

**MPSP**

MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

# CAO-Crim

## Boletim Criminal **Comentado** - junho 2019 (semana 1)

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais  
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal  
Arthur Pinto Lemos Junior

**Assessores**  
Fernanda Narezi Pimentel Rosa  
Marcelo Sorrentino Neira  
Paulo José de Palma  
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras  
Rogério Sanches Cunha

**Analista Jurídica**  
Ana Karenina Saura Rodrigues

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>3</b>
<b>1 - Tema: Lei 13.834/19: Tipifica o crime de denúncia caluniosa para fins eleitorais .....</b>	<b>3</b>
<b>2 - Tema: Lei 13.836/19: Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei Maria da Penha.....</b>	<b>8</b>
<b>3 - Tema: A Lei nº 13.840/19, e o §4º acrescentado ao art. 306 do CTB (exigência de que o aparelho utilizado para prova da infração seja homologado pelo INMETRO) .....</b>	<b>8</b>

## ESTUDOS DO CAOCRIM

### **1 – Tema: Lei 13.834/19: Tipifica o crime de denúncia caluniosa para fins eleitorais**

---

A denúncia caluniosa é há muito tipificada no art. 339 do Código Penal como a conduta consistente em dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

Trata-se de um crime contra a administração da Justiça, impulsionada inútil e criminosamente; em segundo lugar, protege-se a honra da pessoa inocente a quem se imputa o ilícito penal. A Lei 13.834/19 inseriu no Código Eleitoral um tipo muito semelhante, que se diferencia sobretudo pelo propósito sob o qual atua o agente: a finalidade eleitoral. O tipo está no art. 326-A e consiste no seguinte:

“Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral”

E, assim, como no art. 339 do CP, há dois parágrafos. O primeiro contém causa de aumento de pena para as situações em que o agente se serve do anonimato ou de nome suposto; o segundo diminui a pena se a imputação é de prática de contravenção.

A pena abstratamente cominada é idêntica à do Código Penal: reclusão de dois a oito anos, além da multa.

Vejamos a seguir a síntese dos elementos relativos à nova tipificação.

#### **(A) Sujeitos do delito**

O crime é comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive por advogado e pelas autoridades titulares dos procedimentos elencados no tipo. Por exemplo, o promotor de Justiça eleitoral que denunciar alguém para fins eleitorais o sabendo inocente pratica o delito.

Ao tratar do art. 339 do CP, a doutrina, de forma quase unânime, alerta que nas hipóteses em que o delito falsamente imputado ao inocente depender de queixa ou representação da “vítima” somente esta (ou seu representante legal) poderá praticar o crime. Assim, por exemplo, uma denúncia caluniosa versando sobre ameaça só pode ser praticada pela falsa “vítima” (ou seu representante), titular do direito de representação, condição para o início das investigações e da ação penal. Esta limitação não incide no tipo do art. 326-A, porque todos os crimes eleitorais são de ação penal pública incondicionada (art. 355).

Sujeito passivo é o Estado, atingido na fiel administração da Justiça Eleitoral. Figura, ainda, como vítima secundária, a pessoa inocente denunciada.

### **(B) Conduta**

O novo tipo penal pune a conduta daquele que dá causa (provoca), direta ou indiretamente (por interposta pessoa) a instauração de procedimento oficial, imputando a determinada pessoa, sabidamente inocente, a prática de crime ou ato infracional.

Há uma nota distintiva, neste ponto, no tipo da denúncia caluniosa eleitoral: a menção expressa ao ato infracional<sup>(1)</sup>, inexistente na redação do art. 339 do CP. Assim, se no crime tipificado no Código Penal pode haver discussão sobre a possibilidade de que alguém cometa a denúncia caluniosa imputando falsamente um crime a alguém menor de dezoito anos (que, a rigor, não pode ter contra si um crime imputado), na denúncia caluniosa eleitoral a dúvida é absolutamente afastada.

Pode-se ainda imputar falsamente uma contravenção penal, caso em que a pena é diminuída (§ 2º).

Trata-se de infração de execução livre (não há formas preestabelecidas por lei), cuja ação nuclear consiste em dar causa, não importando se pela palavra escrita ou oral – já que a *delactio criminis* pode ser ofertada oralmente ou por escrito –, desde que seja falsa. São abrangidos pelo tipo os seguintes procedimentos:

→ Investigação policial: o tipo começa punindo aquele que, mediante notícia mentirosa, dá causa à instauração de investigação policial. A simples leitura do tipo incriminador nos conduz à conclusão de que se dispensa a instauração de inquérito policial para que o crime se caracterize. Basta que a falsa imputação acarrete investigação policial simples e informal (movimentação da autoridade no sentido de apurar os fatos). A propósito:

“Para a configuração do crime previsto no artigo 339 do Código Penal, é necessário que a denúncia falsa dê ensejo à deflagração de uma investigação administrativa, sendo prescindível, contudo, que haja a formalização de inquérito policial ou de termo circunstanciado.” (STJ: HC 433.651/SC, DJe 20/3/2018).

→ Processo judicial: em seguida, pune-se o agente que, imbuído de má-fé, dá causa à instauração de processo judicial. Adverte a doutrina que somente será objeto do delito em questão o processo penal, considerando-se instaurado no momento do recebimento da inicial;

→ Investigação administrativa: o denunciante imputa a outrem fato que, além de infração administrativa, constitui ilícito penal e dá ensejo a investigação na esfera apropriada;

---

<sup>1</sup> Segundo a definição do art. 103 da Lei 8.069/90, ato infracional é “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

→ Inquérito civil: trata-se do procedimento investigatório disposto na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) que serve ao Ministério Público (titular exclusivo) para apurar lesão ou perigo de lesão a interesses difusos e coletivos indisponíveis. Da mesma forma que na alínea anterior, o denunciante deve imputar ao inocente, juntamente com a violação de qualquer norma, fato penalmente tipificado;

→ Ação de improbidade administrativa: aqui, como nas duas hipóteses precedentes, o fato injustamente imputado ao terceiro deve estar definido também como ilícito penal. Ressalte-se que nem todos os atos de improbidade administrativa são tipificados criminalmente. Se na denúncia por falso ato de improbidade não houver crime, o agente incorrerá somente nas penas previstas no art. 19 da Lei 8.429/92 (“constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente”).

E se o agente imputar falsamente um ilícito penal já atingido pela extinção da punibilidade? Há ainda assim denúncia caluniosa?

A circunstância extintiva da punibilidade impede, sem dúvida, a investigação criminal ou o processo penal, mas não inibe, por si só, a instauração dos demais procedimentos oficiais (administrativos) referidos no tipo, isto é, a investigação administrativa, o inquérito civil ou a ação de improbidade. Dentro desse espírito, a injusta imputação de um crime já prescrito a alguém que se sabe inocente pode, ainda assim, ensejar a instauração de procedimento investigatório extrapenal, configurando o delito de denúncia caluniosa.

### **(C) Voluntariedade**

O dolo se consubstancia na vontade consciente de o agente dar causa à instauração de um dos procedimentos oficiais elencados no caput, imputando a outrem um ilícito penal, sabendo ser ele inocente. Entende-se, ante o texto da lei, que o dolo será apenas o direto, não se admitindo dolo eventual, pois o tipo exige a ciência da inocência da vítima:

“Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, para caracterização do crime de denúncia caluniosa é imprescindível que o sujeito ativo saiba que a imputação do crime é objetivamente falsa ou que tenha certeza de que a vítima é inocente.” (STJ: RHC 106.998/MA, j. 21/2/2019)

Não obstante, parece-nos perfeitamente possível o dolo eventual, especialmente no caso de o agente imputar a determinada pessoa, que sabe inocente, a prática de um crime narrando para um terceiro a notícia mentirosa e assumindo o risco de que o ouvinte a transmita à autoridade policial, culminando na instauração de inquérito policial. Está claro que a expressão “saber inocente” liga-se à consciência do agente, podendo a vontade de realizar o crime ser direta (dolo direto) ou indireta (dolo eventual).

Não se admite, evidentemente, o dolo superveniente. Assim, aquele que, de boa-fé, no estrito exercício do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, a, da CF), noticia um crime que pensa praticado pela pessoa indicada, não pratica denúncia caluniosa, ainda que tempos depois descubra que sua iniciativa foi equivocada.

Por fim, no art. 326-A do Código Eleitoral se acrescenta um elemento especial: a finalidade eleitoral, que normalmente se identifica em ataques contra a honra e a imagem pública de adversários políticos, especialmente em períodos que antecedem imediatamente as eleições.

#### **(D) Consumação e tentativa**

Consuma-se o delito com a iniciação das diligências investigativas ou dos demais procedimentos elencados no *caput*.

Na denúncia caluniosa do Código Penal há certa controvérsia de que não está imune o novo tipo penal. Há quem sustente que para o Ministério Público propor a ação penal contra o autor da denúncia é necessário aguardar a conclusão do procedimento a que o agente injustamente deu causa, pois, do contrário, há o risco de conflito entre decisões (Hungria e Bento de Faria). Mirabete, seguindo as lições de Fragoso, com razão, discorda e logo explica: “Não é pressuposto da instauração de ação penal o arquivamento de inquérito policial aberto a pedido do indigitado autor do crime de denúncia caluniosa para só então valer aquele como peça de informação à persecutio criminis do Estado. Assim tem-se decidido, inclusive no STF (RT 568/373, 536/283, 390/69). Isso porque a prova da inocência da pessoa que foi acusada falsamente pode ser qualquer uma” (*Manual de direito penal*, v. 3, p. 395). A respeito, já decidiu o STJ:

“A alegação de que seria indispensável o arquivamento formal do inquérito policial indevidamente instaurado, para só depois se processar o crime de denúncia caluniosa, não merece prosperar, quando evidenciado que foi no próprio inquérito policial instaurado para apurar o crime de abuso de autoridade, indevidamente imputado à vítima, que se verificou tratar-se de atribuição falsa de crime a pessoa sabidamente inocente.” (RHC 50.672/SP, j. 18/9/2014)

A tentativa é admitida nos casos em que, apesar da imputação, a autoridade policial não inicia procedimento investigatório, ou ainda nos casos em que os demais procedimentos não são iniciados por circunstâncias alheias à vontade do agente.

#### **(E) Majorante e minorante de pena**

O § 1º do art. 326-A aumenta a pena de sexta parte “se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto”. Como bem explica Hungria ao comentar o art. 339 do CP:

“O indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um plus de pena.” (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, v. 9, p. 469).

O § 2º prevê causa de diminuição de pena pela metade se o agente imputa ao denunciado a prática de contravenção.

#### **(F) Competência**

Antes da inserção do 326-A no Código Eleitoral, quem cometesse denúncia caluniosa no contexto eleitoral respondia penalmente como incurso no art. 339 do CP, cuja competência era da Justiça Federal, pois, afetada a administração da Justiça Eleitoral, considerava-se prejudicado um interesse da União (art. 109, inc. IV, da Constituição Federal). Agora, com a nova tipificação específica, a competência passa a ser da Justiça Eleitoral.

#### **(G) Veto presidencial**

O projeto de lei aprovado contemplava um terceiro parágrafo com uma forma equiparada do delito. Segundo o dispositivo, incorreria nas mesmas penas do *caput* o indivíduo que, ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulgasse ou propalasse, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe havia sido falsamente atribuído.

Ocorre que o art. 324, § 1º, do Código Eleitoral pune conduta semelhante (propalar ou divulgar a calúnia eleitoral) com pena muito menor (detenção de seis meses a dois anos), o que tornaria desproporcional a pena do novo tipo equiparado:

“A propositura legislativa ao acrescentar o art. 326-A, *caput*, ao Código Eleitoral, tipifica como crime a conduta de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Ocorre que o crime previsto no § 3º do referido art. 326-A da propositura, de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denúncia caluniosa eleitoral, estabelece pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, em patamar muito superior à pena de conduta semelhante já tipificada no § 1º do art. 324 do Código Eleitoral, que é de propalar ou divulgar calúnia eleitoral, cuja pena prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Logo, o supracitado § 3º viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada.”

## **2 – Tema: Lei 13.836/19: Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei Maria da Penha**

---

Sem prejuízo daquelas previstas no CPP, o art. 12 da Lei Maria da Penha anuncia uma série de diligências que devem ser adotadas pela autoridade policial logo após registro de ocorrência noticiando infração penal (crime ou contravenção penal) envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

O §1º do citado artigo, antes da Lei em comento, dizia:

“Art. 12

(...)

§ 1º. O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I – qualificação da ofendida e do agressor;

II – nome e idade dos dependentes;

III – descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida”.

Foi exatamente nesse parágrafo que a Lei 13.836/19 acrescentou um inciso (IV) **para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar.**

Da simples leitura, fica evidente o caráter mandatório da norma.

Tal informação é de suma importância, não somente para assegurar a melhor política de assistência à ofendida, mas também para informar o Ministério Público da especial condição da agredida, podendo servir como agravante ou causa de aumento de pena do crime, a exemplo do §7º. do homicídio e § 12 da lesão corporal.

## **3 – Tema: A Lei nº 13.840/19, e o §4º acrescentado ao art. 306 do CTB (exigência de que o aparelho utilizado para prova da infração seja homologado pelo INMETRO)**

---

**Autor: Fernando Célio de Brito Nogueira - Promotor de Justiça Assessor da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais.**

A Lei nº 13.840, publicada no DOU de 6 de junho de 2019, entre outras modificações que trouxe a vários diplomas normativos, acrescentou um parágrafo 4º ao art. 306, do CTB, com a seguinte redação\*:



Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: [\(Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

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.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. [\(Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. [\(Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

\* § 4º **Poderá ser empregado qualquer aparelho homologado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO - para se determinar o previsto no caput. [\(Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019\)](#) (destacamos)**

Segundo a disposição, qualquer aparelho homologado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, o INMETRO, poderá ser empregado para se determinar o previsto no caput, ou seja, para comprovar o crime de embriaguez ao volante.

A regra convive com os demais meios de prova (2) elencados no parágrafo 2º do art. 306, do CTB, como exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

---

<sup>2</sup> PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **ART. 306 DO CTB. ETILÔMETRO. CALIBRAÇÃO. AFERIÇÃO. ALEGADO USO DE PROVA ILÍCITA. PROVA TESTEMUNHAL SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO.** SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a idoneidade do etilômetro (bafômetro) é constatada por verificação periódica anual do INMETRO e não pela calibração do aparelho, que é realizada uma única vez, por ocasião do fornecimento do produto pelo fabricante (AgRg no AREsp 411.064/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/4/2016).

**2. Na hipótese, ainda que fosse desconsiderado o teste do etilômetro, não seria caso de absolvição, pois, consoante consignado pelas instâncias ordinárias, as testemunhas foram uníssonas no sentido de apontar a embriaguez do apelante, além de ele próprio ter admitido a ingestão de bebida alcoólica antes de dirigir.**

3. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, veiculando mero inconformismo com o que se decidiu, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 855.660/RO, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, 6º T., j. em 13/6/2017, DJe 21/6/2017 - destacamos)

Porém, é importante destacar que a norma penal passa a exigir, de forma expressa, que o aparelho empregado para teste de alcoolemia (bafômetro, etilômetro ou similar) tenha homologação pelo INMETRO (3).

Impõe-se cautela maior aos agentes do Estado na coleta da prova material da infração por um dos aparelhos referidos, sob pena de comprometimento à validade, licitude da prova e à própria lisura da investigação penal, caso se utilize, por exemplo, aparelho não homologado pelo INMETRO (4).

A nova disposição, por outro lado, não encerra novidade, pois a Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006, do CONTRAN, Conselho Nacional de Trânsito, de longa data previa entre os requisitos do etilômetro ou bafômetro a aprovação e inspeção periódica pelo INMETRO:

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.

E a Resolução nº 432/13, do CONTRAN, que revogou a Resolução nº 206/06, continuou a regular a matéria:

---

<sup>3</sup> “No Brasil, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - Inmetro, entidade executiva do Governo Federal, é o gestor do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade – SBAC, obedecendo às políticas públicas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro que, por sua vez, é tecnicamente assessorado pelo Comitê Brasileiro de Avaliação da Conformidade – CBAC. Na área de Avaliação da Conformidade, o Inmetro é o único acreditador oficial do Estado Brasileiro, seguindo a tendência internacional atual de apenas um acreditador por país ou economia. O Inmetro é reconhecido internacionalmente como o organismo de acreditação brasileiro pelo *International Accreditation Forum* (IAF) e foi o primeiro a possuir este reconhecimento na América Latina” (Avaliação da Conformidade, 6ª edição, publicação do INMETRO. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/publicacoes/acpq.pdf> - acesso em 9 de junho e 2019).

<sup>4</sup> O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia é uma autarquia federal brasileira, no formato de uma agência executiva, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Wikipédia

...

**Fundação:** 11 de dezembro de 1973

**Sede:** Rio de Janeiro, Rio de Janeiro

**Finalidade:** *Standards organization*

**Natureza jurídica:** Agência executiva

**Atribuições:** Metrologia, Qualidade e Tecnologia

#### DO TESTE DE ETILÔMETRO

Art. 4º. O etilômetro deve atender aos seguintes requisitos:

I - ter seu modelo aprovado pelo INMETRO;

II - ser aprovado na verificação metrológica inicial, eventual, em serviço e anual realizadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;

Parágrafo único. Do resultado do etilômetro (medição realizada) deverá ser descontada margem de tolerância, que será o erro máximo admissível, conforme legislação metrológica, de acordo com a "Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro" constante no Anexo I.

Ou seja, a norma do parágrafo 4º do art. 306 veio para prever expressamente procedimento que normalmente já se observava antes de sua edição.

É importante lembrar que, no dia 27 de maio de 2019, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes em agravo interposto contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, o STF considerou válida a prova de materialidade da infração obtida por meio do etilômetro, estando o aparelho em conformidade com a Resolução nº 206/06 do CONTRAN (revogada pela Resolução nº 432/13, também do CONTRAN, embora ainda citada em muitos julgados):

Decisão: Trata-se de agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário, que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Segundo os autos, o recorrente foi condenado à pena de 2 anos 6 meses de detenção, em regime aberto, e proibição de obter permissão ou habilitação, para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 2 meses, além de 20 dias-multa, pela prática dos delitos descritos nos artigos 306, da Lei 9.503/97, e 304 c/c 297, caput, do Código Penal, na forma do artigo 69, do mesmo Código. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos. (eDOC 3, p. 21-24; eDOC 4, p. 1-7) A defesa interpôs apelação. O TJRO negou provimento ao recurso nos termos da seguinte ementa: "Apelação criminal. 1. Embriaguez ao volante. Etilômetro (bafômetro). Calibração anual pelo Inmetro. Certificação anual. Presunção para a administração. Margem de erro acima do limite de tolerância. Materialidade e autoria comprovadas. Delito configurado. Uso de documento falso (CNH) apresentado à Policiais Rodoviários Federais. Incompetência da justiça estadual. Não configuração na espécie. Erro de tipo. Inexistência. Condenações mantidas. Penas aplicadas no mínimo legal e substituição da pena concedidas na origem. Falta de interesse recursal. Recurso não provido." (eDOC 5, p. 33-39; e DOC 6, p. 1-7) Daí a interposição do recurso extraordinário, que se fundamenta no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, com alegação de violação ao art. 109, inciso IV, da mesma Carta, e sustentando a repercussão geral da matéria tratada nos autos. No mérito, alega, em síntese, violação dos artigos 5º, inciso LV; 93, inciso IX; e 109, inciso IV, do texto constitucional. Requer o provimento do recurso para desconstituir o acórdão atacado e reformar a sentença. (eDOC 6, p. 32-36; eDOC 7, p. 1-11) É o relatório. Passo a decidir. No presente recurso, a defesa sustenta a violação do princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

A esse propósito, cito o seguinte trecho do acórdão recorrido: “A defesa se insurge contra a materialidade delitiva, argumentando que no resultado do teste com o etilômetro (fl. 18) não consta a data da última verificação periódica, exigida pelo inc. III do art. 6º da Resolução 206/06 do CONTRAN, para que se ateste a calibragem do equipamento. Desse modo, entende o recorrente que tal prova não é válida para provar o estado de alcoolemia exigido pelo tipo legal do art. 306 do CTB, ou seja, a materialidade delitiva. Em que pesem os argumentos expendidos, o inconformismo não procede. (...) No caso, o aparelho teve sua última calibração no dia 20/02/2014, com data da próxima certificação do INMETRO prevista para o dia 10/04/2015, sendo que a data do teste no recorrente foi no dia 22/11/2014 (fl. 18), ou seja, dentro do período anual da certificação pelo INMETRO. E mesmo que não contasse a data da última calibração do etilômetro, não seria esse o motivo para se declarar a imprestabilidade da prova, pois esta 2ª Câmara Criminal decidiu que a calibração do etilômetro é de presunção juris tantum, cabendo ao réu o ônus da prova de seu desajuste: (...) Portanto, o etilômetro foi utilizado dentro dos padrões estabelecidos na resolução do CONTRAN, não havendo razão, pois, para admitir a imprestabilidade da prova. Prosseguindo, a defesa argumenta que não ficou provada a alteração da capacidade psicomotora do apelante, não sendo suficiente a simples comprovação do índice de álcool contatado do etilômetro. O argumento igualmente não procede, porquanto, interrogado no IP e em juízo (fls. 06/07 e mídia de fl. 75), Marcelo confessou que havia ingerido, juntamente com amigos, uma garrafa de uísque em um show do ‘Jorge e Mateus’ e depois se envolveu no acidente. Submetido ao teste com o etilômetro constatou-se o índice de 0,87 mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. E em um segundo teste (contraprova), verificou-se o índice de 0,75 mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões (fl. 18), ou seja, ambos os testes acima do limite legal tolerável. (...) Portanto, diante dessas considerações, não há falar-se em ausência de prova da alteração da capacidade psicomotora, até porque os índices da Resolução 432/13 não foram elaborados de forma aleatória, mas sim em razão de estudos multidisciplinar, envolvendo oito Ministérios (Ministério da Justiça, Ministério da Defesa, Ministério dos Transportes, Ministério da Saúde, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, Ministério do Meio Ambiente e Ministério das Cidades), além de estudo realizado pela Associação Brasileira de Medicina de Tráfego, ABRAMET, acerca dos procedimentos médicos para fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência pelos condutores), razão pela qual mantenho a condenação quanto ao crime do art. 306 do CTB. (...)...Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.” (eDOC 5, p. 33-39; eDOC 6, p. 1-7) ... Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (artigo 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2019. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (ARE 1209405, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 29/05/2019 PUBLIC 30/05/2019).

Cumpra assinalar, finalmente, que a verificação periódica do etilômetro ou bafômetro não se confunde com a calibração, que é feita uma única vez, quando o aparelho é entregue aos agentes do Estado.

Nesse sentido, julgados do STJ, com nossos destaques:

STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CTB. ETILÔMETRO. CALIBRAÇÃO. AFERIÇÃO. ALEGADO USO DE PROVA ILÍCITA. DESCABIMENTO. TESTE DE ALCOOLEMIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PROVA TESTEMUNHAL. CONFISSÃO DO RÉU. REVOLVIMENTO DE PROVAS. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a idoneidade do etilômetro (bafômetro) é constatada por verificação periódica anual do INMETRO e não pela calibração do aparelho, que é realizada uma única vez, por ocasião do fornecimento do produto pelo fabricante (AgRg no AREsp n. 411.064/RS, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 27/4/2016). II - Na hipótese, o v. acórdão impugnado consignou que: "[...] o boletim de ocorrência de fl. 11 e o auto de apreensão de fls. 13, são claríssimos ao confirmar o teor do referido teste de alcoolemia: "01 (um) teste de alcoolemia n. 274, aferindo 0,81mg/l" (fl. 171). III - Ademais, ainda que fosse desconsiderado o teste do etilômetro, não seria caso de absolvição, pois, consoante consignado pelas instâncias ordinárias, as testemunhas foram uníssonas no sentido de apontar a embriaguez do apelante, além de ele próprio ter admitido a ingestão de bebida alcoólica antes de dirigir. IV - Repiso, o pleito formulado pela defesa reclama incursão no material fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do habeas corpus, já que para alcançar-se conclusões diversas daquelas às quais chegou as instâncias ordinárias, seria imprescindível reexaminar todo acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com a via eleita do writ. V - Constato que a agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 453.137/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 306 DO CTB. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. MATERIALIDADE DELITIVA. REGULARIDADE DO TESTE DE ALCOOLEMIA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Nos termos do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, para fins de comprovação da materialidade delitiva do crime do art. 306 do CTB, praticado após a alteração promovida pela Lei n. 11.705/2008 e antes do advento da Lei n. 12.760/2012, a regularidade do etilômetro depende apenas da verificação periódica anual feita pelo INMETRO, "que não se confunde com a calibração do aparelho feita uma única vez pelo fabricante, quando do fornecimento dos aparelhos aos órgãos públicos" (RHC n. 35.258/MS, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 3/2/2015). 2. A pretensão recursal de refutar a capacidade do aparelho etilômetro, devidamente reconhecida no aresto recorrido, demandaria imprescindível reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso no âmbito do recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1252335/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/5/2018, DJe 01/6/2018).

Enfim, a inserção da regra, aparentemente despreziosa, no parágrafo 4º do art. 306, do CTB, encerra expressa exigência agora constante da norma penal no sentido de que, para comprovação do crime, sempre que houver uso do etilômetro ou aparelho similar, este deverá ter sido obrigatoriamente homologado pelo CONTRAN, sob pena de ilicitude da prova (art. 5º, LVI, CF; art. 157, CPP).

E a questão assume ainda maior relevância nos casos concretos em que o exame do etilômetro é a única ou principal prova da prática do crime do art. 306 do CTB.