HABEAS CORPUS Nº 490.417 - SC (2019/0020843-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA RODRIGO MARTINS CAVALCANTE AMORIM - AL010734
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	FERNANDO ZIMMERMANN (PRESO)

DECISÃO

FERNANDO ZIMMERMANN alega sofrer coação ilegal ao seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** na Apelação Criminal n. 0012608-41.2015.8.24.0008.

Neste recurso, a defesa aponta ausência de materialidade do crime de condução de veículo com capacidade psicomotora alterada, porquanto, ao condenar o réu, a decisão "mencionou apenas os depoimentos das testemunhas policiais militares e o auto de constatação" (fl. 8), porém "os elementos colhidos em fase inquisitorial, isoladamente, não são capazes de suprir a deficiência probatória apurada na fase judicial, exigida para a prolação de sentença condenatória" (fl. 8). Também, aduz que o acusado preenche os requisitos do art. 44 do CP, de modo que faz jus à permutação da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Requer a absolvição do paciente. Subsidiariamente, pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por multa ou por restritiva de direito.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 205-210, pela não concessão da ordem de habeas corpus de ofício.

Decido.

I. Contextualização

O insurgente foi condenado a 7 meses de detenção, em regime semiaberto, e a 2 meses de suspensão/proibição de obter permissão

ou habilitação para dirigir veículo automotor, por incursão no art. 306, § 1º, II, do CTB.

Na ocasião, o Magistrado sentenciante aduziu que a materialidade e a autoria estavam devidamente comprovadas pelo substrato probatório coligido aos autos. Ainda, registrou (fls. 94-95, grifei):

> No que tange ao crime de embriaguez ao volante, também pretende sua absolvição, sob alegação de que inexiste materialidade, vez que não foi realizado o do teste do Bafômetro para atestar a embriaguez do acusado, ocorre que, através de uma simples leitura do art. 306, §2º, do CTB – pode verificar-se que podem ser utilizadas outras provas para esse fim, além do teste de alcoolemia ou exame de sangue.
> Destaca-se, ainda que tanto o policial Robison Alambec e Jefferson Rogério Kogeo quando compareceram ao local, **relataram que era visível estado de embriaguez do acusado. Prova esta que foi produzida em contraditório judicial, inclusive na (p. 68). Dessa forma, resta claro, que a embriaguez encontra-se devidamente confirmada por outros elementos de prova suficientes por si só, mais precisamente o auto de constatação com indicativos claros** (p. 5), para os fins do art. 306, § 1º, inciso II, do CTB.
> [...]
> Assim, presentes prova da materialidade delitiva, e sendo indiscutível a autoria do acusado, que não registra em seu favor qualquer excludente de criminalidade ou culpabilidade, a ilicitude está configurada, segundo a teoria indiciária ou da *ratio cognoscendi*.

Inconformada, a defesa apelou à Corte estadual, que negou provimento ao recurso nos seguintes termos (fls. 153-157):

> A materialidade, ao contrário do alegado pela defesa, encontra-se devidamente apurada através do Auto de Prisão em Flagrante (fl. 01), Boletim de Ocorrência (fls. 02/04) e Auto de Constatação de Sinais de Alteração da Capacidade Psicomotora (fl. 05).
> [...]
> Assim, tem-se que a alteração da capacidade psicomotora pode ser atestada por outros meios, e no caso concreto está comprovada pelo Auto de Constatação (fl. 05), e através da prova oral contida no feito.

> A autoria, de igual maneira, encontra-se provada pelos depoimentos colhidos, especialmente pelos relatos dos Policiais Militares que participaram da ocorrência.
> [...]
> Como se vê, os relatos dos Policiais corroboram perfeitamente com o Auto de Constatação de Sinais de Alteração da Capacidade Psicomotora (fls. 05), elementos de prova suficientes para embasar o decreto condenatório, ao contrário do alegado pela defesa.
> Isso porque, conforme transcrição acima, os depoimentos dos Agentes Públicos são coerentes e, nos pontos centrais, estão em consonância com as provas trazidas aos autos, especialmente quando relatam que a proprietária da residência visualizou o Apelante no momento em que conduzia o veículo e colidiu com o muro da casa.
> A referida prova encontra suporte no documento de fl. 09, onde o Sr. Rogério da Silva, relata exatamente o que foi dito pelos Policiais Militares, no sentido de que o Recorrente era quem conduzia o veículo Fiorino no momento em que colidiu com o muro da residência.
> Logo, tem-se como certo que ele conduziu veículo automotor sob a influência de álcool, o que é suficiente para embasar o decreto condenatório.
> Ademais, como já referido acima, o fato é que, o § 2º, do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que há outros meios de se constatar a embriaguez, a exemplo da prova testemunhal, não necessitando, como alega à defesa, da realização do teste do bafômetro, *in verbis*:
> [...]
> Assim, conforme a jurisprudência pacífica deste Tribunal, é despicienda a realização do teste de alcoolemia, quando as demais provas contidas nos autos são suficientes para demonstrar que o agente conduzia veículo automotor sob a influência de álcool, especialmente o Auto de Constatação e os testemunhos dos Policiais que atenderam a ocorrência.
> Por fim, cumpre ressaltar que por se tratar de delito de perigo abstrato, torna-se prescindível a prova de risco à incolumidade pública, uma vez que a nova redação do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, flexibilizou os meios pelos quais poderá ser aferida a embriaguez.

A defesa também opôs embargos de declaração ao argumento de que "não foi reconhecida, de ofício, a possibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direito, em razão da reincidência não ser

específica, também por ser o crime sem violência ou grave ameaça, por se mostrar socialmente recomendável, e também por a decisão não contar com a devida fundamentação" (fl. 190).

A Corte estadual esclareceu que a tese aduzida nem sequer foi aventada indiretamente nas justificativas do apelo. Ainda, asseverou não ser possível a concessão de habeas corpus de ofício, porquanto o acusado é "**reincidente em crime doloso** [...] e **cometeu crime idêntico ao aqui apurado, que ainda pende de julgamento da Apelação** [...], demonstrando, assim, que **não se mostra medida socialmente recomendável**, em razão de ser insuficiente para a prevenção e repressão do delito em análise, conforme o art. 44, inciso II, c/c § 3º, do Código Penal" (fl. 192, destaquei).

II. Absolvição

Esta Corte Superior já assentou: "O Código Brasileiro de Trânsito não procede à tarifação dos meios de provas, prestigiando o livre convencimento motivado do juiz ao admitir diversidade probatória para demonstrar a embriaguez, sem colocar o exame pericial em patamar superior. A Lei n. 12.760/12 passou a admitir, inclusive, a prova testemunhal para a comprovação da embriaguez" (**RHC n. 73.589/DF**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 6/3/2017).

Com efeito, em que pesem as ponderações defensivas, após a alteração promovida pela Lei n. 12.760/2012, ampliaram-se apenas os meios de prova, pois permite-se, agora, que, na ausência de exames de alcoolemia – sangue ou bafômetro –, **outros elementos possam ser utilizados para atestar a embriaguez e a alteração da capacidade psicomotora do motorista**, como, por exemplo, vídeo, testemunhas e quaisquer meios de prova em direito admitidos, respeitada a contraprova.

No mesmo sentido:

> [...]
> 1. A alteração da capacidade motora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, consoante o § 2º do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, é regra de cunho relativo à prova, que **poderá ser constatada por teste de alcoolemia, como na hipótese, ou outros meios de prova em direito admitidos**, sendo despicienda a demonstração de efetiva potencialidade lesiva da conduta.

> 2. O exame clínico realizado pelo oficial médico perito não é suficiente para, nessa fase processual, afastar a tipicidade da conduta, até porque, mesmo tendo sido realizado horas depois, concluiu que o acusado apresentava hálito de odor etílico, com resultado positivo para a ingestão de bebida alcoólica, embora negativo para a embriaguez.
> 3. Agravo regimental improvido. (**AgRg no REsp n. 1.638.451/RJ**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 11/5/2017, grifei)

Sob essas premissas, ao contrário do alegado pelo réu, conforme apontado pelo Tribunal estadual, há nos autos **prova de materialidade e de indícios de autoria do delito previsto no art. 306 do Código Penal –** Auto de Prisão em Flagrante, Boletim de Ocorrência, Auto de Constatação de Sinais de Alteração da Capacidade Psicomotora, além de prova oral – de modo que, por isso, não há constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *writ*.

De mais a mais, para acolher entendimento diverso do adotado pelas instâncias de origem, seria necessária imersão vertical sobre o quadro fático-processual, o que é vedado em habeas corpus. Ilustrativamente:

> [...]
> 2. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e da materialidade e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual. [...] (**AgRg no HC n. 427.735/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 10/4/2019)

III. Substituição da pena privativa de liberdade

Para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis:*

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

> I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
> II - o réu não for reincidente em crime doloso;
> III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
> [...]
> § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Na espécie, embora haja sido condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a Corte estadual entendeu que o condenado não preenche os requisitos legais para a concessão do benefício, haja vista **ser "reincidente em crime doloso** [...] **e cometeu crime idêntico ao aqui apurado, que ainda pende de julgamento da Apelação** [...], demonstrando, assim, que **não se mostra medida socialmente recomendável**, em razão de ser insuficiente para a prevenção e repressão do delito em análise, conforme o art. 44, inciso II, c/c § 3º, do Código Penal" (fl. 192, destaquei).

As circunstâncias apontadas pelo Tribunal estadual justificam a não concessão do benefício ao apenado, diante da constatação de que **a medida não é socialmente recomendada**. Assim também tem entendido esta Corte. Exemplificativamente:

> [...]
> 4. Ainda que o acusado seja reincidente, o art. 44, § 3º, do Código Penal admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito. No caso, porém, conquanto não se trate de reincidência específica, as instâncias ordinárias entenderam não ser socialmente recomendável a substituição da pena, considerando a gravidade concreta da conduta delitiva, devendo, portanto, tal conclusão ser mantida. [...] (**HC n. 434.730/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 10/5/2018)

> [...]
> 3. Embora a acusada não seja reincidente específica, circunstância que autorizaria a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se pode olvidar a sua certidão de antecedentes criminais, evidenciando não ser a medida socialmente recomendada. [...] (**AgRg no AREsp n. 868.942/SP**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 4/4/2018)

Além disso, afastar tal conclusão para reconhecer a possibilidade de substituição da pena, tal como pretende a defesa, demandaria o reexame do acervo fático-probatório do feito, procedimento inviável na via eleita.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **denego a ordem**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**