

Proponente: Wagner Ribeiro de Oliveira

Área: Criminal

Súmula: O exame clínico de embriaguez não é meio hábil a caracterizar o elemento do tipo "concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas" do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro" e, conseqüentemente, tipificar a conduta.

Assunto

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar a necessidade de se operar a adequada interpretação do novo dispositivo do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, de forma a não ofender o art. 5º, II, da Constituição Federal (princípio da legalidade), impedindo, assim, que se utilizem o exame clínico de embriaguez como apto a caracterizar o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Fundamentação teórica e fática

O art. 306 do CTB tipifica a conduta de "*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.*

Assim, está claro que somente será considerado crime se ficar constatado que o condutor do veículo estava conduzindo-o com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior ao especificado através de exame realizado no sangue do condutor.

O parágrafo único do mesmo artigo prevê que o Poder Executivo estipulará testes de equivalência, ou seja, descreverá outros testes de aferição da concentração alcoólica no condutor.

Conforme dispõe o **parágrafo único do art. 306** do citado diploma legal, "**o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo**".

A equivalência entre os testes foi estipulada no **Decreto 6.488 de 19 de junho de 2008**, onde apresenta a equivalência em seu art. 2º:

"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."

Pelo que se verifica, não estipulou, em momento algum, o exame clínico como hábil a constatar o estado de alcoolemia para fins de caracterizar o delito em apreço, restringindo-se ao exame de sangue e ao etilômetro.

Assim, **sem a constatação pelo meio de prova exigido em lei como apto a constatar o fato** de que o acusado dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, **não há que se falar em tipicidade da conduta.**

O princípio da legalidade exige isso.

O exame clínico de embriaguez não aponta, e nem poderia, qual era a concentração de álcool por litro de sangue presente no dia dos fatos no corpo do denunciado, fazendo apenas uma ilação calcada em estudos científicos de que o acusado estava clinicamente embriagado.

Não existindo prova hábil a caracterizar o delito descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, não há justa causa para o prosseguimento da ação penal, o que configura constrangimento ilegal à liberdade do paciente a decisão do juízo criminal que admite o laudo pericial citado como prova hábil a caracterizar o crime em apuração.

Assim já se decidiu:

Processo Penal. Embriaguez ao volante. **Atipicidade.** "A lei 11.705/08, além de descriminalizar a conduta de dirigir veículo automotor com concentração inferior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, passou a exigir a comprovação material da concentração de álcool por litro de sangue do motorista. **Não existindo provas acerca da quantidade de álcool por litro de sangue, ainda que o exame clínico aponte a embriaguez do acusado, inviável a condenação do motorista pela prática do delito do art. 306 da Lei 9.503/97.** Negaram provimento."(TJRS – 3ª C. – AP. 70028177814 – Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos – j. 02.04.2009 – DOE 14.04.2009) (g.n).

Ante o exposto, verifica-se que a inexistência de exame de sangue ou de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar impede a tipificação da conduta e enseja o trancamento da eventual ação penal iniciada em razão do constrangimento ilegal decorrente da ausência de justa causa para o prosseguimento desta ação.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e IX da Lei 988/06, in verbis:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

III - *representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante*

os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX – *assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere a presente tese:

Item III – g) atuação na tutela dos direitos humanos – Como já afirmado, com a edição da Lei Complementar nº 988 de 2006, consolida-se o mandato da Defensoria Pública na defesa dos direitos humanos de modo que toda a atuação institucional relaciona-se com a temática referida, em especial, criar precedentes jurisprudenciais que dêem efetividade à proteção dos Direitos Humanos, e uniformizar teses institucionais para servir de suporte ao trabalho dos defensores.

Sugestão de operacionalização:

Apresentar a tese em sede de resposta à acusação e, sendo negada, impetrar *habeas corpus* visando o trancamento da ação.

Seguem abaixo modelos das peças citadas.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

Autos nº ____/____

Acusado: _____

_____, devidamente qualificado nos autos em epígrafe, que lhe move o Ministério Público, por meio do Defensor Público do Estado que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 396 do CPP, com a nova redação da pela Lei nº 11.719/2008, apresentar **RESPOSTA À ACUSAÇÃO**.

O acusado foi denunciado e está sendo processado por supostamente ter dirigido um veículo automotor em estado de embriaguez alcoólica.

Ocorre que, conforme se verifica nos autos, o acusado não foi submetido a nenhum exame de alcoolemia apto caracterizar o delito do art. 306 do CTB.

Conforme dispõe o parágrafo único do art. 306 do citado diploma legal, "*o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo*".

A equivalência entre os testes foi estipulada no Decreto 6.488 de 19 de junho de 2008, onde apresenta a equivalência em seu art. 2º:

“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.”

Pelo que se verifica, não estipulou, em momento algum, o exame clínico hábil a caracterizar e estado de alcoolemia e caracterizar o delito em apreço.

Assim, verifica-se que, sem a constatação de que o acusado dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, não há que se falar em tipicidade da conduta.

O princípio da legalidade exige isso.

O belo trabalho doutrinário exposto as fls. 38/45, realizado pelos peritos policiais signatários, não é apto a tipificar a conduta do denunciado, servindo apenas, com dito, como um trabalho doutrinário. Tanto o é que não aponta, e nem poderia, qual era a concentração de álcool por litro de sangue presente no dia dos fatos no corpo do denunciado, fazendo apenas uma ilação calcada em estudos científicos.

Assim já se decidiu:

Processo Penal. Embriaguez ao volante. Atipicidade. “A lei 11.705/08, além de descriminalizar a conduta de dirigir veículo automotor com concentração inferior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, passou a exigir a comprovação material da concentração de álcool por litro de sangue do motorista. Não existindo provas acerca da quantidade de álcool por litro de sangue, ainda que o exame clínico aponte a embriaguez do acusado, inviável a condenação do motorista pela prática do delito do art. 306 da Lei 9.503/97. Negaram provimento.”(TJRS – 3ª C. – AP. 70028177814 – Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos – j. 02.04.2009 – DOE 14.04.2009).

Diante do exposto, nos termos do art. 397, III do CPP, requer seja o acusado Benedito Barbosa Santiago ABSOLVIDO SUMARIAMENTE, tendo em vista a não caracterização do crime tipificado no art. 306 do CTB.

No mais, não sendo esse o entendimento de Vossa Excelência, a Defensoria Pública, em favor do acusado, alega inocência; nega que os fatos ocorreram como narrados, o que restará provado.

O acusado é primário e de bons antecedentes (fls. 38), tendo ele **direito à suspensão do processo**, conforme preconiza o art. 89 da Lei

9.099/95, motivo pelo qual **requer** a designação de audiência especificamente para essa finalidade, qual seja, fazer a proposta de suspensão do processo.

Requer-se o benefício da assistência judiciária nos termos da lei 1060/50, por ser o acusado pobre na acepção jurídica do termo.

Requer também, por fim, a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

Nestes termos, pede deferimento.

São José do Rio Preto, ___ de ___ de 2009.

Defensor Público

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

_____, brasileiro, portador do R.G. nº _____ SSP/SP, Defensor Público, classificado na Defensoria Pública Regional de São José do Rio Preto-SP, com domicílio profissional na Rua Marechal Deodoro, nº 3131, em São José do Rio Preto/SP, Tel. (17) 3218-8297, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., com fundamento no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, e nos arts. 647 a 667, do Código de Processo Penal, interpor o presente

HABEAS CORPUS

COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR

em favor de

_____, portador do RG nº _____-SSP-SP, filho de _____, nascido aos _____ em _____/SP, residente na rua _____, no município de São José do Rio Preto -SP;

contra ato do Meritíssimo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de São José do Rio Preto, proferido nos autos do processo nº _____/____ (controle), pelos motivos que passa a expor.

Da ausência de justa causa para a ação penal.

O paciente está respondendo ao processo supracitado como incurso no art. 305 e 306, c.c o art. 298 n.º I, todos da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) porque, segundo a denúncia, em 07 de julho de 2008, dirigia veículo automotor em estado de embriaguez, conforme exame clínico que constatou o acusado encontra-se clinicamente embriagado (fls. 08 processo original).

Consta dos autos que o paciente conduzia veículo automotor na via pública clinicamente embriagado, gerando uma colisão com o veículo VW Saveiro, cor vermelha, placas DKX 1587 – Palestina – SP, ocasião em que se afastou do local do acidente para fugir da responsabilidade penal e civil.

Consta, também, que o motorista da VW Saveiro perseguiu o paciente até abordá-lo. Feito isso, acionou a Polícia Militar que compareceu ao local e o encaminhou à Delegacia de Polícia, recusando-se ele a fornecer amostra de sangue para exame pericial. Foi realizado, então, exame clínico de embriaguez.

O primeiro exame de verificação de embriaguez constatou que o ora paciente apresentou sintomas indicativos de que estava embriagado, concluindo que estava "**cl clinicamente embriagado**".

Ocorre que, conforme se verifica nas cópias dos autos em questão, o acusado não foi submetido a nenhum dos exames de alcoolemia indicados pelo ordenamento jurídicos como aptos caracterizar o delito do art. 306 do CTB.

Conforme dispõe o **parágrafo único do art. 306** do citado diploma legal, "***o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo***".

A equivalência entre os testes foi estipulada no **Decreto 6.488 de 19 de junho de 2008**, onde apresenta a equivalência em seu art. 2º:

"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."

Pelo que se verifica, não estipulou, em momento algum, o exame clínico como hábil a constatar o estado de alcoolemia para fins de caracterizar o delito em apreço.

Assim, **sem a constatação pelo meio de prova exigido em lei como apto a constatar o fato** de que o acusado dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, **não há que se falar em tipicidade da conduta**.

O princípio da legalidade exige isso.

O laudo pericial acostado aos autos originários não aponta, e nem poderia, qual era a concentração de álcool por litro de sangue presente no dia dos fatos no corpo do denunciado, fazendo apenas uma ilação calcada em estudos científicos de que o acusado estava clinicamente embriagado.

Não existindo prova hábil a caracterizar o delito descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, não há justa causa para o prosseguimento da ação penal, o que configura constrangimento ilegal à liberdade do paciente a decisão do juízo criminal admitiu o laudo pericial citado como prova hábil a caracterizar o crime em apuração.

Assim já se decidiu:

Processo Penal. Embriaguez ao volante. Atipicidade. "A lei 11.705/08, além de descriminalizar a conduta de dirigir veículo automotor com concentração inferior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, passou a exigir a comprovação material da concentração de álcool por litro de sangue do motorista. **Não existindo provas acerca da quantidade de álcool por litro de sangue, ainda que o exame clínico aponte a embriaguez do acusado, inviável a condenação do motorista pela prática do delito do art. 306 da Lei 9.503/97.** Negaram provimento."(TJRS – 3ª C. – AP. 70028177814 – Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos – j. 02.04.2009 – DOE 14.04.2009) (g.n).

A Constituição Federal elenca como direito fundamental da pessoa humana, impondo a concessão de '*Habeas-Corpus*' nesta hipótese:

Art. 5º, LXVIII – 'conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder'.

De rigor o reconhecimento do constrangimento ilegal pela ausência de justa causa para o prosseguimento da presente ação penal.

Ante o exposto, requer o trancamento da presente ação em razão do constrangimento ilegal decorrente da ausência de justa causa para o prosseguimento desta ação.

Razões do pedido de Liminar

Conforme se verifica, o paciente está sendo processado por um delito sem que exista prova admitida em direito a comprová-lo, sem que houvesse, portanto, justo motivo para a persecução penal.

Evidencia-se, assim, o *periculum in mora*, já que a demora prolongará, ainda mais, o constrangimento ilegal do paciente, o qual perdurará até julgamento do presente remédio processual.

Não menos evidente é o *fumus boni juris* do pedido, ante todo exposto supra.

Deve-se, portanto, liminarmente, ser **suspenso o andamento da mencionada ação penal** até julgamento final do presente *writ*.

Ressalta-se por fim a possibilidade de tal medida ser revogada em momento posterior.

Diante dos fatos narrados, demonstrado o constrangimento ilegal pela instauração da presente ação penal por ausência de justa causa, requer o impetrante a concessão de uma **ORDEM DE HABEAS CORPUS LIMINARMENTE, em favor de _____**, a fim de que se reconheça a probabilidade da falta de justa causa e, conseqüentemente, do trancamento da ação penal, **determinando-se a suspensão do processo nº _____ da 3ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto-SP liminarmente até final julgamento do presente.**

Outrossim, após pedido de informações que porventura se façam necessárias, aguarda a Defensoria seja concedida ao final a ordem, **reconhecendo-se a ausência de justa causa por ausência de tipicidade, determinando-se, conseqüentemente, o trancamento da mencionada ação penal.**

Nesses termos, pede a concessão da ordem.

De São José do Rio Preto para São Paulo,
em 29 de junho de 2009.

Defensor Público