

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 279/09.2GDFAR.E1

Relator: JOSÉ MARTINS SIMÃO

Sessão: 26 Fevereiro 2013

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO PARCIALMENTE

DIREITO AO SILÊNCIO

EXAME DE PESQUISA DE ÁLCOOL NO SANGUE

CONSENTIMENTO

CONSTITUCIONALIDADE

Sumário

I - O direito ao silêncio tem em vista o direito do arguido não fazer ou prestar declarações ou não colaborar na recolha de elementos de prova que o incriminem sem estarem previstos em lei anterior à prática dos factos que preveja a sua obtenção de forma coerciva ou sem o seu consentimento.

II - A recolha de sangue prevista na lei não visa lesar qualquer interesse específico do arguido, mas apenas permitir a realização de uma perícia médico-legal.

III - A recolha de amostra de sangue efectuada sem o consentimento expresso do arguido, por não ter sido possível a pesquisa de álcool no ar expirado, não viola a integridade física e moral do mesmo.

Texto Integral

Processo nº279/09.2GDFAR.E1

ACÓRDÃO

Acordam, em Conferência, os Juízes que compõem a Secção Criminal do Tribunal da

Relação de Évora:

I - Relatório

Por decisão de 20 de Fevereiro de 2012, proferida no processo comum singular com o número acima mencionado do 2º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Faro, o arguido A, id. a fls. 96, foi condenado pela prática de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez p. e p. no art. 292º, nº 1 e 69º do C.Penal, na pena de 80 (oitenta) dias de multa, à taxa diária de € 6,00 (seis euros), o que perfaz o valor global de € 480,00 (quatrocentos e oitenta euros) e na pena acessória de proibição de conduzir veículos como motor por um período de 6 (seis) meses.

Inconformado o arguido recorreu, tendo concluído a motivação do seguinte modo

“1-O Arguido Recorre, inconformado, da sentença, que o condenou como autor material e na forma consumada de um crime **de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez**, previsto e punido pelo art.º 292.º, n.º1 do Código Penal;

2.- Na pena de 80 (oitenta dias de multa, à razão diária de 6,00 (seis euros), no montante global de 480,00 (quatrocentos e oitenta euros)

3.- Na pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados pelo período de seis meses, nos termos do disposto do art. 69, n.º 1 al. a) do CP;

4.- Nas custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em 2UC, nos termos dos arts.º 513.º, n.º 1 do CPP, 8.º, n.º 5 RCP e tabela III a este anexa;

4. - O objecto do recurso consubstancia-se em apreciar se foi feita prova, com a certeza exigível em processo penal, de que o arguido se encontrava em estado de inconsciência pelo que não prestou o seu consentimento para a recolha de sangue para análise e consequente pesquisa de álcool;

5. E se os factos assumem gravidade suficiente, para aplicar ao arguido a pena acessória referenciada em 3.

6. Importa por isso a reapreciação da matéria de facto nomeadamente o relatório do episódio de urgência bem com o doc. a fls 6 e igualmente o documento que acompanha a análise;

7.- O tipo de crime pelo qual o arguido vem condenado tem como elemento objectivo a condução de um motociclo sob efeito de uma taxa de álcool igual ou superior a 1,2gl de álcool no sangue.

8.- A dita sentença recorrida deu como provado que no dia 18 de Julho de 2009, pelas 06 horas e 30 minutos, o arguido conduzia o motociclo de matrícula 83-20 VE, pela Avenida Nascente da Praia de Faro e "2- Fazia-o sob efeito do álcool, apresentando uma taxa de álcool no sangue de 1,39 g/l".

9. Aprova deste facto assentou única e exclusivamente no relatório de

exame químico-toxicológico de fls. 6, dos autos, referindo a Mma Juiza **É um facto que inexistente qualquer escrito, na qual o Arguido tenha autorizado a colheita de sangue** não constando autorização do recorrente para sua realização ou menção de ter sido explicado ao recorrente o fim da recolha para prova em processo penal ou do seu direito a recusa a tal exame;

10.- **Ora, a recolha de sangue a cidadão, sem que este tenha expresso o seu consentimento**, constitui violação da sua integridade física, pelo que é nula a prova assim obtida nos termos do art. 32º, nº 8 da Constituição da República Portuguesa e 126º, nº 1 do Código de Processo Penal.

11.- A recolha de sangue a cidadão, para efeito de valoração do seu resultado em processo criminal contra ele instaurado, sem que lhe seja explicada a faculdade de recusa, ainda que sujeita a sancionamento como crime de desobediência nos termos do art. 152º, nº 3 do Código da Estrada é nula por violar os direitos de defesa do arguido, conforme o previsto no art. 32º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa;

12.- **Não resulta do relatório de fls. 6 que tal explicação tenha sido dada ao recorrente, que não o foi, pelo que é inválido este meio de prova.**

13.- Sem conceder, **o exame de fls. 6** foi valorado pela douta sentença ao abrigo das normas conjugadas do artigo 152º, nº 1, a) e nº 3, artigo 153º, e art.º 156º do Código da Estrada.

14.- Sucede que esta norma (art.º 156 do CE) apenas permite o recurso a exame de sangue para prova da taxa de álcool no sangue **se for impossível o exame pelo método de análise ao ar expirado, assim salvaguardando como "última ratio" a violação da integridade física do cidadão para obtenção de tal prova;**

15.- Do relatório **de fls. 6 e do relatório do episódio de urgência não consta que tenha sido impossível** a análise da taxa de álcool do sangue pelo método de ar expirado, pelo que é ilegítima e inválida a prova resultante daquele exame, por não ter cobertura legal, pois do relatório consta na folha de rosto que o Doente se encontrava consciente e orientado

16.- *Na verdade a Mm juiz a quo dá como provado nos seu artigo 8 que o arguido teve uma perda de consciência.*

17.-**Mas não dá como provado que essa perda de consciência é de cerca de 30m, apenas no momento da recolha de sangue,**

18.- Pois aquando da sua chegada ao hospital, o arguido **encontra-se consciente e orientado, 1º página do relatório do episódio de urgência, pelo que o seu consentimento sempre podia ter sido obtido ou antes da recolha de sangue ou até mesmo posteriormente a esta;**

19.- Não o foi porque quem preencheu os formulários não **acompanhou o**

arguido ao hospital, não esteve presente na recolha do sangue e tão pouco falou com o arguido;

20.- Também na ambulância o Arguido esteve sempre consciente não dando a Mma Juiza este facto como provado ao contrário de toda a prova produzida em Audiência de Julgamento;

21.- Em todo o caso, as normas dos arts. 153 e 156º, n.º 1 e n.º 2 do Código da Estrada foi introduzida com carácter inovatório pelo Decreto-Lei nº 44/2005, de 23 de Fevereiro, por diploma emanado do Governo, sem prévia autorização legislativa da Assembleia da República.

22.- Sendo que a matéria inovatória em questão, por comprimir direitos, liberdades e garantias do cidadão, é da competência relativa deste órgão de soberania, **atento o disposto na norma do art. 165º, nº 1, al. c) da Constituição da República Portuguesa;**

23.- Por isso, o Governo legislou onde não tinha competência para o fazer, sem autorização prévia do órgão de soberania competente, pelo que tais normas dos arts. 153º e 156º, nº 2 do Código da Estrada estão viciadas de inconstitucionalidade orgânica, que expressamente se suscita, com a consequente ilegalidade da prova obtida pelo exame de fls. 6 dos autos.

24.- Deste modo, deve ter-se por ilegal, **nulo e inválido** o meio de prova resultante do relatório de exame químico-toxicológico de **fls. 6, o que determina que se considere como não provado que o arguido conduzia coma taxa de álcool no sangue que consta dos factos provados da sentença recorrida ou com qualquer outra assentando unicamente neste exame aprovado facto julgado como provado sob o número onze do elenco de factos provados, deve o mesmo ser julgado como não provado.**

25.- Na falta de prova daquele facto número onze, não resulta da matéria assente em julgamento o preenchimento dos elementos objectivos do tipo de crime pelo qual o arguido vem condenado, designadamente o da condução de veículo automóvel sob efeito de álcool com taxa igual ou superior a 1,2 g/l de álcool no sangue, não sendo possível descortinar dos demais elementos probatórios valorados qual a taxa ou, sequer, se o arguido conduzia sob taxa que fosse criminalmente relevante, impondo-se, por isso, a sua absolvição.

26.- O conjunto normativo dos artigos 152º, nº 2, 153º, nº 8 e 156º, nº 2 do Código da Estrada que permite a colheita de sangue para determinação da taxa de álcool sem possibilitar ao condutor a sua recusa esclarecida e sem consequências penais está ferido de inconstitucionalidade orgânica;

27.- A realização de exame de pesquisa de álcool no sangue através de recolha de sangue constitui sempre ofensa à integridade física por mínima que se apresente e ainda que se pressuponha que nos casos normais não tem

qualquer contra-indicação em termos de prejuízo para a saúde;

28.- E porque pressupõe sempre uma ofensa à integridade física, direito constitucionalmente consagrado no artigo 25º, **é admissível apenas** nos termos também constitucionalmente previstos;

29.- O que significa que deve ter-se presente o disposto no artigo no artigo 18º, nºs 1 e 2 da CRP os preceitos constitucionais respeitantes a direitos liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas

30.- Pelo que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

31.- A recolha de sangue levado a cabo no arguido sem que este tenha dado o seu consentimento e sequer que tenha sido informado do fim a que se destinava é nula porque está ferida de inconstitucionalidade;

32.- O arguido podia ter dado o seu consentimento, **porque esteve sempre consciente salvo por um período de 30 minutos**, conforme resultou das declarações do arguido e do relatório do episódio de urgência,

33.- Nas situações de tratamento hospitalar em consequência de acidentes é comum retirar sangue aos doentes para efeitos de diagnóstico, sendo nesse caso de presumir o consentimento tácito do doente.

34.- Mas quando a **colheita de sangue se destina a outro fim que não o benefício do doente**, como é o caso de análise para apuramento de taxa de álcool, deveria o arguido ter sido informado previamente desse fim, pois só assim seria efectiva a possibilidade de recusar ou consentir.

35.- Pois não é qualquer consentimento que se exige, este terá de ser obviamente um consentimento esclarecido.

36.- Ora desse consentimento esclarecido não existe qualquer rasto de documentação no processo e dele dependia a legalidade do meio de prova por ser acto violador da integridade física, como decorre do disposto no artigo 126º, nº 1 do Código de Processo Penal e 32º, nº 8 da CRP.

37.- Pelo que o resultado da análise consubstanciado na recolha de sangue feita de forma ilegal, constitui meio de prova nulo **nos termos do artigo 126º, nº 1 do Código de Processo Penal e 32º, nº 8 da Constituição encontrando-se violados estes preceitos legais**

TERMOS SÃO OS EXPOSTOS, em que deve dar-se provimento ao Recurso, julgando-se inválido o meio de prova resultante do exame químico-toxicológico **de fls. 6** e, assim, como não provados os factos número onze e doze substituir-se a decisão por outra que absolva o arguido da prática de um crime de

condução de veículo em estado de embriaguez, p. e p. pelo art.292º, nº 1 do C.Penal ou quando assim se não entenda se proceda à redução da pena acessória porque manifestamente excessiva atenta a taxa de álcool apresenta e inexistência de antecedentes criminais”.

O Ministério Público respondeu ao recurso dizendo:

“1. - Quanto ao pedido subsidiário, carece este de motivação, não podendo ser atendido.

2. - A fiscalização para detecção de estados de influenciado pelo álcool é obrigatória para i) os condutores, ii) os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito, e iii) as pessoas que se propuserem iniciar a condução.

3. - O método regra da determinação quantitativa da taxa de álcool é o teste no ar expirado, sendo que a análise de sangue só é efectuada não for possível realizar o teste em analisador quantitativo, nomeadamente a existirem condições de saúde, clinicamente demonstradas, em que o exame não possa ser realizado ou quando após três tentativas sucessivas, o examinado não conseguir expelir ar em quantidade suficiente para a realização do teste em analisador quantitativo.

4. - Daí que a lei estabelece que *“se não for possível a realização de prova de álcool no ar expirado, o examinando deve ser submetido a colheita de sangue para análise ou se esta não for possível por razões médicas, em estabelecimento oficial de saúde”*, inserindo-se nestas situações o caso específico dos exames efectuados a condutores ou peões que intervenham em acidentes de viação cujo estado de saúde não permita que sejam submetidos a exame de pesquisa de álcool no ar expirado.

5. - As necessidades de prevenção que estão na origem deste regime são tão fortes que impõem, inclusive, uma cominação criminal ao médico ou paramédico que, sem justa causa, se recusar a proceder às diligências previstas na lei para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool, ou de substâncias psicotrópicas - é punido por crime de desobediência.

6. - O regime legal dá ao cidadão objecto de fiscalização a total liberdade de não querer efectuar o exame de pesquisa de álcool. Sobre a relevância do exame de colheita de álcool o Tribunal Constitucional e a sua eventual colisão com outros direitos, já se pronunciou, no sentido de que *“o exame para pesquisa de álcool (...), destinando-se, não apenas a recolher uma prova perecível, como também a impedir que um condutor, que está sob influência de álcool, conduza pondo em perigo, entre outros bens jurídicos, a vida e a integridade física próprias e as de outros, mostra-se necessário e adequado à salvaguarda destes bens jurídicos e ao fim da descoberta da verdade, visado pelo processo penal”*.

7. - O limite à recusa está na impossibilidade de ser prestada por virtude de razões de saúde (por exemplo, estado de inconsciência decorrente de um acidente de viação ou mesmo, decorrente de estado de inconsciência decorrente da própria quantidade de álcool que ingeriu).
8. - Nesses casos, a lei impõe expressamente que seja realizado através da colheita de sangue em estabelecimento oficial de saúde.
9. - Poderá a entidade fiscalizadora ou o médico que está perante o cidadão a quem tem que efectuar a colheita, deparar-se com circunstâncias que lhe permitam perceber que a vontade do cidadão era recusar-se a tal exame, sendo que nessas situações - e só nessas - então deve suscitar-se a questão do consentimento do cidadão.
10. - A lei não exige qualquer pedido expresso de consentimento e, se não for manifestada qualquer recusa, deve efectuar-se a recolha, sendo que o arguido em momento algum expressou qualquer vontade de recusa à realização do exame, nem existia previamente qualquer circunstância que permitisse concluir ser essa a sua vontade.
11. - O arguido não podia desconhecer, como regra estradal básica que é, de que quem intervém num acidente de viação é sujeito a exame para pesquisa de álcool.
12. - Em direito processual penal são admissíveis as provas que não sejam proibidas por lei, pelo que o legislador fez a ponderação dos valores constitucionais aqui em confronto e optou pela consagração legal deste regime de pesquisa de álcool. Logo, nada existe a opor à recolha de sangue para efeitos de detenção do grau de alcoolemia, aliás como também para substâncias psicotrópicas.
13. - Ainda que com julgamento de inconstitucionalidade de uma norma não ficamos com vazio jurídico mas antes são ripristinadas as normas por elas revogadas e o artigo 156.º do Código da Estrada, na redacção anterior à dada pelo Decreto-Lei 275-A/2001, que correspondia ao artigo 162.º, já previa essa recolha de sangue como um acto legal de prova.
14. - A recolha de sangue realizada nestes autos é um meio de obtenção de prova perfeitamente válido, razão pela qual importa não dar provimento ao recurso.

Termos em que, Deve ser mantida a sentença recorrida, como é de Justiça”.

Nesta Relação, a Exma. Procuradora-Geral Adjunta emitiu o seu douto parecer no sentido do recurso ser julgado improcedente.

Observou-se o disposto no art. 417º nº 2 do C. P. Penal, mas o arguido não respondeu.

Procedeu-se a exame preliminar.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II - FUNDAMENTOS DE FACTO

a) Factos Provados

Com relevância para a decisão da causa, resultou provada a seguinte factualidade:

1. No dia 18 de Julho de 2009, pelas 06 horas e 30 minutos, o arguido conduzia o motociclo de matrícula 83-20-VE pela Avenida Nascente da Praia de Faro, nesta comarca de Faro.
2. O arguido transportava um passageiro.
3. Nessas circunstâncias de tempo e lugar, o arguido despistou-se.
4. Em consequência, sofreu traumatismo no membro inferior esquerdo e no ombro direito e o passageiro sofreu escoriações.
5. Quando a autoridade policial chegou ao local, o arguido encontrava-se na ambulância, a receber assistência médica.
6. Por isso, no local do acidente, não foi efectuado teste de pesquisa de álcool no ar expirado.
7. O arguido foi transportado para o Hospital de Faro, onde, pelas 8 horas e 40 minutos, foi efectuada colheita de sangue para análise.
8. No Hospital, o arguido teve uma perda de consciência.
9. O arguido não se recorda de ter efectuado qualquer colheita de sangue.
11. Efectuado o exame pelo Instituto de Medicina Legal à amostra recolhida ao arguido, o mesmo apresentou uma taxa de álcool no sangue de 1,39 g/l.
12. O arguido conduzia o referido motociclo de forma voluntária, livre e consciente, apresentando tal taxa em virtude de voluntariamente, ter ingerido bebidas alcoólicas.
13. Sabia ele que aquela conduta era proibida por lei penal.
14. O arguido é casado.
15. Tem um filho, com 3 anos de idade.
16. È motorista, auferindo cerca de € 800 (oitocentos euros).
17. A sua mulher encontra-se desempregada.
18. O arguido paga, mensalmente, a quantia de € 450 (quatrocentos e cinquenta euros), a título de prestação bancária por conta de empréstimo contraído para aquisição de habitação.
19. Possui o motociclo que conduzia, da marca Honda, do ano de 2003.
20. Possui um outro motociclo, da marca Yamaha, do ano de 2006.
21. Possui um carro, da marca Mazda, do ano de 2006.
22. Por decisão proferida pela ANSR, notificada ao arguido em 18/7/2011, foi o mesmo condenado pela prática, em 29/9/2010, de uma contra-ordenação por excesso de velocidade, numa sanção acessória de inibição de conduzir pelo período de 30 (trinta) dias, suspensa por 180 (cento e oitenta) dias, com início

em 18/7/2011 e término em 12/01/2012.

23. Não tem antecedentes criminais.

Factos Não Provados

Com relevância para a decisão da causa, não resultaram provados outros factos, em contradição com aqueles ou para além deles.

Motivação

O tribunal fundou a sua convicção, concreta e globalmente, no confronto, apreciação e análise crítica das declarações do arguido, dos depoimentos das testemunhas inquiridas e dos documentos constantes dos autos, tudo conjugado com as regras da experiência e da normalidade do acontecer. Assim, não houve qualquer controvérsia acerca das circunstâncias do acidente e das consequências que do mesmo resultaram e que determinaram o transporte do arguido ao Hospital.

Com efeito, tal resultou quer das declarações do arguido, quer das declarações das testemunhas B, agente da GNR que acorreu ao local do acidente, e C, agente da GNR que se deslocou ao hospital, quer, ainda, da documentação clínica constante dos autos.

O que se passou no local do acidente depois da chegada da GNR resultou do depoimento da testemunha B, que, de forma que se nos afigurou sincera, imparcial e coerente, referiu que, aquando da chegada da autoridade policial, o arguido se encontrava a receber assistência médica na ambulância, razão pela qual não foi efectuado qualquer teste de pesquisa de álcool ao ar expirado. Não se valorizou, pois, nesta parte, o depoimento do arguido, segundo o qual, na ambulância lhe foi efectuado um teste ao ar expirado e do qual não resultou qualquer talão com o respectivo resultado.

A perda de consciência sofrida pelo arguido resultou das declarações deste, que referiu ter estado inconsciente e não se recordar de qualquer recolha de sangue. Tais declarações foram corroboradas quer pelos elementos clínicos juntos aos autos, quer, ainda, pelo depoimento de C, agente da GNR que assinou a requisição para quantificação de álcool no sangue e que esclareceu que a recolha apenas é efectuada quando não há oposição do examinado e que da requisição apenas não consta a assinatura deste quando o mesmo se encontra inconsciente.

A taxa de álcool no sangue resultou do exame de fls. 6, que considerámos ter resultado dos procedimentos legalmente estabelecidos e, por isso, válida.

III - Apreciação

O objecto do recurso é definido pelas conclusões formuladas do recorrente na motivação, art. 403º nº 1 e 412º nº 1 do C.P.Penal.

As conclusões do recurso destinam-se a habilitar o tribunal superior a

conhecer as razões da discordância em relação à decisão recorrida, a nível de facto e de direito, por isso, elas devem conter um resumo claro e preciso das razões do pedido (cfr. neste sentido, o Ac. STJ de 19-6-96, in BMJ 458, 98).

Perante as conclusões do recurso as questões a decidir são as seguintes:

1ª- Se a recolha de sangue, sem o consentimento do arguido, para efectuar a pesquisa de álcool é um meio ilegal de prova, por violar a integridade física do arguido, protegida nos arts. 25º e 32º, nº 8 da Constituição e o art. 126º, nº 1 do CPPenal.

2ª- Da inconstitucionalidade orgânica dos arts. 153º e 156º nºs 1 e 2 do Código da Estrada;

3ª- Da medida da pena acessória.

III-1ª- Se a recolha de sangue, sem o consentimento do arguido, para efectuar a pesquisa de álcool é um meio ilegal de prova, por violar a sua integridade física, protegida nos arts. 25º e 32º, nº 1 da Constituição e art. 126º, nº 1 do CPPenal.

Estabelece o art. 25º da Constituição:

«1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos».

Por sua vez, dispõe o nº 8 do art. 32º da CRP que: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

A questão a resolver consiste em saber, se pode ser colhida amostra de sangue de uma pessoa que interveio em acidente, sem consentimento desta, e se daí resultar que conduzia com uma taxa de álcool superior a 1,20g/l se tal prova é legal.

Esta questão tem a ver com os direitos liberdades e garantias dos cidadãos.

Sobre estes dispõe o art. 18º da CRP:

«1. Os preceitos constitucionais, respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só os pode restringir nos casos expressamente previstos na CRP, devendo as restrições limitar-se ao mínimo necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais».

Assim, a lei ordinária, que restrinja direitos fundamentais, deve ser

interpretada sempre de acordo com o espírito dos preceitos constitucionais. Temos, assim, por um lado, os direitos de personalidade e de não incriminação do arguido e por outro, o dever fundamental do Estado em garantir a todos os cidadãos a segurança rodoviária, com vista a salvaguardar a integridade física, a vida e o património das pessoas, bens que são colocados em perigo por quem conduz sob a influência do álcool.

Perante este conflito de direitos, o legislador teve a necessidade de determinar na lei ordinária as regras a seguir na fiscalização da condução sob o efeito do álcool, nos arts. 152º a 156º do CE, regulamentada pela Lei nº 18/2007, de 17 de Maio.

Do nº 1 al.a) do art. 152º do Código da Estrada resulta que devem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas: a) os condutores; b) os peões, sempre que sejam intervenientes em acidente de trânsito; c) as pessoas que se propuserem iniciar a condução.

O art. 156º do Código da Estrada ao regular, em caso de acidente, a fiscalização da condução sob a influência de álcool prevê a realização de exames para a sua detecção, começando pelo uso dos alcoolímetros regularmente aprovados (nº 1), passando à análise sanguínea (nº 2) e por fim, com o exame médico (nº3).

O art. 1º nº 3 do Regulamento da Lei nº 18/ 2007 também determina que a análise de sangue é efectuada, quando não for possível realizar o teste em analisador quantitativo.

Estamos, assim, perante uma prova pericial cuja utilização seriada a lei estabelece com minúcia, pelo que não é de utilização indiscriminada ou arbitrária (Neste sentido, vide o Acórdão da Relação de Coimbra nº 230/08.7 GCTND.C1).

No caso em apreço, o arguido foi interveniente num acidente de viação. Quando a autoridade policial chegou ao local o mesmo encontrava-se na ambulância a receber assistência médica, por isso, porque as condições físicas não o permitiram não foi feito o teste de pesquisa de álcool ao ar expirado. De imediato, foi transportado para o Hospital de Faro, onde teve uma perda de consciência e onde foi feita a colheita de sangue para análise.

A lei concede ao cidadão objecto de fiscalização o direito de se recusar, ao teste de alcoolemia, quer este assuma a forma de colheita por ar expirado, quer a forma de exame ao sangue, mas desde que o seu estado de saúde o permita. No caso de se recusar incorre no crime de desobediência, art. 152º nº 3 do C.E.

O arguido no hospital teve uma perda de consciência, motivo pelo qual não se recorda de ter sido efectuada qualquer colheita ao sangue. Se estava

inconsciente, não podia recusar a colheita de sangue, uma vez que o seu estado de saúde não o permitia.

Assim, estando o arguido impossibilitado de fazer o exame ao ar expirado, só através da recolha de uma amostra de sangue, sem prejuízo de outras técnicas nomeadamente do exame médico, é possível descobrir a verdade material. Ao pretender apurar-se o valor quantitativo de álcool no sangue do condutor não se tem em vista incriminar o arguido, uma vez que o resultado tanto pode ser superior como inferior ao permitido por lei, mas tão só apurar a verdade material.

Em casos de acidente de viação, a prova de que o condutor não estava alcoolizado é um elemento de facto importante para a questão de apurar da responsabilidade ou imputação do acidente. Esta prova só se consegue obter pela via da recolha de sangue, quando o método de recolha através do ar expirado não é possível, o que aconteceu no caso concreto, nos termos da lei. O arguido tem direito ao silêncio e à não auto-incriminação. Porém, parece-nos que o direito ao silêncio tem em vista o direito do arguido não fazer ou não prestar declarações ou não colaborar na recolha de elementos de prova que o incriminem, sem estarem previstos em lei anterior à prática dos factos que preveja a sua obtenção de forma coerciva ou sem o seu consentimento, nos termos pressupostos pelos arts. 18º, 25º e 32º, nº 8 da CRP e 126º do CPPenal, enquanto que na recolha de sangue se está a praticar um acto imprescindível para a descoberta da verdade material, sem o qual não é possível descortiná-la, devidamente previsto em lei prévia à prática dos factos - arts. 152º a 156º do CE e demais legislação regulamentar - e sem ferir de forma desproporcional ou intolerável os direitos e garantias do arguido. A recolha de sangue prevista na lei não visa lesar qualquer interesse específico do arguido, mas apenas permitir a realização de uma perícia médico-legal, sem violação intolerável da sua dignidade enquanto ser humano ou a sua integridade física ou moral.

A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos casos: *Sounders v. Reino Unido*, de 17-12-1996; *Quinn v. Ireland*, publicado em 21-12-2000; *Weh v. Austria* publicado em 8-4-2004 e *Jalloh v. Germany* publicado em 11-7-2006 tem vindo a sedimentar-se no sentido de que o direito à não auto-incriminação nos processos criminais está ligado ao princípio da presunção da inocência do acusado, pelo que a acusação deve provar os factos sem recurso a prova obtida por via opressiva e com respeito pela vontade do acusado.

Todavia, não se verifica a violação do direito à auto-incriminação dos factos quando são utilizadas em processo penal evidências que podem ser obtidas do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, como a obtenção, entre

outros, de amostras de hálito, urina e tecidos corporais para realização de exame ADN, desde que previstas em lei anterior aos factos.

Pelo exposto, entendemos que não viola a integridade física e moral do arguido a recolha de amostra de sangue que foi efectuada sem o seu consentimento, por não ter sido possível a realização de prova de pesquisa de álcool no ar expirado, após acidente de viação em que interveio, pelo que não se mostram violados os arts.25º e 32º nº 8 da CRP, nem o art. 126º do CPPenal.

Assim sendo, está provado o facto nº 11 da matéria provada, pelo que improcede o alegado pelo recorrente quanto a este ponto.

2ª- Da inconstitucionalidade orgânica dos arts.153º e 156º nºs 1 e 2 do Código da Estrada, na redacção dada pelo DL 44/2005, de 23 de Fevereiro.

O arguido alega que as normas dos arts. 153º e 156º, nºs 1 e 2 do DL 44/2005, de 23 de Fevereiro estão feridas de inconstitucionalidade orgânica, uma vez que comprimem direitos, liberdades e garantias e por isso, são da competência relativa da Assembleia da República, nos termos do art. 165º, nº 1. al. c) da Constituição e o Governo não estava munido de autorização parlamentar para legislar sobre tal matéria e por isso, conclui que é ilegal a prova obtida pelo exame de fls. 6.

A questão de inconstitucionalidade ora suscitada foi apreciada pelo Tribunal Constitucional no acórdão nº 485/2010, que decidiu: «não julgar organicamente inconstitucional a norma do nº 2 do art. 156º do Código da Estrada, na redacção dada pelo DL nº 265-A/2001, de 28 de Setembro, renumerado pelo DL nº 44/2005, de 23 de Fevereiro» com a seguinte fundamentação:

“ (...) Sucede que entrou, entretanto, em vigor a Lei nº 18/2007, de 17 de Maio, que aprovou o «Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias influência do álcool e de Substâncias Psicotrópicas». Este diploma visou revogar e substituir o Decreto-Regulamentar nº 24/98, de 30 de Outubro, que regulamentava o regime jurídico da fiscalização da condução sob a influência do álcool e de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, que então constava do Código da Estrada com as alterações que lhe foram introduzidas pelo DL nº 2/98, de 3 de Janeiro e, desse modo, toma implicitamente como base o novo regime legal que decorre das sucessivas alterações que foram introduzidas pelos diplomas legislativos posteriores, incluindo as resultantes dos Decretos-Lei nº 265-A/2001 e nº 44/2005..

Por outro lado, o novo Regulamento refere-se «à análise de sangue» como um

dos métodos de detecção e quantificação da taxa de álcool (art. 1º e 2º), e especifica que há lugar à realização daquele exame médico « quando, após três tentativas sucessivas, o examinando não conseguir expelir ar suficiente para a realização do teste em analisador quantitativo, ou quando as condições físicas em que se encontra não lhe permitam a realização daquele teste» art. 4º, nº 1). Além de que assume ainda um carácter interpretativo relativamente às disposições o nº 8 do art. 153º e do nº 3 do art. 156º do Código da Estrada, ao estatuir no seu art. 7 o seguinte: « 1- Para efeitos do disposto no nº 8 do art. 153º e no nº 3 do art. 156º do Código da Estrada considera-se não ser possível a realização do exame de pesquisa de álcool no sangue quando, após repetidas tentativas, não se lograr retirar ao examinando uma amostra de sangue em quantidade suficiente:

Deste modo, o legislador parlamentar esclarece que a impossibilidade de realização do exame de pesquisa de álcool no sangue se afere unicamente em função da impossibilidade médica de proceder à própria colheita de sangue em quantidade suficiente para permitir a sua análise, afastando a hipótese de o exame médico alternativo e à colheita de sangue poder vir a ser efectuado com base na simples recusa do examinando, e dando, assim implícita cobertura ao regime legal que decorre das disposições do arts. 156º, nº 2 e 153º nº 8, na redacção que lhes foi dada, respectivamente, pelos Decretos-Leis nºs 265-A/2001 e 44/2005 editados pelo Governo sem prévia autorização legislativa.

Á norma do art. 7 da Lei nº 18/2007 pode, por conseguinte, atribuir-se um efeito equivalente ao de uma lei interpretativa, nos termos do art. 13º do Código Civil, embora não se possa considerar a retroacção de efeitos à data da entrada em vigor das normas legais interpretadas, em face do princípio de não retroactividade da lei penal, que impede que possam ser qualificadas como crime condutas que no momento da sua prática, eram tidas como irrelevantes - art. 29º nº 1, da CRP (cfr. Batista Machado, Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador, Coimbra, 1993, pág. 245.).

Cabe ainda notar que o Tribunal Constitucional já considerou que a inconstitucionalidade orgânica não é pertinentemente invocável quando a Assembleia da República, em processo de apreciação parlamentar de decreto-lei, manifesta inequívoca vontade política de manter na ordem jurídica as normas organicamente inconstitucionais que foram submetidas à sua apreciação (acórdão 415/89), ou, de outro modo, quando revela uma vontade positiva através da aprovação de alterações ao diploma ou rejeição de propostas de alteração relativamente às normas cuja inconstitucionalidade orgânica vem questionada (acórdão nº 786/96).

No caso vertente, não estamos perante um processo legislativo específico de

aprovação parlamentar de diplomas emanados do Governo, a que se refere o procedimento do art. 169º da Constituição, pelo que não é directamente aplicável a referida jurisprudência constitucional. Mas no presente contexto, não pode deixar de atribuir-se relevo á circunstância de a Assembleia da República, no uso da competência legislativa geral consagrada no art. 161º, al. c) da Constituição, ter regulado as matéria da fiscalização da condução sob a influência de álcool, que, nos termos do art. 6º nº 1, do diploma preambular do Código da Estrada, se encontrava atribuído ao Governo.

Verificando-se, por outro lado, que o órgão parlamentar, através da emissão das referidas disposições dos arts. 4 e 7º do Regulamento aprovado pelo lei nº 18/2007, veio consignar um regime jurídico consonante com a solução de direito que resultava já, segundo critérios gerais de interpretação da lei, da referida disposição do art. 156º, nº 2 do CE, deixa de haver motivo para manter a arguição de inconstitucionalidade orgânica, até porque por efeito da intervenção parlamentar se operou a novação da respectiva fonte”.

No caso em apreço, estando em causa apenas um procedimento destinado a detectar a condução sob a influência do álcool por parte de um condutor interveniente em acidente de viação, a norma que é directamente aplicável ao caso é o art. 156º, nº 2 do CE, que se refere aos exames a efectuar em caso de acidente, e não o art. 153º que alude aos procedimentos normais de fiscalização rodoviária.

Assim, como resulta do acórdão do Tribunal Constitucional que transcrevemos, não ocorre a invocada inconstitucionalidade orgânica do art. 156º nº 2 do CE. No mesmo sentido se pronunciaram os acórdãos 479/2010 (embora com fundamentação algo diferente), 487/2010, 15/2011, 16/2011, 40/2011 e 47/2011, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

Improcede, assim, nesta parte o recurso interposto.

III- 3ª-Da medida concreta da pena acessória

O arguido alega que esta pena é excessiva atenta a taxa de álcool que apresentava e a inexistência de antecedentes criminais.

O tribunal aplicou ao arguido a pena de seis meses de proibição de conduzir veículos a motor.

Para aplicação desta pena, o tribunal teve em conta os seguintes critérios constantes do art. 71º do C.Penal:

- o grau de ilicitude é médio, atenta a taxa de álcool que apresentava de 1,39g/l;
- o ter agido com dolo directo;
- o facto de ter sido interveniente num acidente de viação, com consequências ao nível da sua pessoa e do passageiro que transportava;

- a pouca gravidade dessas consequências;
- o passado contra-ordenacional, consubstanciado na prática de uma contra-ordenação ocorrida depois dos factos, ora em análise e de natureza diversa dos mesmos;
- a ausência de antecedentes criminais;
- as exigências de prevenção geral que são significativas, na medida em que a prática deste crime e é a forma mais gravosa do dolo e que por isso, configura um maior juízo de censura;
- as exigências de prevenção especial que se encontram atenuadas ao verificar-se a ausência de carência de socialização do arguido, já que além de se encontrar inserido familiarmente, os factos destes autos constituem um acto isolado na vida do arguido.

Perante estes elementos tidos em conta na determinação da medida da pena acessória, nomeadamente a taxa de álcool que possuía, que é média, o ser delinquente primário e que as exigências de prevenção especial não são prementes dado que se trata de um acto isolado na vida do arguido, que cremos que não voltará a repetir-se consideramos justa e adequada a pena acessória de proibição de conduzir veículos a motor, por quatro meses.

IV - Decisão..

Termos em que acordam os Juízes da 1ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora em manter a decisão recorrida, salvo quanto à pena acessória de proibição de conduzir veículos a motor, que fixamos em quatro meses.

Sem custas.

Notifique.

Évora, 26 de Fevereiro de 2013

(texto elaborado e revisto pelo relator).

José Maria Martins Simão

Maria Onélia Vicente Neves Madaleno