

APELAÇÃO. EMbrIAGUEZ AO VOLANTE. PROVA TÉCNICA PRODUZIDA SEM A ADVERTÊNCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.

1. Do direito constitucional de permanecer calado (artigo 5º, LXIII, do CF) decorre o direito de o imputado não produzir prova contra si mesmo, isto é, o *nemo tenetur se detegere*, garantia constitucional que atinge todas as pessoas sem qualquer diferenciação.

2. Para que haja isonomia de tratamento – evitando-se situações constrangedoras, tais como as noticiadas na mídia, no sentido de que pessoas mais instruídas se neguem a fazer o bafômetro, valendo-se do direito constitucional de não produzir prova contra si e, conseqüentemente, as menos informadas/ instruídas sejam submetidas ao teste – mantém a rejeição da denúncia.

3. Compulsando os autos, em nenhum momento a autoridade policial advertiu o condutor de que ele não era obrigado a se submeter ao bafômetro. Nos sucessivos documentos produzidos na fase pré-processual (termo de ocorrência e declarações na polícia), apenas constou ter sido solicitada a realização do teste do etilômetro, havendo a concordância do condutor.

4. Com isso não se quer defender ou proteger aqueles que dirigem sob efeito do álcool, conduta amplamente reprovável, mas sim evitar situações desiguais: valem-se do direito de não produzir prova contra si mesmo aqueles que estão informados e submetem-se ao bafômetro os desinformados, sofrendo todas as conseqüências daí advindas. Busca-se, com isso, o alcance do tratamento constitucional e igualitário a todos.

APELO DESPROVIDO.

Apelação Crime

Terceira Câmara Criminal

Nº 70045335270

Comarca de Ijuí

MINISTERIO PUBLICO

APELANTE

GUILHERME DE VARGAS GOBBI

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **Desa. Catarina Rita Krieger Martins e Des. Francesco Conti**.

Porto Alegre, 19 de abril de 2012.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI,

Relator.

RELATÓRIO

Des. Nereu José Giacomolli (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra GUILHERME DE VARGAS GOBBI, dando-o como incurso no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, pelo seguinte fato delituoso:

FATO DELITUOSO

No dia 8 de março de 2011 (terça-feira), por volta das 23h40min, na Rua Treze de Maio, nas proximidades da residência de n.º 1578, em frente da *Sorveteria Cremilk*, Bairro Glória, em Ijuí/RS, o denunciado, **GUILHERME DE VARGAS GOBBI**, conduzia o veículo *GM/Monza SL/E*, placas IBQ 2411, cor cinza, chassi 9BGJK11ZJJB051916, renavan n.º 571889182, ano de fabricação 1988 e modelo 1988 (fl. 28), em estado de embriaguez alcoólica (fl. 7), expondo a dano potencial a incolumidade de pessoas que transitavam/trafegavam pelo local.

Na ocasião, o denunciado, em estado de embriaguez, com concentração de álcool por litro de sangue de 1,34mg/l ou 26,8 dl/l (fl. 7), conduzia o veículo acima descrito pela Rua Treze de Maio, nesta cidade, momento em que, de forma imprudente, colidiu o automóvel em uma árvore.

Sinala-se que policiais militares foram acionados, via rádio, para comparecer no local, em virtude da ocorrência do acidente de trânsito. Ao diligenciarem no local, averiguaram que o denunciado encontrava-se com evidentes sinais de embriaguez, razão pela qual foi submetido a teste de alcoolemia e constatada a irregularidade.

A denúncia foi rejeitada em 13.05.2011, com fundamento no artigo 395, III, do Código de Processo Penal (fl. 70).

A sentença foi publicada em 13.05.2011 (fl. 70).

Em face dessa decisão, o Ministério Público interpôs, tempestivamente, recurso de apelação (fl. 171), postulando, nas razões recursais, o recebimento da denúncia e prosseguimento do processo por evidente estado de embriaguez e suficiência probatória da materialidade (fls. 171 a 174).

Com as contrarrazões (fls. 179 a 183), subiram os autos.

Nesta instância, o digno Procurador de Justiça Sérgio Santos Marino opinou pelo provimento do recurso (fls. 188 a 190).

É o relatório.

VOTOS

Des. Nereu José Giacomolli (RELATOR)

Eminentes colegas:

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público, contra a decisão que rejeitou a denúncia pela prática de embriaguez ao volante, em face de suposta afronta ao princípio da isonomia, na medida em que teria o acusado se submetido à realização do teste de etilômetro sem a presença de advogado.

Pretende o Órgão Ministerial a reforma da decisão para que seja recebida a denúncia e processada a ação penal. Alegou haver colidência entre a decisão do magistrado e a vontade do legislador. Argumentou ser desnecessária a presença de advogado no momento da realização do exame de bafômetro. Por fim, aduziu o dever da autoridade policial de colher todas as provas que servirem para o esclarecimento dos fatos. Afirmou haver provas da materialidade do delito.

O juízo *a quo* fundamentou a rejeição da denúncia, devido à ausência de advogado no momento do flagrante, bem como devido à ausência de cientificação do direito de não produzir prova contra si mesmo:

Vistos etc.

Trata-se de analisar auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial em desfavor de GUILHERME DE VARGAS GOBBI, em virtude da prática, em tese, do delito tipificado no artigo 306 do CTB.

Com a alteração da redação do artigo 306 da Lei 9.503/97 pela Lei 11.705/08, o delito em questão passou a ser de mera conduta, vez que presumido o risco de dano pelo simples estado de embriaguez, que, contudo, exige prova técnica.

De efeito, não há mais referência à condução sob efeito de álcool, mas a um determinado grau de concentração de álcool, que não pode ser aferido testemunhalmente:

"Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igualou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer substância psicoativa que determine dependência:"

Não basta, portanto, estar sob a influência de álcool. É preciso que o condutor do veículo esteja com concentração de litro de sangue em nível igualou superior ao exigido na lei.

Assim, como a concentração de álcool no sangue ou por litro de ar expelido somente pode ser aferida por exame de sangue ou litro de etilômetro, conclui-se que o legislador foi infeliz ao alterar a redação do tipo penal.

Isso porque não se fala mais em conduzir veículo automotor sob a influência de álcool, e sim em conduzir veículo com um determinado nível de concentração de álcool no sangue. Portanto, sendo exigida a prova técnica, não há como admitir a hipótese de sua supressão por depoimentos, ainda que a situação de embriaguez seja por demais evidente.

A lei, portanto, é falha nesse aspecto.

Argumentar-se-ia, porém, e com razão, que a intenção do legislador foi a de punir criminalmente quem viesse a conduzir veículo sob a influência de álcool, estabelecendo os seis decigramas como limite de tolerância. Todavia, não foi isso que ocorreu.

Para que fosse possível dar à lei essa interpretação (e em direito penal não se admite interpretação extensiva) bastaria que o tipo penal fosse redigido da forma como era, excluindo-se a exigência de que a conduta causasse perigo de dano.

A solução, portanto, é simples mesmo ao leigo. Não é preciso qualquer tipo de conhecimento especial a respeito de técnica legislativa para concluir que se o dispositivo previsse que constitui crime conduzir veículo sob a influência de álcool, e em um parágrafo estipulasse, por exemplo, que se considera sob a influência de álcool quem se encontrar com seis decigramas ou mais de álcool por litro de sangue, a prova testemunhal poderia ser admitida no caso de haver recusa de submissão ao "bafômetro", pois neste caso a palavra dos policiais, como ocorre com diversos outros tipos de crime, servia de prova da materialidade da infração.

O exame do etilômetro ou de sangue seria, então, instrumento posto à disposição do condutor para desconstituir a alegação dos policiais no sentido de que haveria condução

sob a influência de álcool, e não condição para a tipificação do delito, como ocorre com a atual lei.

A lógica seria inversa: constatando-se situação óbvia de embriaguez, seria ela atestada por testemunhas e essa prova bastaria para a tipificação do delito. Por outro lado, seria dada a oportunidade ao condutor flagrado nessa situação de demonstrar que os policiais eventualmente estariam equivocados e a concentração de álcool no seu sangue estaria dentro dos limites legais, sempre se assegurando, porém, ao acusado, a ampla defesa com os meios a ela inerentes.

Simple assim.

Não é isso, no entanto, o que se tem.

A lei em vigor exige prova de que o condutor esteja concentração de álcool por litro de sangue em um determinado patamar, de forma que não é possível fazer tal prova sem a sua concordância.

De se referir, ainda, que o dispositivo que recusa a submissão a exame para aferir a concentração de álcool importa na aplicação da sanção administrativa correspondente, apesar da sua duvidável onstitucionalidade, tem aplicação somente nessa seara (administrativa).

Criminalmente não se poderia sequer cogitar de tal hipótese por uma questão muito simples: ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si.

Por isso, caso a redação do dispositivo fosse outra, invertendo-se a lógica conforme antes demonstrado, a prova da embriaguez seria a palavra dos policiais e o exame, de sangue ou do etilômetro, serviria apenas para desconstituí-la.

Em outras palavras, o policial diria ao condutor, por exemplo: "estou vendo que o senhor está embriagado, e por isso vou lhe prender. Querendo provar que não está embriagado o senhor pode se submeter a exame".

Essa era a sistemática anterior, apenas com a diferença de que se exigia que a condução sob a influência de álcool gerasse perigo de dano.

E por essas razões, não havendo concordância do condutor em se submeter a exame de ar-alveolar (bafômetro), nem a e de sangue, a pretensão acusatória do Estado fica obstada.

Registre-se que sequer flagrantes são lavrados nessas circunstâncias, e quando o são, não são homologados, pois ausente a prova da materialidade da infração.

Obviamente que se o condutor concordar em se submeter ao exame e, assim, produzir prova contra si, como é o caso &OS autos, em que se atestou que o acusado encontrava-se com 1 ,34mg de álcool por litro de ar expedido dos pulmões, poder-se-ia afirmar provada a materialidade da infração, ainda que ausente qualquer risco concreto de dano à incolumidade pública.

Ocorre, contudo, que como tal prova é irrepetível, e a submissão a esse exame tem como único objetivo comprovar a materialidade do crime, nesse momento o condutor já pode ser considerado, *latu sensu*, como **acusado**, a quem, nos termos do disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição, deve ser assegurada a ampla defesa, com os meios a ela inerentes, dentre, eles, por óbvio, a assistência por advogado.

Pergunta-se, então: caso o acusado soubesse que poderia se recusar a produzir prova contra si - o que lhe poderia ter sido referido caso tivesse sido assegurado o direito a assistência jurídica - teria ele concordado em se submeter ao exame?

A resposta é óbvia, e o prejuízo à defesa, portanto, está mais do que evidenciado.

Qualquer pessoa juridicamente iniciada, ou que acompanhe os julgamentos de feitos dessa natureza, sabe que sem a prova técnica a ação penal é inviável.

Portanto, o que o legislador acabou criando com a alteração desse tipo penal foi um crime que somente pode ter a sua materialidade comprovada se a pessoa acusada não tiver conhecimentos jurídicos ou não for assistida por advogado, hipótese em que será, inclusive presa em flagrante.

Ora, é inadmissível que a ausência de assistência jurídica por ocasião de uma abordagem policial possa conduzir o cidadão, por desconhecimento do direito de não ser obrigado a produzir prova contra si, à prisão em flagrante.

Também é inadmissível, sem ferir de morte o princípio da ampla defesa, que se considere válida a decisão tomada por quem não se encontrava, ao ser "solicitado" a produzir a prova, minimamente assistido juridicamente. Isso seria o mesmo que considerar válida a confissão tomada pela autoridade policial sem a presença de advogado.

Mas mesmo que se admita a validade dessa decisão, tomada por quem não tem conhecimentos jurídicos e se encontra sem assistência, seria exigível, no mínimo, que a pessoa fosse cientificada pela autoridade policial ou de trânsito a respeito de não estar obrigada a se submeter ao exame.

Sem a adoção desse procedimento (cientificar, por escrito, o acusado de que não está obrigado a se submeter ao exame pois isso poderá implicar na produção de prova contra si), criam-se casos, na prática de gritante violação ao princípio da igualdade. Punem-se aquelas pessoas juridicamente ignorantes, que se submetem à solicitação ou até mesmo à pressão da autoridade policial para que realizem o exame, enquanto que a elite jurídica do país seguirá dirigindo embriagada e causando acidentes, imune à persecução penal por saber que a única forma de ser punida é produzindo *prova* contra si.

Hipótese mais clara que essa de tratamento igualitário de desiguais dificilmente será produzida por nossos legisladores.

Dessa forma, como no caso dos autos o acusado não *estava* assistido juridicamente, **nem foi cientificado de que não estava obrigado a produzir a prova contra si**, não se pode admitir como *válido* o exame de ar-alveolar sob pena de violação ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Em outras palavras, como não há *prova* de que tenham sido assegurados ao acusado, por ocasião da produção da *prova* da materialidade da infração, os meios e recursos inerentes à ampla defesa, é nula essa *prova*.

Por essas razões, em que pese atendidas todas as formalidades legais, não é possível a homologação do auto de prisão em flagrante.

Determino, assim, que o *valor* recolhido a título de fiança seja devolvido ao acusado.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIII, garante expressamente o direito ao silêncio, nos seguintes termos: *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.*

Do direito constitucional de permanecer calado decorre o direito de o imputado não produzir prova contra si mesmo, isto é, o *nemo tenetur se detegere*, garantia constitucional que atinge todas as pessoas sem qualquer diferenciação.

Pois bem.

Para que haja isonomia de tratamento – evitando-se situações constrangedoras, tais como as noticiadas na mídia, no sentido de que pessoas mais instruídas se neguem a fazer o bafômetro, valendo-se do direito constitucional de não produzir prova contra si e, conseqüentemente, as menos informadas/ instruídas sejam submetidas ao teste – mantenho a rejeição da denúncia, acolhendo os embargos infringentes.

Isso porque, compulsando os autos, em nenhum momento a autoridade policial advertiu o condutor de que ele não era obrigado a se submeter ao bafômetro. Nos sucessivos documentos produzidos na fase pré-processual (termo de ocorrência e declarações na polícia), apenas constou ter sido solicitada a realização do teste do etilômetro, havendo a submissão do condutor, sem qualquer advertência de que não estaria obrigado a soprar o aparelho.

Ressalto que com isso não se quer defender ou proteger aqueles que dirigem sob efeito do álcool, conduta amplamente reprovável, mas sim evitar situações desiguais: valem-se do direito de não produzir prova contra si mesmo aqueles que estão informados e submetem-se ao bafômetro os desinformados, sofrendo todas as conseqüências daí advindas. Busca-se, com isso, o alcance do tratamento constitucional e igualitário a todos.

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso.

Desa. Catarina Rita Krieger Martins (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

Des. Francesco Conti - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - Presidente - Apelação Crime nº 70045335270,
Comarca de Ijuí: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ."

Julgador(a) de 1º Grau: VINICIUS BORBA PAZ LEAO