

HABEAS CORPUS Nº 478.091 - SP (2018/0296663-6)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO FRANCISCO DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO E DIREÇÃO SEM PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO PARA CONDUZIR. PEDIDO DE NULIDADE DA PROVA. DIREITO AO SILÊNCIO E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. CONJUNTO FÁTICO SOBRE TER HAVIDO PERMISSÃO DO PACIENTE PARA A REALIZAÇÃO DO TESTE. REEXAME. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. Ordem de *habeas corpus* denegada.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **João Francisco de Oliveira**, em que se aponta como autoridade coatora a Nona Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nos autos do processo n. 0000676-25.2017.8.26.0495, constou, na denúncia, que o paciente dirigia motocicleta, na Avenida Marginal Norte, sem carteira de habilitação e com capacidade psicomotora alterada, em razão da influência de álcool (1 grama e 6 decigramas de álcool por litro de sangue - fls. 21/23).

Na sentença, o paciente foi condenado pelo Juízo da Segunda Vara do Foro de Registro, como incurso no art. 306, *caput*, c/c art. 298, II, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de **8 meses e 5 dias de detenção, em regime semiaberto, e 12 dias-multa**, e proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 6 meses (fls. 40/42).

Em sede de apelação (n. 0000676-25.2017.8.26.0495), a defesa alegou que o paciente não poderia produzir prova contra si mesmo e que não teria sido comunicado pelo policial sobre a não obrigatoriedade de se submeter

ao teste de bafômetro. A Nona Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena de suspensão ou proibição de obter permissão ou habilitação para conduzir veículo automotor para o prazo de 2 meses e 21 dias (fls. 74/86).

No presente *writ*, a defesa pede a nulidade absoluta da prova que embasou a condenação do paciente, por violação do direito constitucional ao silêncio, em sua perspectiva de não estar o cidadão obrigado a produzir provas contra si mesmo (fls. 3/8). Afirma a defesa que [...] *o réu não foi devidamente comunicado pelos agentes públicos que lhe prenderam em flagrante que não estava obrigado a se submeter ao exame de sangue, ou bafômetro, para a constatação da embriaguez* [...] (fl. 5).

Aduz ainda ser devida a fixação do regime aberto, por se tratar de condenado idoso e reincidente, cuja pena não ultrapassa 1 ano.

Decisão deste Relator indeferindo a liminar (fls. 94/96).

Parecer ministerial opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 101/119).

É o relatório.

Na presente hipótese, o paciente foi abordado por policiais rodoviários, quando foi constatado que ele apresentava olhos vermelhos e forte odor etílico, sendo então encaminhado à delegacia, onde o paciente forneceu sangue para realização de exame toxicológico de dosagem etílica. Apesar de constar no acórdão recorrido que o estado de embriaguez do paciente também foi comprovado por provas testemunhais (fl. 78), e que [...] *as testemunhas foram enfáticas ao atestarem que o réu apresentava claros sinais de embriaguez* [...] (fl. 78), sabe-se que, segundo a jurisprudência desta Corte, o estado de embriaguez somente pode ser atestado por meio da realização de exame de sangue ou teste do bafômetro.

A respeito da alegação da defesa de **não ter sido comunicado a respeito da não obrigatoriedade de realização do teste de alcoolemia,**

confira-se a fundamentação do acórdão (fls. 75/86):

[...]

"De início, rejeito a preliminar suscitada pela Defesa. Isso porque, ao contrário do alegado, inexistente violação do direito à não autoincriminação, notadamente porque está devidamente comprovado nos autos que o acusado aceitou ser submetido ao teste de alcoolemia, estando plenamente consciente dos propósitos do referido exame. Assim, **a colheita do teste foi realizada com a aprovação do investigado, sem qualquer violência moral ou física.** Ademais, cumpre observar que o E. Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que eventual irregularidade na informação sobre o direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende de comprovação do prejuízo."

[...]

No acórdão, está expresso que o paciente **concordou com a realização do teste e que não houve qualquer violência física ou moral.** Esta Corte recebe os fatos tais como retratados pela instância ordinária. Não cabe a esta Corte Superior reexaminar as provas, por se tratar de procedimento inviável em sede de *habeas corpus*. A propósito:

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DA LEI 9.503/1997). MATERIALIDADE. TESTE DO BAFÔMETRO. VOLUNTARIEDADE. PROVA PRODUZIDA PELO AUTOR CONTRA SI MESMO. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Após o advento da Lei 11.705/2008, a qual conferiu nova redação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a expressão "concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas", passou a integrar o referido tipo penal.

2. A Terceira Seção desta colenda Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp. n. 1.111.566/DF, admitido como representativo de controvérsia, decidiu, por maioria de votos, que a incidência da imputação delituosa **somente se torna possível quando comprovado o** respectivo teor alcóolico previsto em lei por meio da realização de exame de sangue ou teste do bafômetro, **não sendo suficiente, para tanto, a prova testemunhal/exame clínico.**

3. Conquanto o exame de sangue ou o teste do bafômetro sejam indispensáveis para a comprovação da materialidade do crime de embriaguez ao volante na vigência da Lei 11.705/2008, o certo é que o condutor do automóvel não é obrigado a realizá-los, sob pena de ofensa ao princípio que proíbe a autoincriminação.

4. Na hipótese de o acusado de dirigir embriagado se negar a realizar os testes que comprovam a ingestão de bebida alcoólica, incidem as penalidades administrativas previstas no Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do § 3º do artigo 277 do referido diploma legal.

5. Não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 306 da Lei 9.503/1997, pois o condutor de automóvel não é obrigado a realizar qualquer procedimento apto a atestar o seu estado de embriaguez, motivo pelo qual não se pode afirmar que, caso se submeta ao exame de sangue ou ao teste do bafômetro, estaria sendo acusado com base em prova produzida contra si mesmo.

6. No caso dos autos, **o paciente, voluntariamente, se submeteu ao teste do etilômetro**, oportunidade na qual foi constatada a presença de 14,6 decigramas de álcool por litro de sangue, tratando-se de prova apta à deflagração da ação penal para apuração do delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 11.705/2008.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 221.671/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/6/13).

Assim, inexistente constrangimento ilegal.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, confira-se o julgado (fl.

85):

[...]

"Fixado o regime inicial semiaberto, o que não admite reparos. Com efeito, diante das circunstâncias concretas do delito e das condenações pretéritas ostentadas pelo réu, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado.

Ademais, afigura-se como mais recomendável observar e acompanhar a evolução do cumprimento da pena pelo apelante, até que paulatinamente possa ser reinserido no convívio social. Ao Magistrado compete estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena que acreditar suficiente para reprovação e prevenção do delito, respeitados os ditames legais. O regime semiaberto é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, inculcando no acusado a terapêutica prisional. Merece, desse modo, tratamento mais rigoroso, inexistindo no caso qualquer ofensa ao artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, nem tampouco às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal ou à Súmula 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião desse julgador."

[...]

Verifica-se que houve concreta fundamentação por parte do julgador; ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 1 ano de reclusão, o paciente possui condenações pretéritas, o que pode ser constatado nos antecedentes criminais (fls. 26/30), estando assim justificado o regime escolhido.

Ante o exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

