



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

Impte.: Dra. ANA CLÁUDIA ALMADA MARINHO

Pacte.: JOSÉ RODRIGUES DA SILVA FILHO

Aut. JUÍZO DE DIREITO DA 41ª VARA CRIMINAL DA

Coatora: COMARCA DA CAPITAL

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE ATIPIA DA CONDUTA. ART.306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. A denúncia afirma que o paciente foi parado por uma *blitz* da denominada “Lei Seca” e que, submetido ao teste com o etilômetro, ficou comprovado que ele conduzia veículo automotor na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas, visto que o referido aparelho registrou concentração superior a 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido de seus pulmões, mais precisamente 0,36mg/l. A denúncia concebida nestes termos é absolutamente inepta por não descrever o comportamento fático caracterizador da denominada direção anormal, sendo tal descrição elemento indispensável para que se possa falar em ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, qual seja, a segurança viária. O Código de Trânsito Brasileiro dispõe no art. 165, constituir infração administrativa “dirigir sob a influência de





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

2

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

álcool...". Já o art. 306, do Código de Trânsito, embora não faça expressa referência ao "estar sob a influência" de álcool, tal se faz necessária, posto que, assim não fosse, a infração administrativa seria mais grave do que a infração penal. Constitui um absurdo considerar que a infração administrativa, que é menos, faz tal exigência, enquanto no delito, que é o mais, bastaria o simples perigo abstrato. Essa interpretação, inclusive, possui amparo em diversos dispositivos da mesma lei que realizou mudanças no Código de Trânsito e que passou a ser batizada de "Lei Seca". O art. 1º, da Lei nº 11.705/08, obriga os estabelecimentos comerciais que vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui "crime dirigir sob a influência de álcool". No art. 291, § 1º, do CTB, uma das hipóteses de afastamento da aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais é exatamente a de dirigir "sob a influência de álcool" (inciso I). Não bastasse, o art. 4º-A, da Lei nº 9.294/96, dispõe que: *"Na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de*





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

3

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

forma legível e ostensiva de que é crime dirigir sob a influência de álcool". Note-se que o próprio art. 306, do Código de Trânsito, na segunda parte, dispõe que também constitui crime conduzir veículo "sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência". Vale por interpretar que, para haver o crime o agente deve estar conduzindo o veículo sob a influência do álcool ou de qualquer outra substância psicoativa. Assim, é evidente que para a existência da conduta típica não é apenas necessário o encontro de 6 decigramas de álcool por litro de sangue do motorista, havendo necessidade, tal qual na infração administrativa, sob pena desta ser mais grave, que o motorista esteja conduzindo sob influência do álcool. Chegando-se a tal conclusão, ou seja, de que a influência do álcool também deve integrar o tipo penal, cabe distinguir a infração administrativa do tipo penal. Em primeiro lugar deve ser citada a tolerância prevista no parágrafo único, do art. 276, do referido Código, quando autoriza o órgão do Poder Executivo Federal a disciplinar as margens de tolerância para





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

4

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

casos específicos. Com isso, o Decreto nº 6.488/08, no § 2º, do seu art. 1º, é expresso ao afirmar que a margem de tolerância será de duas decigramas por litro de sangue para todos os casos, o que vale por dizer que até 0,2 decigramas o fato é atípico administrativa e penalmente. Já entre 0,2 a 0,6 decigramas haverá a infração administrativa. Igual ou mais que 0,6 decigramas, se o agente dirigia o veículo de forma anormal, colocando em risco a segurança viária, haverá tanto a infração administrativa quanto a penal. Assim, a primeira distinção que se observa entre a infração administrativa e a penal é a concentração de álcool no sangue. A segunda, e mais importante para o campo penal, é a de que no crime se exige um condutor que tenha ingerido certa quantidade de álcool, vale repetir, 0,6 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue, e que se comporte, na direção do veículo, de forma anormal, ou seja, conduzindo o veículo de maneira a colocar em risco a segurança viária. Ao inverso, se conduz o veículo de forma normal, embora com 0,6 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue, a infração é meramente administrativa





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

5

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

e não penal. Enfim, o que se exige, na feliz citação do prof. Luiz Flávio Gomes, é o condutor anormal mais a condução anormal. Admitir-se que o simples fato do condutor estar com concentração de álcool proibida no sangue que isto venha a ser prova de perigo concreto, ou seja, de uma presunção absoluta de condução anormal do veículo, é atentar contra o princípio constitucional da ofensividade. O direito administrativo, que admite o perigo abstrato, não pode ser confundido com o direito penal, já agora com este constitucionalizado, onde, por força do inciso I, do art. 98, da Constituição Federal, se exige, em qualquer infração penal, a existência de uma ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado. Assim entendido, há necessidade, para que haja a infração penal, que o agente esteja conduzindo o veículo “*sob a influência*” do álcool ou de qualquer outra substância que determine dependência. E, desta forma, o “*estar sob a influência*” exige a exteriorização de um fato que vai além da ingestão da substância, mas que é derivado dela, o que significa concluir que não basta ingerir ou fazer uso de alguma substância, mas





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

6

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

impõe-se a comprovação de que o agente, estando sob a sua influência, manifestou uma conduta anormal (por exemplo, um zig-zag), isso já sendo suficiente para colocação em risco da segurança viária. Não significa dizer que se exige um perigo concreto determinado, mas um perigo concreto indeterminado, que é o efetivo risco para o bem jurídico coletivo segurança viária, mesmo que nenhuma pessoa concreta tenha sofrido perigo. Com base em tais ponderações, deveria a denúncia ofertada pelo Ministério Público imputar uma conduta fática demonstrativa da direção anormal realizada pelo agente, resultado direto, por força da relação causal, de estar dirigindo sob a influência do álcool. No entanto, a peça exordial apenas afirma ter o paciente ingerido álcool e mais nada, o que constitui, na forma como está a imputação, apenas uma infração administrativa. **ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA para declarar inepta a denúncia, sem prejuízo que outra seja ofertada.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima epigrafadas,





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

7

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

A C O R D A M, os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em CONCEDER A ORDEM para declarar inepta a denúncia, nos termos do voto do Desembargador Relator, com declaração de voto da Desembargadora DENISE ROLINS LOURENÇO.

R E L A T Ó R I O

Cuida-se de ordem *habeas corpus* impetrada em favor de JOSÉ RODRIGUES DA SILVA FILHO, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz da 41ª Vara Criminal da Capital, sob a alegação de que está sofrendo constrangimento ilegal em razão de não ter sido absolvido sumariamente pela imputação da prática do crime previsto no art. 306, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97. Alega atipicidade da conduta ante o exame realizado no Instituto Félix Pacheco, com resultado negativo para o uso de álcool.

O pedido de liminar foi indeferido às fl. 14.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 16/18.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

8

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Luiza Lane Ribeiro Godinho, opinou pela denegação da ordem (fls. 20/24).

É o relatório.

V O T O

A inicial acusatória, cuja cópia está acostada às fls. 05/06, descreve os seguintes fatos:

“No dia 22 de maio de 2009, por volta de 1 hora, policiais que participavam de uma operação denominada “Lei Seca” na Avenida Presidente Vargas, em frente ao prédio dos Correios, na Cidade Nova, abordaram o denunciado que conduzia um veículo Santana Quantum LAC 4305.

Feito isto, o denunciado foi submetido ao teste com o etilômetro, comprovado-se que ele dolosamente conduzia veículo automotor na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas, visto que, na forma do art. 2º, II, do Decreto nº 6.488/08, o etilômetro registrou concentração de álcool superior a 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido de seus pulmões, mais precisamente 0,36 mg/l, consoante documento de fls. 10.

Assim, livre e conscientemente procedendo, está o denunciado incurso nas penas do art. 306, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97 (Código de trânsito Brasileiro).”





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

9

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

Como se vê, a denúncia afirma que o paciente foi parado por uma *blitz* da denominada “Lei Seca” e que, submetido ao teste com o etilômetro, ficou comprovado que ele conduzia veículo automotor na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas, visto que o referido aparelho registrou concentração superior a 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido de seus pulmões, mais precisamente 0,36mg/l.

A denúncia lavrada nestes termos, com a devida vênia do seu subscritor, é absolutamente inepta por não descrever o comportamento fático caracterizador da denominada direção anormal, sendo tal descrição elemento indispensável para que se possa falar em ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, qual seja, a segurança viária.

O recebimento da inicial, tal qual concebida na presente hipótese, constitui flagrante constrangimento ilegal.

O Código de Trânsito Brasileiro dispõe no seu art. 165, constituir infração **administrativa** a seguinte conduta:





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

10

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

*“Art. 165. Dirigir **sob a influência de** álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (destaquei em negrito).*

Apesar de o art. 306, do Código de Trânsito, não fazer expressa referência ao **“estar sob a influência”** de álcool, a presença dessa condição elementar se faz necessária, posto que, se assim não fosse, importaria reconhecer que a infração administrativa seria mais grave do que a infração penal, em franca subversão de valores jurídicos.

Com efeito, seria absurdo considerar que a infração administrativa, que é menos, exigiria a condição elementar de **“estar sob a influência de álcool”**, enquanto que para reconhecer o crime, que é o mais, bastaria o simples perigo abstrato.

Dessa forma, embora o art. 306, do CTB, com a redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008, tenha suprimido a expressão **“estar sob a influência”**, esta condição deve estar presente para fique configurado o delito em questão.

Essa interpretação, inclusive, decorre do exame de diversos dispositivos da própria lei que





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

11

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

realizou mudanças no Código de Trânsito, e que passou a ser batizada de “Lei Seca”.

Veja-se que já no art. 1º, da Lei nº 11.705, de 2008, ao estabelecer a finalidade da Lei, o legislador também traçou o objetivo de:

*“...obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime **dirigir sob a influência de álcool**” (grifo nosso).*

No art. 291, § 1º, do CTB, uma das hipóteses de afastamento da aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais é exatamente a de dirigir:

*“**sob a influência de álcool** ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (inciso I).*

E não é só.

O art. 4º-A, da Lei nº 9.294/96, criado pela mesma Lei nº 11.705, de 2008, dispõe que:

“Art. 4º-A. Na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de forma legível e





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

12

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

*ostensiva de que **é crime dirigir sob a influência de álcool**" (grifei).*

Note-se, ainda, que o próprio art. 306, do Código de Trânsito, na segunda parte, dispõe que constitui crime conduzir veículo:

*"**sob a influência de** qualquer outra substância psicoativa que determine dependência".*

Diante dessa explícita reiteração legislativa, cumpre interpretar que, para haver o crime, o agente deve estar conduzindo o veículo **sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa**.

Assim, é evidente que para a existência da conduta típica não é apenas necessário o encontro de 6 decigramas de álcool por litro de sangue do motorista, havendo necessidade, tal qual na infração administrativa, sob pena desta ser mais grave, que o motorista esteja conduzindo o veículo **sob influência** de álcool.

Chegando-se a tal conclusão, ou seja, de que dirigir sob a influência de álcool também deve





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

13

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

integrar o tipo penal, cabe distinguir a infração administrativa do tipo penal.

Em primeiro lugar, deve ser citada a tolerância prevista no parágrafo único, do art. 276, do referido Código, quando autoriza o órgão do Poder Executivo Federal a disciplinar as margens de tolerância para casos específicos. Com isso, o Decreto nº 6.488/08, no § 2º, do seu art. 1º, é expresso ao afirmar que:

“a margem de tolerância será de duas decigramas por litro de sangue para todos os casos”.

É forçoso concluir, com isso, que até o limite de 0,2 decigramas o fato é atípico administrativa e penalmente. A partir daí, ou seja, entre 0,2 a 0,6 decigramas, haverá a infração administrativa. Igual ou mais que 0,6 decigramas, se o agente dirigir o veículo de forma anormal, colocando em risco a segurança viária, haverá tanto a infração administrativa quanto a penal.

Com essas conclusões, a primeira distinção que se observa entre a infração administrativa e a penal é a quantidade de concentração de álcool no sangue.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

14

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

A segunda diferença, e mais importante no campo jurídico-penal, é a constatação de que, para existência do crime, além da ingestão de álcool que importe em 0,6 ou mais decigramas por litro de sangue, o condutor se comporte, na direção do veículo, de forma anormal, ou seja, conduzindo o veículo de maneira a colocar em risco a segurança viária.

Ao inverso, se há condução do veículo de forma normal, embora com 0,6 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue, a infração é meramente administrativa, e não penal.

Tal constatação decorre do **princípio da ofensividade**, cujo entendimento e correta aplicação é de significativa importância no âmbito penal, por derivar de outro princípio ainda maior, e de mais abrangência, que é o princípio da legalidade estrita, materializado no art. 5º, inciso XXXIX, do Pacto Fundamental da República.

De acordo com as precisas lições de FERNANDO CAPEZ:

“É imperativo do Estado Democrático de Direito a investigação ontológica do tipo incriminador. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

15

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade.” (Curso de Direito Penal, Ed. Saraiva, 2006, Vol. 1, pág. 8).

Daí a observação do professor LUIZ FLÁVIO GOMES:

*“Uma vez que se concebe que a ofensividade é condição necessária, ainda que não suficiente, da intervenção penal e que o delito é expressão de uma infração ao Direito (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido), tem relevância ímpar exigir do legislador a **descrição do fato típico com uma ofensa a um determinado e específico bem jurídico**” (Princípio da ofensividade no direito penal, Ed. RT, 2002, pág. 35).*

ROGÉRIO GRECO, procurando resumir o raciocínio de NILO BATISTA acerca do princípio da ofensividade, assim se manifesta:

*“Na verdade, podemos resumir todas as vertentes anunciadas por Nilo Batista em um único raciocínio: o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente, que venham a atingir bens de terceiros, atendendo-se, pois, ao brocardo **nulla lex poenalis sine injuria**.” (Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal, Ed. Impetus, 2008, pág. 78).*





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

16

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

Na mesma obra, o citado autor também destaca o escólio de MARIANO SILVESTRONI, para demonstrar a insubsistência dos tipos penais que prevêm delitos de perigo abstrato:

“Adverte Mariano Silvestroni que ‘os delitos de perigo abstrato não podem ser admitidos em um direito penal baseado no princípio da lesividade.

A mera presunção de que certas condutas podem afetar a terceiros não basta para legitimar a ingerência punitiva se essa afetação não se produz realmente no caso concreto’.” (Ob. cit., pág. 79).

Não há, pois, como conceber a norma penal para incriminar o agente causador do mero perigo abstrato, por afrontar o princípio da lesividade.

Firmada tal premissa, LUIZ FLÁVIO GOMES, com a propriedade que lhe é peculiar, identifica nas normas do Código de Trânsito a presença de um **perigo concreto indeterminado**, alertando, porém, para a necessidade de ser demonstrado algo mais para a caracterização do perigo, um **plus** na conduta do agente:

“Esse algo mais consiste na comprovação de que a conduta do agente (desvalor da ação), concretamente, revelou-se efetivamente perigosa para o bem jurídico protegido (desvalor do



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

17

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

resultado). (...) Parte o Código da concepção correta de que não basta apenas o desvalor da ação (periculosidade 'abstrata' de uma determinada conduta: por exemplo, dirigir embriagado), senão também a evidenciação concreta da potencialidade lesiva (princípio da ofensividade) da conduta (desvalor do resultado).

Mas é preciso bem compreender esse perigo concreto exigido pelos novos tipos penais. Não é necessário que a conduta praticada coloque em perigo a vida ou a integridade física de uma vítima determinada (tal como acontece, por exemplo, com o art. 132 do CP). Basta a comprovação de que um conjunto de bens ou de pessoas (ainda que não identificados) concretamente sofreram o risco de lesão. Por exemplo: dirigir embriagado é uma conduta, em geral (abstratamente) perigosa. Ninguém pode negar. Mas no processo penal, agora, para além de se provar que o sujeito dirigia o veículo embriagado, impõe-se demonstrar que concretamente sua conduta trouxe perigo para "outrem" (pessoas indeterminadas, que nem sequer, em geral, serão ouvidas, mas que passavam pelo local, estavam no local ou moravam no local)." (in Código de Trânsito Brasileiro: CTB/Primeiras notas interpretativas, Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 61, págs. 04/05).

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema, exigindo a demonstração de que a conduta do agente, embriagado, tenha colocado





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

18

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

em risco concreto o bem jurídico tutelado pela norma penal:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO CONCRETO. POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO...

I - O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. In casu, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual impõe-se a absolvição do réu-recorrente (Precedente)...

(STJ - Quinta Turma - Rel. Ministro FELIX FISCHER - REsp 608078 / RS - RJADCOAS vol. 61 p. 558).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. (...) EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB). PERIGO CONCRETO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DANO POTENCIAL...

O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de perigo concreto, necessitando, para sua caracterização, da demonstração do dano potencial o que, in casu, segundo a r. sentença e o v.acórdão ora recorrido, não aconteceu.

(STJ - Quinta Turma - Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA - REsp 566867 / RS - j. em 28/04/2004).





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

19

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

E hoje, apesar da modificação implementada no texto do art. 306, do CTB, os elementos identificadores do referido crime não se alteraram, vale dizer, não houve alteração da estrutura normativa do tipo penal ou da sua constituição ontológica.

Como bem colocado por JOÃO GUILHERME MARCONDES:

“Uma coisa é a construção lingüística realizada pelo legislador, outra é o sentido normativo (dever ser) que o intérprete constrói tendo por base o texto. Uma das funções da dogmática é justamente a de possibilitar esta atividade interpretativa, permitindo, assim, que o operador do direito crie um sentido técnico e adequado ao enunciado legal.

O juiz, diante de um evento trazido para decisão, reconstrói cientificamente a realidade, formando o fato jurídico, ou, no caso: o crime. Esta operação, por vezes denominada de subsunção, demanda a averiguação do significado do evento, se lícito ou ilícito, atividade que, em última medida, revela a decisão sobre a violação do ordenamento, não enquanto conjunto de expressões verbais, mas como uma unidade de sentido normativo.

Conquanto o enunciado do Art. 306 do CTB nada diga sobre o perigo criado pela conduta nele descrita, é de conhecimento geral que a proibição diz respeito à possibilidade de que estas ações venham a causar efeitos nocivos. Em linguagem jurídica, isto significa que o fundamento deste tipo penal é a afetação de





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

20

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

bens jurídicos. Isto é, não se proíbe a direção de veículo automotor nas condições previstas por si, mas justamente porque poderão ser afetados bens jurídicos (integridade física e vida). (“A política do bêbado zero e o tipo de perigo abstrato: análise da nova redação do Art. 306 do CTB”, disponível em <http://www.ibccrim.org.br>).

Em verdade, admitir-se que o simples fato de conduzir veículo com concentração de álcool proibida no sangue representa perigo concreto, ou seja, caracteriza uma presunção absoluta de condução anormal do veículo, é atentar contra o princípio constitucional da ofensividade.

O direito administrativo, por admitir o perigo abstrato, não pode ser confundido com o direito penal, já agora com este constitucionalizado, onde, por força do inciso I, do art. 98, da Constituição Federal, exige, em qualquer infração penal, a existência de uma ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado.

Assim entendido, há necessidade, para que haja a infração penal, que o agente esteja conduzindo o veículo **sob a influência** de álcool ou de qualquer outra substância que determine dependência. E, desta forma, o **“estar sob a influência”** exige a





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

21

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

exteriorização de um fato que vai além da ingestão da substância, mas que é derivado dela, o que significa concluir que não basta ingerir, ou fazer uso de alguma substância, mas impõe-se a comprovação de que o agente, estando sob a sua influência, manifestou uma conduta anormal (por exemplo, um zigzague), isso já sendo suficiente para colocação em risco da segurança viária.

Não significa dizer que se exige um perigo concreto determinado, mas um perigo concreto indeterminado, que é o efetivo risco para o bem jurídico coletivo segurança viária, mesmo que nenhuma pessoa real e concretamente tenha sofrido perigo.

Com base em tais ponderações, no caso dos autos, deveria a denúncia ofertada pelo Ministério Público, imputar uma conduta fática na qual fosse possível identificar a direção anormal realizada pelo paciente, resultado direto, por força da relação causal, de estar dirigindo sob a influência do álcool.

No entanto, a peça exordial apenas afirma ter o paciente ingerido álcool, e mais nada, o que constitui simples infração administrativa.





Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

22

GABINETE DO DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
OITAVA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 2009.059.08115

Em razão do exposto, o voto é no sentido de **CONCEDER A ORDEM** para declarar inepta a denúncia, sem prejuízo que outra seja ofertada.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2009.

Desembargador **GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA**
Relator

