenatória, com todos os seus consectários legais e morais.”

Cumprе, ainda, trazer a decisão proferida no Habeas n.º 9671-6, do próprio TJDF, na qual consta a manifestação ministerial transcrita, *in verbis*:

“PENAL. PRETENSÃO AO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL CONDUZIR VEÍCULO SOB EFEITO DE ÁLCOOL. FATO OCORRIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.705/08. EMBRIAGUEZ CONSTATADA EM LAUDO IDÔNEO, SUBSCRITO POR PERITOS OFICIAIS. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO.

1. O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do writ, apesar de perfeitamente possível, é tido como medida de caráter excepcional e somente se apresenta viável quando se comprove, de plano, logo na petição inicial e de forma estreme de dúvidas: a) a atipicidade da conduta; b) a incidência de causa de extinção da punibilidade; c) ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. Preso e autuado em flagrante, por conduzir veículo em via pública, em estado de embriaguez, conforme constatado em exame médico elaborado por peritos oficiais, incide o condutor do veículo, em tese, nas penas cominadas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, vigente à época do fato. 3. A nova redação do art. 306 do mesmo diploma legal não impede o prosseguimento da ação penal iniciada quando ainda não em vigor a nova redação. 4. Ordem conhecida e denegada.”

Extrai-se do corpo do v. Acórdão:



"Pretender o trancamento de uma ação penal corretamente iniciada, com veementes indícios de autoria e prova da existência da conduta incriminada é abrir as portas à impunidade através de filigranas jurídicas, data vênua dos que pensam de forma diversa.

Mas não é só isso.

Na época dos fatos, em vigor o art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, in verbis:

"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.

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos".

Tenho invencível dificuldade em vislumbrar ou conjecturar atipicidade em situações como à dos autos, diante da presença de todos os elementos normativos da conduta penal incriminadora e incriminada.

Noutra perspectiva, a norma penal é composta de dois preceitos: o primário que descreve a conduta e o secundário, que comina pena ao delito.

A nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro prescreve, verbis:

"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)

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. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)".

O art. 165, por seu turno, também de acordo com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.705/08, dispõe, verbis:

"Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)



Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277".

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)".

Teria a nova lei deixado de incriminar a conduta de dirigir sob a influência de álcool? Seria tão estulto, néscio, enfim o legislador, contrariando seus propósitos por toda sociedade conhecidos?

O legislador, não raras vezes, não prima pela tecnicidade cabendo, aos aplicadores da lei, num processo de interpretação teleológica, aplicar a lei ao caso concreto, evitando a interpretação meramente léxica ou gramatical, que pode levar ao absurdo.

Mas não é só isso: onde seria a nova lei mais benéfica se o preceito secundário da norma é o mesmo?

Seria mais benéfica por exigir um exame do qual ninguém tem obrigação de se submeter? Seria uma lei, data vênica da expressão, do faz de conta?

Quer seja pela antiga redação do art. 306 quer seja pela atual o fato é que conduzir sob efeito de álcool é crime e não enxergo, na nova redação da lei, qualquer descriminalização da conduta.

O trancamento desta ação penal seria impedir o Estado de exercer sua pretensão punitiva de forma prematura; assim como todo acusado tem o direito de exercer o seu amplo direito de defesa, o outro prato da balança também tem o direito de exercer o seu poder-dever de deduzir pretensão punitiva àqueles que violam as normas de convivência social, máxime quando a conduta encontra-se perfeitamente descrita em lei, não se constituindo nenhum abuso ou absurdo."

Por fim, há prova técnica de que o réu se encontrava embriagado.

Isso é reconhecido pela própria decisão vergastada, quando assevera "nesse caso há até um gravame maior em exame, porque há a afirmação de exame clínico, dizendo que esse paciente, no momento de sua detenção ou abordagem pela polícia, apresentava manifesta sintomatologia de embriaguez".



Percebe-se, pois, a presença de elemento cognitivo que dá suporte à denúncia e que pode, efetivamente, ser **robustecido** durante a instrução criminal. Negar essa prova técnica sob o argumento de que outra, mais específica, é necessária para tipificar o ilícito ofende o Princípio da Persuasão Racional (**art. 157 do CPP**). Em nosso sistema processual penal **não há hierarquia entre provas**.

Nessa senda, afigura-se perfeitamente possível a comprovação do estado de embriaguez por outro meio idôneo. No caso, o já realizado exame clínico por perito-médico, que, com métodos cientificamente comprovados e com o uso das regras de experiência, pode atestar, com segurança, se o examinando encontra-se com concentração de álcool no sangue superior ao indicado na lei penal. Tal prova pode, ainda, ser complementada por testemunhos que afirmem, *v.g.*, aparentar estar o motorista visível e completamente bêbado, cambaleante, com a voz dificultada, excitados ou deprimidos, com os olhos vermelhos, hálito etílico etc.

Segundo o renomado autor J. Figueiredo Dias (*in* “Direito Processual Penal”, ps. 202/203, 1974, Coimbra Editora), “*O princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida.*”

Nesse ponto, aliás, imperioso colacionar o judicioso voto do Des. Edson Alfredo Smaniotto que, corroborando a argumentação ministerial, vai além, ao sustentar a mudança no exercício interpretativo da *novatio legis*, fls. 87/92:

“A lei que estamos considerando hoje, eminente Relatora, por certo poderia merecer uma redação mais preciosa, mais atenta. Mas o Poder Judiciário tem, neste momento histórico da sociedade, o grave dever de atender os fins sociais a que a norma se destina. E a norma tem como destinação a tutela maior da



Constituição Federal, que é a proteção à vida, tantas delas perdidas na direção de pessoas alcoolizadas.

Por isso, eminente Presidente, é que, com a devida vênia, não fico na interpretação literal: 6 decigramas (dg). É um indicativo da lei, mas entendo como indicativo mínimo, porque é fruto de uma pesquisa médica que conclui que até 6 dg de concentração alcoólica, por litro de sangue, não há a exteriorização da embriaguez, e até aquela quantidade de concentração não haverá nenhuma perda de reflexo na direção do veículo. A partir daí, a sintomatologia começa a se evidenciar.

Parece-me, eminente Presidente, que devemos usar não a interpretação gramatical, não a interpretação pura e simples do texto. Devemos buscar a interpretação teleológica, ou seja, a ratio legis, o porquê da lei. A lei não quer que dirijamos embriagados; a lei não quer que dirijamos com os nossos reflexos turvos; a lei não quer que o motorista dirija pondo em risco vida de pessoas.

Ora, se independentemente da existência de laudo, e nesse caso há até um gravame maior em exame, porque há a afirmação de exame clínico, dizendo que esse paciente, no momento de sua detenção ou abordagem pela polícia, apresentava manifesta sintomatologia de embriaguez, com a devida vênia, não necessitaríamos da constatação de que o réu não teria atingido 6dg, exatamente porque a sintomatologia a que se refere o exame clínico nos dá a certeza absoluta de que os 6dg estariam atendidos.

Mas um ponto me preocupa, eminente Presidente — e aqui não é esfera administrativa, é esfera de legitimação da pretensão punitiva do Estado, com a privação da liberdade do réu —, como é que estaríamos agora, em um próximo passo, diante da necessidade de se exigir do réu que ele se submetesse a um exame chamado de exame de bafômetro? Como é que estaríamos para o cumprimento da lei, na eventualidade de exigir que o réu se submetesse a exame de dosagem sanguínea, se a própria Constituição diz, em favor da ampla defesa, nemo tenetur se detegere, quer dizer, ninguém é obrigado a apresentar prova que possa incriminá-lo.

Então, se entendermos que o exame pericial é conditio sine qua nom para tipicidade, partindo de uma interpretação literal da lei, estaríamos afrontando flagrantemente, na tipicidade, o texto constitucional. Por quê? Porque ninguém é obrigado a se incriminar.

O professor Nelson Hungria já nos advertia, usando o princípio da hermenêutica consagrado, que nenhuma interpretação pode levar o exegeta ao absurdo. É que interpretação estaríamos adotando capaz de levar o exegeta ao absurdo? É daquele paciente, daquele réu, daquele motorista que sai cambaleando a olhos vistos do seu veículo, que não é capaz de nem encontrar o canudo do bafômetro senão for orientado, tamanho o índice de álcool no seu sangue. Não poderíamos, diante da manifestamente exterior da embriaguez, imaginar que não



haveria perícia médica a que ele poderia recusar-se a se submeter para caracterização da dosagem mínima. Eminente Presidente, reconheço a dificuldade do tema, mas me parece que devemos nos preocupar nesse momento com os fins sociais a que a norma se destina.

(...)

Trancar a ação penal significaria ao meu juízo, com a devida vênia, dizer que, já que aparência é de embriaguez manifesta e já que não teríamos o exame pericial anotando o mínimo exigido por lei, não haveria como o Ministério Público perseguir em juízo determinado infrator. Parece-me que essa contradição é que deve ser resolvida no juízo do conhecimento, e não agora no juízo do habeas corpus, que é tema constitucional. (fls. 87/92)

Constata-se, pois, que a elevação **arbitrária** da prova técnica específica a patamar superior aos demais meios probatórios denota, com a vênia devida, malferimento aos ditames do **art. 157 do CPP**. Nesse sentido, as ensinanças de Paulo Rangel (Direito processual Penal, 11. ed., rev., ampl., atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006):

“O sistema da livre convicção não estabelece valor entre as provas, pois nenhuma prova tem mais valor do que outra nem é estabelecida uma hierarquia entre elas ... a confissão do acusado deixa de constituir prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra (cf. Exposição de Motivos, item VII do Código de Processo Penal).”

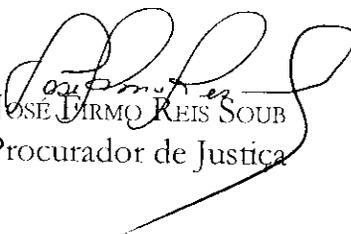
Inadmissíveis, portanto, as exigências feitas pela e. Corte *a quo* para permitir o prosseguimento da ação penal. O **error iuris** – malferimento aos arts. **43, I, e 157, do Código de Processo Penal e 306 do CTB** – tal como apontando, ressoa inequívoco.



IV - PEDIDO

Em face do exposto, demonstrada a suscitada violação a lei federal, requer o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios seja o recurso especial conhecido e provido para que se restabeleça o recebimento da denúncia operado em 1º grau.

Brasília, 19 de novembro de 2008.


JOSÉ DIRMO REIS SOUB
Procurador de Justiça