

P A R E C E R

Nº 1707/2023¹

- PG – Processo Legislativo, SM – Servidor Público. Controvérsia a respeito da possibilidade de exigência ou não do exame toxicológico no serviço público. Privilégio contra a autoincriminação. Substâncias entorpecentes. Exame toxicológico. Comentários.

CONSULTA:

A Consulente, Câmara, solicita parecer jurídico acerca da legalidade/constitucionalidade do PLC 27-23, de autoria do Poder Executivo, que dispõe sobre exame toxicológico periódico para os Guardas Civis Municipais.

A Consulta segue documentada.

RESPOSTA:

A questão da obrigatoriedade de alguém se submeter a exame toxicológico, de dosagem alcoólica / etilômetro / "bafômetro" ou mesmo o exame de sangue têm sido bastante discutida pela doutrina.

Os tribunais pátrios já enfrentaram por diversas vezes questões parecidas com a em testilha, mas em todas, decidiu-se que a avaliação pessoal do candidato, seja física ou mentalmente, só pode ser exigida com fundamento em Lei formal e, ainda, com base em critérios objetivos definidos no edital. Veja-se, a exemplo, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO.

¹PARECER SOLICITADO POR SANDRA REGINA PESQUEIRA BERTI, PROCURADORA LEGISLATIVA - CÂMARA MUNICIPAL (LARANJAL PAULISTA-SP)

REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. **POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE EXAME MÉDICO QUANDO PREVISTO EM LEI E COM A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO**". (STF, Primeira Turma, RE-AgR 593873, Rel. Min. Carmem Lúcia, 27/10/2009, grifo nosso)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO MEDIANTE CRITÉRIOS OBJETIVOS. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que **devem estar previstos no edital os critérios objetivos do exame médico**. II – Agravo regimental improvido". (STF, Segunda Turma, AI-AgR 850638, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 11/10/2011, grifo nosso)

"Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Concurso público. Agente de guarda municipal. Exigência de exame psicotécnico. Ocorrência de **previsão legal** e de **adoção de critérios objetivos**. 3. Agravo regimental a que se nega provimento". (STF, Segunda Turma, AI-AgR 634306, Rel. Min. Gilmar Mendes, 01/04/2008, grifo nosso)

Isto diz respeito apenas à possibilidade de exigência ou não do exame toxicológico para ingresso no serviço público ou no máximo a uma renovação anual e não uma exigência contínua de se submeter a tais exames a qualquer tempo ou em espaços muito curtos de tempo, pois, se não houvesse limites, poder-se-ia condicionar até mesmo que fossem feitas pesquisas genéticas, biópsias e outros procedimentos caros e/ou invasivos como esses.

Se a Lei previr o exame toxicológico ou, ainda, estabelecer atribuições específicas para as quais se possa razoavelmente exigir essas mesmas condições, então a avaliação é legítima. Do contrário, não. Da mesma forma, deve-se verificar se o edital especifica essas condições de

forma objetiva, sob pena de impossibilidade de imposição desse encargo ao candidato.

Há opiniões contra e a favor da obrigatoriedade do exame toxicológico para o ingresso e permanência no serviço público.

Para os defensores da tese, o servidor que se envolve no consumo de drogas põe em risco a prestação do serviço que está a seu cargo. Isso viola diretamente o interesse público, o que justifica a elaboração de normas como o Projeto de Lei sob exame:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Candidato reprovado na fase de exame médico do concurso para admissão de Motorista de Ônibus sob fundamento de que, ao exame químico-toxicológico, sobreveio resultado positivo - Uso de substância entorpecente incompatível com o exercício da função - Não se vê aqui caracterizado desrespeito ao edital, tampouco ofensa ao princípio da isonomia - Ao confrontar o caso concreto com a previsão editalícia, legítima se mostra a reprovação do impetrante, devendo-se ter em conta a finalidade da norma, que deve ser interpretada em consonância com a regra do artigo 111 da CE - Recurso improvido". (TJSP; Apelação Cível 1006541-25.2017.8.26.0038; Relator (a): Luiz Sergio Fernandes de Souza; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Araras - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/05/2018; Data de Registro: 08/05/2018)

"MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO GUARDA CIVIL MUNICIPAL Candidato considerado inapto em razão do laudo de exame toxicológico ter detectado a presença de substâncias ilícitas no organismo do concursando Instaurado procedimento administrativo que culminou com a dispensa do funcionário Segurança denegada em primeiro grau Fragilidade probatória "Writ" de via estreita que não permite a dilação probatória Ausência de direito líquido e certo Recurso não provido". (TJSP; Apelação Cível 0006626-91.2013.8.26.0224; Relator (a): Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/11/2013; Data de Registro: 28/11/2013)

Já os opositores da tese dizem que desde o julgamento do E-ED-RR-617/2001-007-17-00.6, em dezembro de 2009, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que um empregador não pode realizar exames toxicológicos e de HIV sem o consentimento do trabalhador, sob pena de caracterizar desrespeito à privacidade. No caso em questão, o TST entendeu que, como somente ao empregado interessava saber se era portador do vírus da Aids ou se existiam sinais de drogas em seu organismo, o ato praticado pela empresa foi ilícito. Contudo, a jurisprudência trabalhista não é vinculante para os estatutários.

Não obstante o exposto, até mesmo para militares não há como obrigar o servidor a se submeter a exame. Guardas municipais são servidores civis, mas nos valeremos da doutrina castrense por ser mais consolidada ante o art. 202 do Código Penal Militar:

"No que concerne à embriaguez por álcool - a mais usual, verificando-se na quase totalidade dos casos -, a valoração do exame clínico e de dosagem foi alvo de muitas discussões nas oportunidades em que esses exames divergiam. Até um passado recente o exame de dosagem, por ser "mensurado matematicamente", preponderava. Assim, se o exame clínico apontasse alcoolizado, e o de dosagem (cujo resultado chegaria dias depois), embriagado, deveria ser baixada Portaria de IPM para a apuração do fato. O inverso poderia promover a soltura do acusado e o arquivamento do feito por inexistência de crime. A interpretação, entretanto, vem se modificando nos últimos tempos, pois se percebeu, com muita razão, que a mesma quantidade de álcool no sangue de pessoas com diferentes resistências a essa droga gerava, por consequência, diferentes resultados na capacidade de autodeterminação de cada uma delas. Em vista disso, passou-se a dar mais importância ao que se verifica no aspecto físico e mental (exame clínico) para concluir se o agente está ou não embriagado por álcool. Questão interessante cinge-se à possibilidade de ocorrência do delito sem laudo constatando a embriaguez, mas havendo forte conteúdo probatório evidenciando o fato. A existência do laudo pericial é muito importante, porém não é imprescindível para o reconhecimento do delito nos casos em que, por exemplo, seja impossível a constatação da embriaguez

por profissional habilitado. Os juízes, calcados nas provas produzidas no bojo do processo, poderão chegar à conclusão da embriaguez, já que o juiz, como se sabe, é o perito dos peritos (peritus peritorum). Anuindo nessa visão, Damásio de Jesus, ao comentar a embriaguez ao volante à luz do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), **consignou que a não obrigatoriedade de produção de provas incriminadoras pelo acusado não desprotege a ordem social, já que, na "área criminal, mantido o delito de embriaguez ao volante, o fato pode ser provado mesmo na ausência do exame do 'bafômetro', de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 'Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o art. 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitativa, apenas e tão somente, o respectivo exame pericial'. Também esse é o comportamento dos tribunais, a exemplo do que decidiu o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:**

"Ementa: Na impossibilidade de realização do exame de dosagem alcoólica, a condenação deve ser embasada na prova testemunhal indicativa da condição do policial militar na ocasião, além da própria admissão de seu estado de embriaguez. A falta de revista ou preleção à equipe, apesar de destoar da prática profissional costumeira, não caracteriza omissão do superior hierárquico e nem ilide a conduta praticada pelo agente". (Ap. Crim. 5.198/03, Proc. n. 30.653/01, 1ª Auditoria, rel. Juiz Paulo Prazak, j. 7-10-2004)

Outro ponto a ser investigado diz respeito à possibilidade de embriaguez por outra substância que não o álcool, a exemplo de substâncias entorpecentes como a cocaína e outras drogas ilícitas. A embriaguez, como visto acima, é um estado físico e mental que, particularmente nas atividades cotidianas das Instituições Militares, significa um risco extremado para a consecução dos objetivos de cada Força, sendo irrelevante ao tipo penal se provém esse estado do álcool, da cocaína, enfim, de qualquer outra substância que o possa gerar. Por essa razão,

haverá o delito se o militar, por exemplo, apresentar-se para o serviço sob efeito de substância entorpecente.

O nosso Código Penal Militar, deve-se ressaltar, não faz na Parte Geral a mesma construção do Código Penal comum. Segundo este, a embriaguez, claramente, pode ser por substância de efeitos análogos aos do álcool, conforme se defluiu da análise do inciso II do art. 28 ("a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos"). Isso leva a doutrina, a exemplo de Rogério Greco, a postular que o "Código Penal fez menção, ainda, a outra substância de efeitos análogos, podendo-se amoldar a essa definição as substâncias tóxicas e entorpecentes, tais como a cocaína, o ópio etc.". O CPM, por sua vez, não seguiu tal construção, por exemplo, no art. 49, quando trata da inimputabilidade por embriaguez. Todavia, pode-se inferir tal construção da análise sistemática do diploma castrense, tomando por base o delito de embriaguez ao volante do art. 279, que adiante comentaremos, o qual dispõe que é crime dirigir "veículo motorizado, sob administração militar na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante", deixando claro que não é o álcool a única substância a levar à embriaguez.

Obviamente, se o militar é surpreendido com a substância entorpecente no interior do quartel, consumindo-a ou prestes a consumi-la, sua conduta será subsumida pelo tipo penal do art. 290 do CPM, independentemente de seu estado de embriaguez". (In: NEVES, Cícero Robson Coimbra. Manual de direito penal militar. 2ª. ed. São Paulo. Saraiva, 2012., p. 1231-1232)

Mais recentemente, o professor Nelson Nery Jr. refletiu o seguinte sobre o ponto:

"A proibição de autoincriminação significa que o acusado não está obrigado a submeter-se a exame pericial para provar fato ou circunstância que lhe seria, em tese, desvantajosa, já que não se lhe pode exigir que colabore com as autoridades para fazer prova contra si mesmo (STF, HC 96219-SP, rel. Min. Celso de Mello, decisão liminar, j. 9.10.2008, posteriormente julgado

prejudicado; STJ, 3.^a Seção, REsp 1111566-DF, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, rel. p/acórdão Min. Adilson Vieira Macabau [convocado], j. 28.3.2012, DJUe 4.9.2012, sob o rito dos recursos repetitivos). Por isso, não está obrigado a submeter-se, forçadamente e contra sua vontade, a exame em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro - bafômetro), nem a exame de sangue para comprovar teor de álcool, para fins de caracterização do crime tipificado no CTB 306 (redação dada pela L 12760/12 1.^o). **A nova redação do CTB 306 retirou do tipo penal a menção à quantidade de álcool no sangue para tipificar a conduta descrita no texto normativo. Desapareceu o entrave que havia no sistema anterior, que mencionava o grau de álcool no sangue como integrante do tipo penal. Trata-se de norma penal em branco, pois a forma de verificação do comprometimento da capacidade psicomotora depende de texto normativo a ser baixado pelo Contran (CTB 306 § 1.^o II). Agora, sim, ficou menos rígida a prova da embriaguez, tanto para caracterizar a infração administrativa do CTB 165, quanto o crime do CTB 306. A nova sistemática entrou em vigor em 21.12.2012, data da publicação da L 12760/12, conforme previsto na L 12760/12 4.^o. Vale ressaltar que o CTB 306 § 2.^o, com redação pela L 12971/14, expõe os meios de prova admitidos para a verificação da embriaguez. V. CTB 165 e 306". (In: JR., Nelson Nery. Constituição Federal Comentada. 7 ed. Rio de Janeiro. RT. 2019, p. 77)**

Anote-se que nosso sistema repudia a imposição de o indivíduo produzir prova contra si mesmo (autoincriminar-se), daí não haver, também, a obrigação de submissão ao exame toxicológico ou ao teste do 'bafômetro' continuamente ou a qualquer momento. Esse é o entendimento do o Eg. STJ, HC 166.377-SP, Rel. Min. Og. Fernandes, j. 10-6-2010. Informativo n.^o 438, 7/11-6-2010.

Por fim, vejamos as considerações de Sylvio Motta:

"Assim, o privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante qualquer autoridade pública. E não se limita a

"ficar calado", indo, pois, muito além, podendo se manifestar pelo direito de não se submeter a exames de corpo de delito; de não soprar o bafômetro; de não apresentar documentos a autoridade fiscal que sejam comprobatórios de prática de crimes contra a ordem tributária (ou quaisquer outros); e de não apresentar qualquer elemento tais como roupas, armas ou utensílios domésticos a autoridade policial que os solicitar". (In: MOTTA, Sylvio. Direito Constitucional - Teoria, Jurisprudência e Questões. 27 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense. 2018, p. 325)

Em suma: temos que o Município não pode obrigar, nem mesmo por lei local, que os guardas municipais se submetam a exames de dosagem alcoólica ou toxicológicos toda a vez que forem se apresentar ao serviço ou a cada 180 (cento e oitenta) dias. O máximo que a lei poderia autorizar seria a previsão para a realização do exame para a posse e a renovação dos exames de forma anual, razão pela qual o PLC não pode prosperar. Registramos, ainda, que o Projeto, se fosse o caso, desafiaria a edição de lei ordinária nos termos expostos e não lei complementar.

É o parecer, s.m.j.

Jaber Lopes Mendonça Monteiro
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 22 de junho de 2023.