

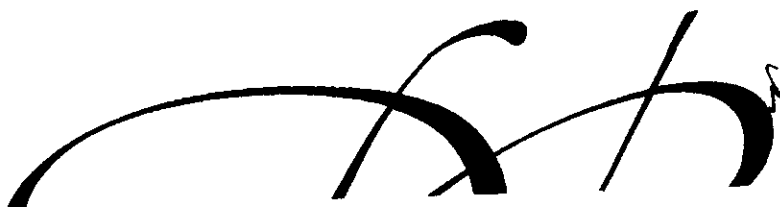
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO  
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E  
TERRITÓRIOS.

**URGENTE**

Os advogados MARCELO TURBAY FREIRIA e CLAUDIO DEMCZUK DE ALENCAR, brasileiros, o primeiro solteiro, inscrito nos quadros da OAB/DF sob o número 22.956, com endereço profissional sito ao SHS, Q. 6, Bloco C, salas 1505/1506, Complexo Empresarial Brasil 21, nesta capital; o segundo, casado, inscrito nos quadros da Seccional da OAB/DF sob o número 24.725, com endereço profissional no SCN, Q. 5, Bloco A, nº 50, sala 432, Centro Empresarial Brasília Shopping, nesta capital, vêm, perante Vossa Excelência impetrar a presente

ORDEM DE HABEAS CORPUS

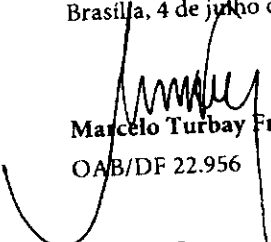
com pedido de liminar, ao final formulado, em favor de E. L. F., brasileiro, separado judicialmente, jornalista, portador da CJRG nº 000000000, expedida pelo IFP/RJ, inscrito no CPF sob nº 000000000, residente e domiciliado na SQN 000, Bloco 000, apartamento 000, Asa Norte, Brasília (DF), contra ato do eminente Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília que, nos autos do processo nº 2008.01.1.036155-3, recebeu denúncia formulada em desfavor do paciente, instaurando ação penal civada de ausência de justa causa, fundada na superveniente atipicidade de sua conduta.



Para tanto, os impetrantes, que nesta toada juntam cópia integral dos autos do processo retro-assinalado à presente impetração, arrimam-se nos preceitos inscritos nos artigos 5º, LXVIII, da Constituição Federal, 647, 648, inciso I, do Código de Processo Penal e, ainda, nos relevantes motivos de fato e de direito que, em anexo, passam a expor.

Termos em que,  
p. deferimento.

Brasília, 4 de julho de 2008.

  
Marcelo Turbay Freiria  
OAB/DF 22.956

  
Cláudio Demczuk de Alencar  
OAB/DF 24.725

EGRÉGIO TRIBUNAL,  
COLEDA TURMA,  
DOUTO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO,

**1 – SÍNTESE DOS FATOS E DO OBJETO DO WRIT**

No dia 3 de abril do corrente ano, por volta das 23h00, o paciente, envolvendo-se em acidente automobilístico - sem vítimas - ocorrido na altura da CLN 302, da Asa Norte, nesta capital, dirigia o veículo Ford Fiesta, placa JEL 889/DF, quando colidiu na traseira de outro automóvel.

Naquela oportunidade, o paciente dirigiu-se espontaneamente, na companhia de seu advogado e junto aos policiais militares que atenderam a ocorrência policial, à 2ª Delegacia de Polícia Civil do Distrito Federal, ocasião em que, lavrado o Boletim de Ocorrência, foi encaminhado ao Instituto Médico Legal (IML), para a realização de teste clínico de embriaguez.

Cumpre destacar que, na oportunidade, o paciente não foi chamado a submeter-se ao “teste do bafômetro”, eis que a autoridade policial não dispunha do equipamento necessário naquele momento. Tampouco foi solicitado ao paciente que autorizasse a coleta de sangue para exame laboratorial de teor alcoólico, restringindo-se o médico perito plantonista a fazer apontamentos clínicos que resultaram ao final - para o assombro da defesa, cumpre dizer - na conclusão de que o paciente estava cl clinicamente embriagado (fls. 6).

Sobrevindo tal resultado, o defendente encaminhou-se novamente ao distrito policial, quando lhe foi dada voz de prisão, imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

ocasião em que foi arbitrada fiança na desproporcional quantia de R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais).

No dia 8 de maio próximo passado, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor do paciente, de que se extrai, às fls. 02/03:

Consta dos autos que o acusado conduzia, no referido local, o veículo Ford/Fiesta, placa JEL [REDACTED] VDF, tendo colidido violentamente na traseira do veículo GM/Corsa, placa JGI [REDACTED] RJ, de propriedade de E [REDACTED] da C [REDACTED], que, por sua vez, acabou colidindo na traseira de outro.

Posteriormente, policiais militares foram acionados via CIADE e chegaram ao local, constatando que o denunciado apresentava sinais de embriaguez e encaminhando-o para o IML, cujo laudo preliminar de embriaguez foi positivo.

Assim, por estar o denunciado E [REDACTED] L [REDACTED] F [REDACTED] incurso nas penas no art. 306, da lei 9503/97, requer, após o recebimento e autuação desta, a citação do denunciado para interrogatório, enfim para se ver processar até julgamento final, sob pena de revelia, notificando-se as pessoas do rol abaixo para, sob as cominações da lei, virem depor em juízo em dia e hora determinados.

Recebida a denúncia pelo douto juízo processante em 23 de maio do corrente, designou-se audiência de interrogatório para o dia 5 de agosto próximo futuro (fls. 38).

Ocorre, todavia, que recentemente, com a edição na Lei 11.705/2008, que entrou em vigor no último dia 20 de junho, alterando o supramencionado dispositivo do Código de Trânsito, criou-se hipótese de conflito de leis penais no tempo, eivando a ação penal em referência de ausência de tipicidade, impondo-se, desta feita, constrangimento ilegal patente e irremediável.

**2 - DA NECESSÁRIA AFERIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO DE  
ÁLCOOL NO SANGUE PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME  
DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**

A edição da Lei 11.705/2008 provocou uma importante alteração no texto do art. 306, da Lei 9.503/97, que passou a contar com a seguinte redação:

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:

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.

Numa análise absolutamente simples e objetiva do novo texto legal, é possível verificar que a redação atual, ao contrário do artigo anteriormente vigente, assinala que para a configuração do delito de embriaguez ao volante, passa a ser necessária a constatação de concentração de álcool por litro de sangue da ordem de 6 (seis) decigramas, ou três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões<sup>2</sup>.

Semelhante percentual, que, por óbvio, só pode ser precisamente aferido em exame realizado por intermédio de etilômetro<sup>3</sup> ou por exame laboratorial, não se fazia necessário para a caracterização do crime no diploma anterior, sendo comumente suprido por um precário exame clínico que, por sinal, avaliava apenas se o periciando aparentava embriaguez, sem precisar, todavia, a graduação alcoólica existente no sangue ou nos alvéolos pulmonares.

<sup>2</sup> Art. 2º do Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008: "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".

<sup>3</sup> Vulgarmente chamado "bafômetro".

Observe-se, portanto, que com a nova redação do artigo, criou-se hipótese de conflito de leis penais no tempo, em que se vislumbra clara alteração de requisito elementar de configuração do crime. Ora, o fato é que se antes era possível ser criminalmente processado nas penas do art. 306, da Lei 9.503/97, pela simples aparência de embriaguez alcoólica<sup>4</sup>, agora é indispensável a constatação de percentual etílico no sangue.

E a despeito do pouco tempo em que a lei está em vigência, a doutrina já se inclina na linha aqui propugnada, donde cumpre citar recente artigo de autoria do professor ALDO DE CAMPOS COSTA, de que se extrai o seguinte excerto:

Em sua redação original, o artigo 306 da Lei nº 9.503/97 incriminava a conduta de quem conduziu veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outras pessoas, independentemente da taxa de alcoolemia, já que a infração podia ser caracterizada através da prova testemunhal de que o condutor apresentava notórios sinais resultantes do consumo de substância etílica.

O novo texto do dispositivo, entretanto, passou a exigir prova da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas - a ser aferida por exame de sangue - ou concentração de álcool igual ou superior a 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões - a ser aferida por bafômetro - para eventualmente tipificar-se a conduta de quem conduz veículo automotor, na via pública, naquelas condições. É o que se extrai de sua descrição legal.<sup>5</sup>

Logo, não há dúvidas de que na nova sistemática, é absolutamente indispensável que o acusado tenha se submetido a exame laboratorial ou ao teste do bafômetro (sobrevindo o resultado positivo) para que se preencha a seguinte elementar do tipo penal: a verificação de embriaguez! Caso contrário, não há crime.

<sup>4</sup> Atentando-se para o fato de que a lei prevê outras formas de embriaguez que não a alcoólica para a caracterização do crime previsto no referido art. 306, o que, por óbvio, não se coaduna à hipótese dos autos.  
<sup>5</sup> COSTA, Aldo de Campos. *Nova lei é benéfica para os acusados de embriaguez ao volante*. Disponível em [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080702115524661](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080702115524661). Capturado em 2 julho. 2008.

Perceba, Excelência, que, em sua feição original, a redação da infração administrativa prevista no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, requeria que o motorista portasse mais de 6 decigramas de substância etílica por litro de sangue<sup>6</sup>.

Aquele tempo, DAMÁSIO DE JESUS já alertava que:

adotado o sistema do Código de Trânsito Brasileiro, no tocante às definições típicas da infração administrativa e do crime de embriaguez ao volante (artigos 165 e 306, respectivamente), não havia como deixar de reconhecer grave contraste no tratamento dos dois fatos. Assim, um motorista com 6,1 decigramas de álcool por litro de sangue, dirigindo seu veículo regularmente, respondia pela infração administrativa, mas não pelo crime; em outra ocasião, embora apresentando 5 decigramas, mas conduzindo-o anormalmente, cometia o delito, porém não a infração administrativa do artigo 165<sup>7</sup>.

E não foi por outra razão que o legislador, percebendo a mencionada impropriedade, editou a Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, que alterou a redação do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, omitindo o elemento normativo extra-penal referente ao limite da taxa de alcoolemia, não fazendo constar mais dele a exigência de mais de 6 decigramas de substância etílica por litro de sangue<sup>8</sup>.

Atualmente, basta que o motorista dirija sob a influência de substância alcoólica ou de entorpecente, ainda que não supere o extinto limite legal de alcoolemia de 6 decigramas de substância etílica ou de efeito semelhante por litro de sangue, para que responda pela infração administrativa do artigo 165 do Código de Trânsito.

<sup>6</sup> "Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica".

<sup>7</sup> JESUS, Damásio de. Crime de embriaguez ao volante: a alteração do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro e o nível de tolerância na ingestão de substância alcoólica ou de efeito análogo (taxa de alcoolemia). São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio 2006. Disponível em: <[www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)>.

<sup>8</sup> "Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica".

*Mutatis mutandis*, é exatamente esse o quadro legislativo em que atualmente nos encontramos. A modificação da redação do art. 306 do Código de Trânsito trazida pela recentíssima Lei 11.705/2008 deixou de exigir a influência da substância inebriante na condução do veículo, que passa a depender da verificação precisa da taxa de alcoolemia.

Com o advento pela Lei 11.705/2008 são duas as condutas atualmente incriminadas pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro:

(a) conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas e

(b) conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Sobre a possibilidade da segunda parte do artigo 306 da Lei 9503/97 ("sob a influência de qualquer outra substância psicoativa") referir-se também à influência de substância alcoólica, o escólio de LUIZ FLÁVIO GOMES foi taxativo:

quando se trata de álcool é uma coisa; quando se trata de "outra substância psicoativa que determine dependência" (maconha, por exemplo) seria outra coisa. Na hipótese de álcool o tipo legal (a letra da lei) não exige estar "sob a influência"; no caso de maconha ou outra droga a letra da lei exige "estar sob a influência".

É de se notar que paciente foi submetido, exclusivamente, a exame clínico de embriaguez, ocasião em que nem mesmo se facultou a ele a possibilidade de ser submetido ao bafômetro ou a se extrair amostra de

\*GOMES, Luiz Flávio. Reforma do Código de Trânsito (Lei nº 11.705/2008): novo delito de embriaguez ao volante. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11453>>. Acesso em: 04 jul. 2008.

sangue para análise. Ora, semelhantes apontamentos clínicos – bastante questionáveis, diga-se de passagem – não são suficientes para que se afira, com precisão, a taxa de alcoolemia existente na corrente sanguínea do examinando.

Logo, não sendo possível precisar o percentual alcoólico existente no sangue, na atual sistemática da lei, não resta caracterizada a conduta prevista no tipo.

### **3 – A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA**

É mais que assente na doutrina e na jurisprudência pátrias o princípio da retroatividade da lei penal nova mais benéfica ao acusado, alçado, por sinal, à condição de preceito fundamental, insculpido no artigo 5º, XL, da Carta Magna<sup>10</sup>.

As considerações apostas até o momento revelam claramente que, neste ponto, a inovação legislativa trazida no corpo da Lei 11.705/2008 representa inequívoca alteração benéfica aos indivíduos que estão sendo processados (ou já foram condenados) pelo crime em apreço, devendo, portanto, ser aplicada às situações ocorridas anteriormente a sua vigência.

O fato é que o legislador, ao criar um novo requisito explícito essencial à fundamentação do injusto – aferição de percentual alcoólico naquela margem assinalada –, acabou por implementar no tipo penal hipótese excludente do próprio crime que, quando não realizada, não permite a configuração do delito, por se tratar de circunstância elementar deste.

<sup>10</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Denota-se, pois, que a consumação do crime de embriaguez, na lei anterior, era de fácil caracterização, enquanto no diploma vigente enfrentará maiores dificuldades, pois deverá passar, obrigatoriamente, pela concretização do requisito explícito apontado, o que representa uma situação materialmente benéfica aos cidadãos criminalmente processados nestas penas.

Neste sentido, as lúcidas considerações do professor LUIZ FLÁVIO GOMES:

A retroatividade não é facultativa, sim, obrigatória. O comando normativo derivado de uma lei penal nova mais benéfica ao réu deve ser cumprido pelo juiz compulsoriamente. De outro lado, a lei nova mais favorável deve ser aplicada tanto em favor do acusado (quando o processo ainda está em andamento) como do condenado definitivo (CP, art. 2º, parágrafo único). Ou seja: mesmo após a sentença final (com trânsito em julgado), incide no caso concreto a lei penal nova mais favorável<sup>11</sup>.

Na mesma linha, no que importa ao delito em análise, cumpre novamente exortar o artigo doutrinário de ALDO DE CAMPOS COSTA, a que já tivemos oportunidade de fazer menção:

Ora, ao inserir o nível de tolerância na ingestão de substância alcoólica no tipo penal, o legislador beneficiou automaticamente todos os motoristas que respondem a processo pelo crime de embriaguez ao volante e que não se submeteram ao teste do bafômetro ou não tiveram amostra de seu sangue colhida na oportunidade de seu flagrante, ainda que seu estado de ebriedade pudesse ser constatado através de outros instrumentos previstos em lei.

Por outro lado, tendo em vista o reduzido número de bafômetros de que dispõem os organismos fiscalizadores de trânsito[2], bem como a orientação jurisprudencial de nossos tribunais no sentido de não admitir que o motorista seja obrigado a ceder sangue para o exame laboratorial, nem soprar no aparelho de ar alveolar,

<sup>11</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: parte geral: volume 2. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 95

constata-se - com alguma perplexidade - que a partir da redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.705/08, o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro se tornou letra morta.

Em casos assim, a inovação legislativa mais benéfica alcança não apenas os casos de embriaguez ao volante em andamento na justiça, mas também aqueles já transitados em julgado, em que a constatação do nível de embriaguez do motorista foi suprida por exame clínico, laboratorial ou prova testemunhal, e que resultaram em condenação em face do dispositivo legal vigente à época.

Feitas tais considerações, conclui-se que com o advento da nova redação do art. 306, da Lei 9.503/97, verifica-se hipótese superveniente de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal em tela, fundada na superveniente atipicidade da conduta, já que a não observância da apontada circunstância elementar do crime de embriaguez ao volante na hipótese fulmina o próprio tipo penal, caracterizando assim o constrangimento ilegal aqui combatido.

#### IV - PEDIDOS

O *fumus boni iuris* mostra-se evidente por todas as considerações aqui esposadas, bastando a simples leitura do teor da denúncia ofertada, cotejada com os apontamentos críticos realizados – adstritos a matéria exclusivamente de direito, permeada, por óbvio, de uma notável e singular importância prática e histórica – para que seja verificado na espécie.

O *periculum in mora*, por sua vez, consiste na proximidade da realização da audiência de interrogatório designada para o próximo dia 5 de agosto, às 13h30, quando será oportunizada ao paciente a aceitação de proposta de suspensão condicional do processo, consolidando assim o constrangimento ilegal aqui apontado.

Necessária se faz, portanto, a concessão de medida liminar para suspender a realização da referida audiência até o julgamento do mérito do presente *writ*.

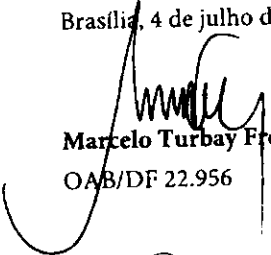
Diante do exposto, os impetrantes requerem:

(a) seja concedida a medida liminar pleiteada, para que se suspenda a realização da audiência de interrogatório designada para o dia 5 de agosto próximo futuro, às 13h30, até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*;

(b) seja, ao final, concedida a ordem para trancar a ação penal em definitivo, por ausência de justa causa, fundada na ausência de preenchimento de elementar do tipo penal do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o que descaracteriza, por conseguinte, a própria conduta típica e, por fim, determinando o arquivamento do presente feito.

Termos em que,  
p. deferimento.

Brasília, 4 de julho de 2008.

  
**Marcelo Turbay Freiria**  
OAB/DF 22.956

  
**Cláudio Demczuk de Alencar**  
OAB/DF 24.725

PROCURAÇÃO

**OUTORGANTE:** MARCELO TURBAY FREIRIA, brasileiro, solteiro, inscrito nos quadros da OAB/DF sob o número 22.956, com endereço profissional no Complexo Empresarial Brasil XXI, Business Center Tower, Bloco C, salas 1505/1506, Brasília (DF), telefone 3202-0993, fax 3039-5663.

**OUTORGADOS:** o advogado CONRADO DONATI ANTUNES e as estagiárias GABRIELLE QUEIROZ MARQUES e LUCY MARANGON BARBOSA, todos brasileiros, solteiros, inscritos na Seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente sob os números 26.903, 6.851/E e 8.680/E, com escritório profissional situado no Complexo Empresarial Brasil XXI, Business Center Tower, Bloco C, salas 1505/1506, Brasília (DF), telefone 3202-0993, fax 3039-5663.

**PODERES:** para fielmente representá-lo, no que couber, nos autos do presente *habeas corpus*, impetrado neste Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nesta capital.

Brasília, 4 de julho de 2008.

MARCELO TURBAY FREIRIA  
OUTORGANTE

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS 04/07/2008 16:05**

|               |                                                    |
|---------------|----------------------------------------------------|
| Órgão:        | 1a Turma Criminal (Palácio da Justiça - Térreo)    |
| Processo      | 2008 00 2 009130-0                                 |
| Espécie:      | Habeas Corpus                                      |
| Assunto:      | 5ª VCR BSB 36155-3/08 IP 191/08                    |
| Origem:       | MARCELO TURBAY FREIRIA                             |
| Impetrante(s) | CLAUDIO DEMCZUK DE ALENCAR                         |
| Paciente      | <del>EDUARDO L. F. FREIRE</del>                    |
| Advogado      | * MARCELO TURBAY FREIRIA                           |
|               | * CLAUDIO DEMCZUK DE ALENCAR                       |
| Relator:      | SANDRA DE SANTIS                                   |
|               | ÚLTIMOS ANDAMENTOS                                 |
| 3 04/07/2008  | DISTRIBUIÇÃO                                       |
|               | Relatora : Desª SANDRA DE SANTIS                   |
|               | Tipo : DISTRIBUIÇÃO ALEATÓRIA                      |
|               | Órgão: 1ª Turma Criminal                           |
| 2 04/07/2008  | REMESSA A OUTRO ÓRGÃO                              |
|               | Destinatário: SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS |
|               | JUDICIAIS - SERDIA                                 |
| 1 04/07/2008  | AUTUAÇÃO                                           |