"LEI SECA": ASPECTOS POLÊMICOS QUANTO AO USO DO BAFÔMETRO NA SEARA PENAL

Marcelo Cardoso Andrade. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera/LFG e servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente ensaio destina-se a fazer uma análise acerca de alguns aspectos polêmicos na seara penal e processual penal advindos com a vigência da Lei nº 11.705/08, conhecida popularmente como "Lei seca", quanto ao uso do etilômetro ou "bafômetro" nos testes de alcoolemia para aferir a tipicidade do crime de trânsito previsto no art. 306 do CTB, a fim de averiguar a existência de justa causa para a persecução penal em situações concretas.

PALAVRAS-CHAVE: "Lei seca"; Crime de trânsito; "bafômetro"; alcoolemia; tipicidade; justa causa.

ABSTRACT: This test is intended to make an analysis about some controversial aspects of the criminal and criminal procedure coming harvest with the enactment of Law No. 11.705/08, popularly known as "Dry law" regarding the use of alcohol meter, known as "Breathalyzer" in alcohol tests to assess the typicality of traffic crime under art. CTB 306 in order to assess whether there is cause for criminal prosecution in concrete situations.

KEYWORDS: "Dry law"; Crime transit; "Breathalyzer"; alcohol tests; typicality; justcause.

SUMÁRIO: Introdução; Mutação legislativa do art. 306 do CTB; Requisitos de validade do teste de alcoolemia(bafômetro); Consequências processuais penais da realização de teste de alcoolemia em desconformidade com a legislação vigente; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.705/08, conhecida popularmente como "Lei seca", trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um conjunto de novas regras alterando

substancialmente o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97). Dentre estas inovações, destacamos a alteração do art. 306 do CTB, que dispõe sobre o crime de embriaguez na condução de veículo automotor em via pública, tendo-se em vista a repercussão do novo enunciado no meio jurídico e social.

Sabe-se que os acidentes de trânsito são um dos grandes responsáveis pelo elevado índice de óbitos no Brasil e no Mundo, tendo muitas vezes como causa a embriaguez dos condutores. Em virtude disto, o Direito penal passou a criminalizar a conduta que anteriormente era tipificada como contravenção penal de direção perigosa, visando salvaguardar a segurança viária.

A antiga redação do art. 306 do CTB exigia que o agente(condutor) expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem, não bastando a simples embriaguez para caracterizar o crime, devendo estar demonstrado que sua conduta gerasse risco, o que provocou grande debate na doutrina se a lei previa crime de perigo concreto ou abstrato.

Diferentemente dos crimes de resultado, os crimes de perigo se consumam com a mera exposição do bem jurídico tutelado pela norma penal a uma situação de risco, dividindo-se em concreto, quando se exige a demonstração de que um sujeito determinado ou determinável está efetivamente sujeito a uma situação de risco, e abstrato, quando sua demonstração é prescindível, já que a lei o presume *iuris et de iure*.

Contudo, a nova redação do dispositivo eliminou a antiga celeuma doutrinária, uma vez que a constatação da concentração alcoólica passou a ser elementar do tipo incriminador, presumindo a lei a potencialidade lesiva da conduta como crime de perigo abstrato. Entrementes, é necessário destacar que andou mal o legislador ao limitar os meios de prova passíveis de comprovar o crime de trânsito, pois ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo. Assim, caso não seja realizada a constatação do grau de embriaguez por exame de sangue ou teste de alcoolemia, o fato passa a ser atípico.

Analisemos topicamente as implicações desta mutação legislativa.

1. MUTAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 306 DO CTB

Sacha Calmon Navarro[1] elucida que mutações legais são alterações no

[1] NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Segurança jurídica e mutações legais*. Disponível em:<www.sachacalmon.com.br/biblioteca/artigos>. Acesso em: 02.03.2011.

sistema jurídico que podem ocorrer no plano legislativo e jurisprudencial. Segundo o autor, a mutação legislativa inova a ordem jurídica, enquanto a mutação jurisprudencial, embora não pareça, inova muito mais, pois confere às leis, ou melhor, às normas jurídicas, sentidos novos. E continua:

> Quando as mutações são muito frequentes, contraditórias, conflitantes ou desagregadas dos princípios e *standards* jurídicos prevalecentes, instaura-se no meio jurídico o denominado estado de insegurança jurídica, a incerteza sobre como se deve agir em face das normas de comportamento. Que as mutações sejam inevitáveis, ninguém duvida. O que se pretende, porém, é que não sejam tumultuárias e nada convincentes, pois precisam guardar respeito aos princípios diretores do sistema jurídico, ser razoáveis e dotadas de racionalidade (*ratio*).
> *Ex positis*, cabe agora apontar três exemplos práticos de mutações que se fazem necessárias para gáudio da segurança jurídica, cujo conceito se não confunde – como muitos querem – com a imutabilidade conservadora da ordem jurídica. É que o ativismo jurisprudencial, a mudar o Direito, sua compreensão, a partir de interesses momentâneos e casuísticos, sempre suscitou a resposta conservadora de que as mudanças devem ser raras e extremamente motivadas, cabendo mais ao legislador adaptar o Direito às novas necessidades emergentes do convívio social e dos relacionamentos complexos das sociedades politicamente organizadas, o que é igualmente equivocado. Haverá sempre uma tensão permanente entre a norma criada pelo legislador e a interpretação dada pelo juiz. O legislador é caótico. O juiz, o ordenador e facilitador do Direito.

Diante da pertinência dos comentários acima, mister uma análise da novel redação do art. 306 do CTB, que preceitua como crime de trânsito:

> 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).

Inicialmente, vale destacar que o legislador passou a exigir como elemento objetivo descritivo do tipo a aferição da concentração de álcool por litro de sangue do condutor. Assim, para a caracterização do delito previsto na legislação extravagante relativamente à embriaguez alcoólica, é necessário comprovar a concentração de álcool por litro de sangue do condutor igual ou superior a 6 (seis) decigramas, do contrário tem-se como consequência a exclusão da tipicidade.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci destaca que:

> "...a modificação introduzida pela Lei 11.705/2008 foi lamentável. Eliminou-se do tipo incriminador a expressão "sob a influência de álcool", inserindo-se "estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas". Anteriormente, portanto, era suficiente dirigir influenciado pelo álcool, colocando em perigo a segurança viária. Hoje, torna indispensável comprovar que o agente conduzia o veículo com concentração alcoólica específica, vale dizer, seis decigramas por litro de sangue. Para que se possa demonstrar tal situação demanda-se prova técnica (exame de sangue ou utilização do denominado bafômetro). É mais que sabido não se poder exigir de qualquer pessoa a colaboração efetiva para produzir prova contra seus próprios interesses, ou seja, é inviável que o agente ceda amostra de sangue ou sopre o aparelho próprio para determinar a

> concentração de álcool por litro de sangue. Assim sendo, o tipo penal do art. 306 tornou praticamente impossível a punição de embriaguez ao volante" ("Leis Penais e Processuais Penais Comentadas", 4ª edição. São Paulo: RT, 2009, p. 1.154)".

No mesmo sentido já se manifestou a Sexta Turma do STJ[2]:

> HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.
> *1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.*
> *2.* ***Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas.***
> *3.* ***Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.***
> *4.* ***Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.***

[2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC nº 166.377/SP. Min. Rel. OG Fernandes. DJ: 01.07.2010. Disponível em:<www.stj.jus.br>. Acesso em: 02.03.2011.

> *5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.*
> *6. Ordem concedida.*
> (STJ. HC 166.377/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2010, DJe 01/07/2010).**[grifamos]**

Segundo Nucci[3], tipo penal "é a descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal(não há crime sem lei anterior que o defina)". Ao esmiuçar seus elementos constitutivos, subdivide-os em *objetivos*, "que são todos aqueles que não dizem respeito à vontade do agente, embora por ela devam estar envolvidos", que por sua vez podem ser *descritivos*, componentes do tipo passíveis de reconhecimento por juízos de realidade, captáveis pela verificação sensorial, e *normativos*, componentes do tipo desvendáveis por juízos de valoração; e *subjetivos*, estes relacionados à vontade e intenção do agente.

Ao tecer comentários acerca da classificação do tipo, destaca que o *tipo fechado* é constituído somente de elementos descritivos, que não dependem de trabalho de complementação do intérprete para que sejam compreendidos. Ressalta ainda que quanto mais fechado o tipo, ou seja, quanto mais restrita a sua compreensão, maior a garantia que dele decorre para as liberdades civis.

Dessa forma, percebe-se que a primeira parte do art. 306 do CTB caracteriza um tipo fechado, não dando margem a interpretações. Consequentemente, não sendo realizado o teste de alcoolemia, não mais se pode imputar a prática do delito de trânsito com base em outros meios de prova oriundos de constatações organolépticas, como hálito etílico, condução perigosa ou até mesmo a confissão do sujeito ativo.

Ressalte-se que o parágrafo único desse artigo destaca que o Poder Executivo estipulará a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, o que fez através do art. 2º do Decreto nº 6.488/08[4], de forma que a aferição

---

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 182-185.

[4] BRASIL. Decreto nº 6.488 de 19 de junho de 2008. Publicado no D.O.U em: 20.06.2008. Disponível em:<www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02.03.2011.

poderá ser constatada através de *exame de sangue*, tendo como limite a concentração de seis decigramas por litro de sangue, ou através do *etilômetro*, tendo como limite três décimos de miligrama por litro de ar expelido.

Com efeito, o referido crime de trânsito caracteriza norma penal em branco heterogênea, uma vez que os complementos provêm de fonte diversa daquela que editou a norma incriminadora. Sobre o tema, Rogério Grecco[5] elucida que "normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário", podendo a norma complementar ser uma lei, decreto, portaria etc. Caso o complemento não seja da mesma hierarquia normativa do tipo incriminador, a norma complementar será heterogênea, caso contrário, homogênea.

Em que pese os fortes argumentos aduzindo a inconstitucionalidade desses tipos incompletos, uma vez que estaria sendo violado o princípio da legalidade penal(art. 5º, XXXIX da CF/88), o autor ressalta que tem prevalecido o entendimento doutrinário de que não há ofensa à legalidade, sobretudo diante da impossibilidade de regulamentação legislativa plena na conjuntura atual.

Tendo em vista que, segundo o art. 12, I do CTB, compete ao CONTRAN(Conselho Nacional de Trânsito) "estabelecer as normas regulamentares referidas neste Código e as diretrizes da Política Nacional de Trânsito", suas resoluções e demais atos normativos devem ser observados para a aplicação das penalidades administrativas e penais insertas no *codex*, uma vez que regulamentam diversos dispositivos previstos na lei.

Dessa forma, é necessário que os operadores do direito e os Tribunais busquem conferir dinamismo, efetividade e segurança jurídica às inovações legislativas a fim de evitar violações de direito, uma vez que cabe ao intérprete o papel de elucidar o conteúdo da norma jurídica e garantir uma efetiva prestação jurisdicional à sociedade.

Feitas essas considerações iniciais, analisemos alguns critérios que devem ser observados quando da averiguação do estado de embriaguez de um condutor em via pública.

2. REQUISITOS DE VALIDADE DO TESTE DE ALCOOLEMIA ATRAVÉS DO ETILÔMETRO(BAFÔMETRO)

Em um Estado Democrático de Direito, a garantia dos direitos

[5] GRECCO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, pp. 20-24.

fundamentais é a sua pedra angular e razão de existir. Nesse ínterim, o princípio da legalidade deve ser compreendido como regra de conduta imposta aos governantes e demais agentes públicos, evitando arbitrariedades e desrespeito aos direitos e garantias individuais e coletivos, dentre os quais destacamos o direito à liberdade (art. 5º, *caput*, da CF/88).

Assim, para o cerceamento do *status libertatis* de qualquer pessoa, é imperioso que sua conduta se amolde perfeitamente nos tipos taxativamente previstos na legislação penal, além de ser necessário respeitar o devido processo legal e coligir material probatório suficiente para embasar uma condenação, haja vista o dever imposto ao Estado de observar o *due process of law* e o princípio da presunção de não culpabilidade, previstos no art. 5º, LIV e LVII, da CF/88.

A Resolução nº 206/06 do CONTRAN[6], ainda vigente, dispõe sobre os requisitos necessários para se constatar o consumo de álcool, substância entorpecente, tóxica ou de efeito análogo no organismo humano, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes, regulamentando o CTB nesse mister.

> ***Art. 6º. O medidor de alcoolemia- etilômetro- deve observar os seguintes requisitos:***
> *I – ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, atendendo a legislação metrológica em vigor e aos requisitos estabelecidos nesta Resolução;*
> *II – ser aprovado na verificação metrológica inicial realizada pelo INMETRO ou órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;*
> *III - **ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ;***
> *IV - ser aprovado em inspeção em serviço ou eventual, conforme determina a legislação metrológica vigente.*
> *Art. 7º. **As condições de utilização do medidor de alcoolemia – etilômetro- devem obedecer a esta resolução e à legislação metrológica em vigor**.*
> **[grifamos]**

[6] BRASIL. Resolução nº 206/06 do CONTRAN, publicada em: 10.11.2006. Disponível em:<www.denatran.gov.br>. Acesso em: 02.03.2011.

Segundo a Resolução supramencionada, é necessário que o etilômetro, conhecido como "bafômetro", seja submetido à verificação anual periódica, como determina o inciso III desta norma, com o escopo de garantir a validade e veracidade da prova produzida, obedecidos os padrões de metrologia vigentes.

Assim, a ausência de aferição anual do equipamento de fiscalização pelo INMETRO, ou por outro órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade(RBMLQ), torna inválida por nulidade absoluta a prova obtida, uma vez que ilícita, já que produzida em desconformidade com a legislação material complementar vigente (art. 5º, LVI da CF/88).

Entretanto, é necessário destacar que a aludida resolução, editada anteriormente à publicação da Lei nº 11.705/08, regulamenta especificamente a infração administrativa prevista no art. 165 do CTB. Contudo, se no âmbito administrativo a falta de avaliação do instrumento fiscalizador causa a nulidade absoluta do auto de infração, com maior razão deve-se aplicar a mesma *ratio decidendi* no âmbito penal, sobretudo diante dos princípios da verdade real e da presunção de não culpabilidade.

Destaque-se que a avaliação periódica desses equipamentos por especialistas é essencial para evitar erros e abusos no exercício do poder de polícia estatal, não podendo o cidadão ser punido com base em provas obtidas por mecanismos de duvidosa precisão.

Deve-se ter em mente que embora os milite em favor dos agentes policiais a presunção de legitimidade de seus atos, como decorrência lógica do princípio da legalidade administrativa, também é presumida a não culpabilidade do administrado(art. 5º, LVII da CF/88), resolvendo-se o conflito aparente de normas constitucionais em favor deste, diante do risco à liberdade de locomoção.

Corroborando nosso posicionamento, trazemos a lume um recente julgado oriundo do TJMG[7] no mesmo sentido:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - ETILÔMETRO - VERIFICAÇÃO PERIÓDICA ANUAL PELO INMETRO - PRAZO VENCIDO - ABSOLVIÇÃO

[7] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0433.08.256060-1/001. Rel. Desª. Beatriz Pinheiro Caires. DJ: 28.09.2010. Disponível em:<www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 02.03.2011.

> - AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA PELA COMPROVAÇÃO INDIRETA. - ***A Resolução nº 206, de 20/10/2006, do CONTRAN, em seu artigo 6º, inciso III, prevê que o medidor de alcoolemia ou etilômetro deve ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ. Vencido o prazo para a próxima certificação pelo INMETRO, no momento da utilização do conhecido 'BAFÔMETRO', não se mostra válida a respectiva prova da materialidade delitiva. - Com a nova redação do dispositivo legal, para que se configure o delito previsto no artigo 306 do CTB, não basta simplesmente a prova da embriaguez ao volante e da exposição de terceiros a dano potencial, passando-se a exigir, como figura elementar do tipo, que o condutor do veículo automotor transite em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas***. Inexistindo prova nesse sentido a absolvição do réu se impõe.(TJMG. APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0433.08.256060-1/001. RELATORA: EXMª. SRª. DESª. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES. DJ: 28/09/2010). **[grifamos]**

Ainda que pareça muito lógico, insta-se pontuar que a verificação anual periódica compreende o período de 12(doze) meses, como destaca a Portaria nº 202/2010 do INMETRO[8], cabendo ao detentor do equipamento, o seu encaminhamento para nova inspeção antes de expirar o prazo de validade, sob pena de aplicação das penalidades previstas no art. 8º da Lei nº 9.933/99:

> *7.2.2 A verificação subsequente será realizada a cada 12 (doze) meses, cabendo ao detentor do etilômetro encaminhá-lo ao Órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - Inmetro*.

Também é importante destacar que é obrigatória a presença do certificado

[8] Portaria nº 202/2010 do INMETRO. Disponível em:<www.inmetro.gov.br/legislação>. Acesso em: 02.03.2011.

de verificação no instrumento informando a data de validade da última inspeção, como previsto no art. 12 desta Portaria*: "9.8 Para os etilômetros aprovados, deve ser emitido Certificado de Verificação contendo a data de validade. O Certificado de Verificação deve acompanhar o etilômetro".*

Embora o julgado acima transcrito considere como válidos os testes realizados até a data da próxima certificação, caso esta estabeleça um período maior que doze meses da última inspeção, deverá ser considerada inválida por descumprir a legislação vigente, sendo a prova obtida também imprestável, pois não obedece aos padrões de segurança estabelecido pelos órgãos de controle.

Por esta razão é que destacamos o item 7.2.2 da Portaria nº 202/2010 do INMETRO, já que uma das interpretações possíveis acerca da expressão "verificação periódica anual" constante na Resolução nº 206/06 do CONTRAN seria a de uma avaliação por ano, conferindo ao órgão fiscalizador discricionariedade para estipular a data desta em cada ano. Entrementes, percebe-se que o ato administrativo aqui analisado é vinculado, uma vez que deve ser respeitado o lapso temporal acima consignado (12 meses).

Assim, verificando que entre a data da última averiguação do equipamento, pelo órgão de metrologia, e a de aferição transcorreu mais de um ano, a prova produzida pelo teste de alcoolemia é inválida, não servindo para comprovar cabalmente a concentração de álcool por litro de ar expelido pelo condutor, inexistindo, portanto, prova da materialidade delitiva, uma vez que a nova redação do art. 306 do CTB destaca a concentração alcoólica como elementar objetiva descritiva do tipo.

3. CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS PENAIS DA REALIZAÇÃO DO TESTE DE ALCOOLEMIA EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE

A Constituição Federal de 1988 veda, expressamente no art. 5º, LVI, as provas obtidas por meios ilícitos. Assim, embora nosso ordenamento jurídico contemple como regra geral a liberdade probatória, sobretudo diante do *princípio da verdade real,* esta liberdade não é absoluta, principalmente em um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, uma vez que a liberdade probatória plena poderia ensejar persecuções criminais ilimitadas em afronta aos direitos fundamentais inerentes aos indivíduos.

Segundo Paulo Rangel[9], "a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, consequentemente, punição do indivíduo a qualquer preço"

Embora as normas atinentes às provas na seara criminal possuam *natureza processual*, não se pode negar o seu conteúdo material diante do princípio do devido processo legal, que inibe a restrição da liberdade individual quando inobservados princípios e regras acerca do respeito ao contraditório, ampla defesa, juiz natural, licitude das provas, dentre outras.

Tem-se por ilícitas, as provas obtidas com violação do direito material ou princípios constitucionais penais. Nesse sentido já se manifestou o STF:

> E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO

[9] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 414.

RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. (...). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - **A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum"**. Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites

impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - **A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.** - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite,

> contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. –(...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJ: 01.08.2008. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 02.03.2011) [**grifamos**].

Considerando que a precisa constatação da concentração alcoólica no sangue do sujeito ativo é elementar objetiva do tipo e que nenhum outro meio de prova poderá suprir-lhe a falta, com exceção do exame sanguíneo, não há como negar que a inobservância das normas legais ou infralegais que regulamentam o teste de alcoolemia acarreta a nulidade da prova produzida, uma vez que se afigura notoriamente ilícita, não servindo para embasar uma futura condenação.

Como mencionado alhures, o art. 306 do CTB ao se referir à concentração de álcool por litro de sangue, remete ao Poder Executivo, em seu parágrafo único, a competência para disciplinar a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, sendo que estes devem respeitar os

padrões de qualidade e demais normas regulamentares estabelecidos pelo INMETRO, como previsto no art. 6º, III e art. 7º da Resolução nº 206/06 do CONTRAN, caracterizando norma penal em branco heterogênea, similarmente ao que ocorre com a lei de entorpecentes quando remete ao Executivo a competência para discriminar a relação de substâncias que são consideradas como "droga".

Assim, embora a norma de complemento seja destinada a aferir a licitude da prova produzida em teste de alcoolemia, possuindo natureza probatória, a restrição aos meios de prova admissíveis para constatação do delito, bem como a sua irrepetibilidade, repercute na própria caracterização do crime de trânsito, de modo que sem haver prova de que o condutor dirige com concentração de álcool por litro de sangue ou ar expelido igual ou superior aos limites estabelecidos, o fato passa a ser atípico. Consequentemente, a prova produzida em teste de alcoolemia possui eminente caráter material, podendo retroagir para beneficiar o réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF/88, tendo-se em vista que a reforma legislativa promovida Lei nº 11.705/08 caracteriza *reformatio in mellius*.

Inclusive, este foi o posicionamento esposado recentemente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, senão vejamos:

> EMENTA: PENAL - DELITO DE TRÂNSITO - ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE - REFORMATIO IN MELLIUS - LEI 11.705/08 - AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. - **A alteração ocorrida no artigo 306 do CTB após a edição da Lei 11.705/08 é benéfica ao apelante devendo desta forma retroagir nos termos do artigo 5º inciso XL da CR/88 e artigo 2º parágrafo único do Código Penal. - Com o advento da Lei 11.705/2008, alterando a redação do art. 306 do CTB, o crime de embriaguez ao volante somente se caracteriza quando restar comprovado através do teste de alcoolemia que o condutor do veículo estava com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas. Sem prova nesse sentido, não há como incriminá-lo por embriaguez ao volante.** (TJMG. APELAÇÃO CRIMINAL N°

1.0313.07.215953-3/001. RELATOR: EXMO. SR. DES. PEDRO VERGARA. DJ: 12/01/2010). **[grifamos]**

Em decorrência disto, pode-se suscitar o seguinte questionamento: *realizado o teste de alcoolemia, mas constatado que, mesmo sendo aferida concentração alcoólica acima do limite legal, transcorreu mais de um ano da última inspeção do equipamento, estar-se-á diante de um caso de rejeição de denúncia por ausência de justa causa para a persecução penal ou de atipicidade? Considerando esta situação hipotética, qual seria o recurso criminal cabível?*

A nosso sentir, este seria um caso de rejeição de denúncia por ausência de justa causa, tendo-se em vista que a atipicidade do delito *in casu* é superveniente, uma vez que decorre da imprestabilidade da prova produzida.

Note-se que o tipo exige como elementar objetivo-descritiva a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue ou a três décimos de miligrama por litro de ar expelido, dependendo do método utilizado(exame de sangue ou teste de alcoolemia).

No caso proposto, foi aferida a concentração acima dos limites legais, não havendo motivos para se falar em atipicidade da conduta originariamente. Contudo, após se constatar que a prova obtida não obedeceu os padrões regulamentares exigidos, ficou evidenciada a sua invalidade, já que a prova é originariamente ilícita. Dessa forma, não há lastro probatório mínimo capaz de ensejar a *persecutio criminis*, o que evidencia ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, nos termos do art. 395, III, do CPP, devendo a denúncia ser rejeitada.

Quanto ao recurso cabível, o entendimento da doutrina majoritária é de que nos casos rejeição ou não recebimento de denúncia, situações consideradas similares, seria manejável recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, I, do CPP.

Entretanto, perfilhamos do entendimento de que há diferença entre o não recebimento e a rejeição de denúncia, o que implica o cabimento do recurso em sentido estrito ou apelação, a depender do tipo de decisão atacada, como defendido por José Antônio Pagnella Boschi[10].

Ocorre que o recurso em sentido estrito visa combater decisões

[10] BOSCHI, José Antônio Pagnella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002. p. 233.

interlocutórias terminativas, ou seja, que não adentram no mérito, fazendo apenas coisa julgada formal. Por sua vez, o recurso de apelação é cabível nas situações em que há decisão ou sentença de mérito, o que inviabiliza a repetição da demanda em virtude dos efeitos da coisa julgada material(art. 593, II, do CPP).

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)
> I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
> II - **das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior**;(...)[grifamos]

Considerando que a denúncia foi rejeitada por justa causa para a persecução penal, por ausência de lastro probatório mínimo, está-se diante de uma sentença absolutória nos termos do art. 386, II, do CPP, caracterizando uma decisão de mérito, portanto.

Se a sentença absolutória desafia recurso de apelação, nos termos do art. 593, I do CPP, não vislumbramos motivos para reconhecer como cabível o recurso em sentido estrito, do contrário haverá afronta ao *princípio da unirrecorribilidade das decisões*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que a mutação legislativa do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, promovida pela Lei nº 11.705/08, desperta uma série de temas polêmicos no âmbito penal e processual penal. Assim, é imperioso que os operadores do direito aprofundem a discussão sobre o tema a fim de evitar a violação de direitos fundamentais individuais e a impunidade daqueles que contribuem para o agravamento das estatísticas obituárias no Brasil decorrente de crimes de trânsito.

Ressalte-se que cabe ao Estado exercer efetivamente o poder-dever de polícia para que a fiscalização seja eficiente. Para tanto, deve agir intensificando as *blitzes*, adquirindo novos etilômetros em quantidade suficiente para o policiamento ostensivo, além de acompanhar com maior rigor a inspeção anual obrigatória destes equipamentos, evitando que a prova produzida seja desprovida da segurança necessária para incriminar

aqueles que menoscabam a Justiça, a segurança viária e o dever de cuidado com o próximo.

REFERÊNCIAS

BOSCHI, José Antônio Pagnella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

GRECCO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Segurança jurídica e mutações legais*. Disponível em:<www.sachacalmon.com.br/biblioteca/artigos>. Acesso em: 02.03.2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ *Leis penais e processuais penais comentadas.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.