

**EXMO. SR. DESEMBARGADOR SÉRGIO DE SOUZA VERANI
2º VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Os Advogados **TÉCIO LINS E SILVA, ILÍDIO MOURA, DARCY DE FREITAS, LETÍCIA JOST LINS E SILVA, ADRIANO PRATA PIMENTA e MAÍRA COSTA FERNANDES**, abaixo assinados, regularmente inscritos na OAB/RJ sob os nº 16.165, 20.408, 71.133, 75.217, 106.399 e 134.821, com escritório na Av. Rio Branco, nº 133/12º andar, Centro, nesta cidade, **os quais pedem, desde já, na forma do artigo 192, § 2º, do RISTF, para serem intimados da data do julgamento do presente writ**, vêm, com fundamento nos artigos 1º, inciso III; 5º, incisos LIV e LXVIII da Constituição do Brasil, e nos artigos 647 e 648, I, do Código de Processo Penal, impetrar ordem de

HABEAS CORPUS

em favor de **BMM**, brasileira, estudante, portadora do RG xxxxx, expedido pelo IFP, com endereço xxxxxxxxxxxxxxxx, nesta cidade, que se encontra sofrendo coação e constrangimento ilegais, **apontando-se como autoridade coatora, para os fins de direito, o Juízo de Direito**

da 5ª Vara Criminal da Capital (Processo nº 2009.001.103342-0), em razão dos fatos a seguir expostos (anexa-se, para instrução deste pedido, cópia integral dos autos judiciais).

I. Os fatos e a Decisão impugnada:

O Ministério Público ofereceu denúncia contra a **Paciente**, atribuindo-lhe a prática do crime previsto no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, alterado pela Lei nº 11.705/2008, sob a alegação de que, no dia 29 de abril de 2009, durante a realização de uma operação “Lei Seca”, na Avenida Padre Leonel Franca, na Gávea, nesta cidade, foi a mesma submetida ao exame de etilômetro, tendo sido “*constatada a quantidade de 0,476 mg p/ litro de ar expelido pelos pulmões, conforme consta nos autos à folha 08*”¹, o que, convenhamos, é quase o limite da lei (0,3 mg/litro de ar expelido).

Antes mesmo de ser intimada, a **Paciente** apresentou sua Resposta à Acusação, apontando as conseqüências desproporcionais entre o fato e a nova realidade penal e, principalmente, a atipicidade da conduta que lhe foi imputada e a ausência de prova da materialidade delitiva, as quais, por conduzirem à falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal, justificavam a sua absolvição sumária, na forma do artigo 397 do Código de Processo Penal.

¹ Embora a denúncia afirme a quantidade de “0,476 mg p/ litro de ar expelido pelos pulmões”, na realidade, o resultado aferido no teste de etilômetro a que se submeteu a Paciente, constante às fls.08 dos autos, acusou o teor de “0,45 mg/litro”.

O Ministério Público opinou contrariamente à absolvição sumária da **Paciente** e o Juízo da 5ª Vara Criminal assim decidiu:

*“A matéria alegada pela defesa não se enquadra nas hipóteses de absolvição sumária. A conduta proibitiva descrita no artigo 306 do CTB, alterada pela Lei 11.705/08, exige para a adequação típica uma determinada concentração de álcool por litro de sangue e no caso vertente, tal elementar foi inicialmente constatada com o exame do etilômetro. **A condução irregular ou anormal (sic) de veículo automotor não tem o condão de afastar a tipicidade penal**”.*²

Desta forma, mesmo diante de uma denúncia inepta e absolutamente ausente de justa causa, o Juízo da 5ª Vara Criminal deu prosseguimento à ação penal, nela designando, para o dia 01/06/2010, audiência especial para a oferta de proposta de suspensão condicional do processo, ato jurisdicional que representará para a ora **Paciente** verdadeiro e desnecessário constrangimento ilegal.

II. A Interpretação do novo artigo 306 do Código de Trânsito de acordo com a Constituição. Inépcia da inicial, atipicidade e falta de justa causa.

A Lei nº 11.705/08, editada com o louvável objetivo de reduzir os altos índices de mortalidade decorrentes de acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados, alterou o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, estabelecendo uma política mais repressiva, na medida em que, embora mantendo as mesmas penas da

² Aqui, provavelmente, quis o Juízo dizer que “a condução **regular** ou **normal** de veículo automotor não tem o condão de afastar a tipicidade penal”. Não fosse assim, teria rejeitado liminarmente a denúncia, ao invés de ratificar o seu recebimento.

redação anterior, deixou de exigir, para a configuração do crime ali previsto, a caracterização de uma ação causadora de uma efetiva exposição “*a dano potencial à incolumidade de outrem*”.

Ao sepultar a distinção entre perigo concreto e abstrato, antes existente entre a infração penal e a administrativa, e afastar, para a configuração do tipo penal, a exigência da comprovação de que a conduta do motorista tenha, concretamente, exposto a risco a integridade física, a saúde ou a vida alheias, a nova Lei deu ensejo a uma série de reclamos quanto à sua (in) constitucionalidade, face à violação aos **princípios constitucionais da ofensividade**, da **proporcionalidade**, da **razoabilidade**, como ressaltado pelo Professor Luiz Flávio Gomes, em artigo intitulado “*Lei Seca (Lei 11.705/2008). Exageros, equívocos e abusos das operações policiais*”³:

*“Não se pode nunca confundir a infração administrativa com a penal. Aquela pode ter por fundamento o perigo abstrato. Esta jamais. O Direito penal atual, fundado em bases constitucionais, é dotado de uma série de garantias. Dentre elas está a da ofensividade, que consiste em exigir, em todo crime, uma ofensa (concreta) ao bem jurídico protegido. **Constitui grave equívoco interpretar a lei seca "secamente". Não há crime sem condução anormal. A prisão em flagrante de quem dirige normalmente é um abuso patente, que deve ser corrigido prontamente pelos juizes**”.*

O mesmo entendimento defendido pelo referido Professor vem sendo adotado em recentes decisões judiciais que refletem a preocupação dos nossos julgadores com os Princípios Constitucionais acima mencionados.

³ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11496>.

A 8ª Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça, em 18 de novembro de 2009, concedeu ordem de *Habeas Corpus* para declarar a inépcia de uma denúncia que versava sobre a mesma imputação que ora nos concerne, por entender que a comprovação de uma porcentagem de álcool no sangue maior que a permitida em Lei **não é suficiente para sustentar a acusação**, exigindo-se, para a configuração do crime em questão, que o motorista apresente uma conduta anormal que demonstre que ele estava, de fato, sob influência de álcool. Consta do voto do Desembargador Relator da referida decisão **unânime**, o seguinte:

“A denúncia 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. TER INGERIDO ÁLCOOL E MAIS NADA CONSTITUI APENAS UMA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA”.

(TJ/RJ, 8ª CCrim, HC nº 0041826-89.2009.8.19.0000, 2009.059.08115, Rel. Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, Julgamento 18/11/2009).

E, da extensa ementa, cuja cópia anexamos à presente, transcrevemos as seguintes passagens:

“Admitir-se que o simples fato do condutor estar com concentração de álcool proibida no sangue 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 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”.

A Decisão da E. 8ª Câmara Criminal do TJ/RJ destaca, ainda, que:

“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”.

Isto é, justamente, o que faz a denúncia ilegalmente recebida pela Autoridade aqui nomeada coatora!

Por sua vez, a 4ª Câmara Criminal do TJ/RJ, em julgamento realizado em 12 de janeiro do corrente, manteve decisão de primeiro grau que rejeitou uma denúncia, por falta de justa causa, em hipótese por tudo semelhante à presente, na qual o exame de etilômetro havia apontado uma concentração de álcool de 0,43 mg/l, praticamente idêntica a do presente caso (0,45 mg/l), sem que, tal qual ocorre na hipótese que ora nos concerne, o condutor apresentasse qualquer sinal de embriaguez. Confira-se a acertada ementa:

“EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - DELITO PREVISTO NO ART. 306 DA LEI Nº 9503/97 - CÓDIGO

BRASILEIRO DE TRÂNSITO - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA, COM BASE NO ARTIGO 395, INCISO III, C/C ARTIGO 3º, AMBOS DO CPP - PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO, EXIGE-SE O RISCO CONCRETO PARA A SEGURANÇA VIÁRIA - FATO ATÍPICO - Paciente abordado por policiais, no dia 14 de junho de 2009, por volta de 2 horas e 20 minutos, na operação denominada "Lei Seca". Submetido ao teste com o etilômetro, ficou constatado que ele conduzia veículo automotor na via pública com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas. O EXAME APONTOU CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL SUPERIOR A 3 DÉCIMOS DE MILIGRAMA POR LITRO DE AR EXPELIDO DE SEUS PULMÕES, MAIS PRECISAMENTE 0,43 MG/L. Diante de tal constatação, foi o paciente denunciado como incurso nas penas do art. 306 da Lei 9503/97. Todavia, para a configuração do crime deve haver o perigo concreto à coletividade. No presente caso, a conduta do paciente não se subsume a norma penal acima referida, não se tratando de infração penal, mas infração administrativa, prevista no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro. CORRETA A DECISÃO DO MAGISTRADO QUE REJEITOU A DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL, JÁ QUE A PEÇA INAUGURAL NÃO DESCREVEU O COMPORTAMENTO QUE CARACTERIZARIA A ANORMALIDADE NA DIREÇÃO DO VEÍCULO, INDISPENSÁVEL PARA SE FALAR EM OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO CRIMINALMENTE. Estar "sob a influência", como era exigido pelo texto original do artigo 306-CTB, é condição obrigatória para a configuração do crime em análise. Deve-se, obrigatoriamente, considerar se o agente está "sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem", como era previsto anteriormente e que ainda deve imperar. DESPROVIMENTO DO RECURSO."

(TJ/RJ, 4ª CCrim, RSE nº 0199642-34.2009.8.19.0001, 2009.051.00728. JDS. DES. M. SANDRA KAYAT DIREITO - Julgamento: 12/01/2010).

E note-se que tal entendimento não é exclusividade deste E. Tribunal de Justiça. Também a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em idêntico sentido, assim decidiu:

“O crime do art. 306 da Lei nº 9503/97, traz, em sua descrição, elementar delituosa relativa à exigência de exposição da incolumidade de outrem a dano potencial, circunstância esta que não está objetivamente descrita na petição inicial”.

(TJ/MG, 2ª CC, Rel. Des. Herculano Rodrigues, ApCr 1.0114.06.060869-1/001(1), Julgamento 29/01/2009).

Ora, o mesmo se pode dizer da inepta denúncia oferecida contra a Paciente, a qual motivou ação penal absolutamente ausente de justa causa!

Ressalte-se que, nos presentes autos – como nos casos acima exemplificados –, não há uma única menção à direção perigosa ou à “*condução anormal*” de veículo e, tampouco, qualquer indício de que a **Paciente** não estivesse em **plena condição** de dirigir seu veículo ou de que tenha exposto a dano a integridade de outrem. E nem poderia haver, pois encontrava-se a **Paciente** visivelmente sóbria e capaz de dirigir, razão pela qual não fez qualquer oposição à realização do teste de etilômetro, embora pudesse fazê-lo, e sequer foi encaminhada a exame de sangue (fls. 28/verso) ou a um exame clínico – muito mais precisos e menos sujeitos a erro – pelas Autoridades que participaram da operação e que se limitaram a afirmar que “*B. não teria se oposto a realizar o teste*” (fls. 02/03). **Nenhuma palavra há nestes depoimentos sobre direção perigosa ou exposição de risco a terceiros!**

Não por outra razão, requereu o Ministério Público, na cota que acompanhou a sua inepta denúncia: “*em diligências, (...) 2) Laudo*

definitivo de alcoolemia” (fls. 21). Tal requerimento que, com todas as vênias, deveria ter precedido ao oferecimento da denúncia, só expõe, de forma ainda mais clara, a absoluta ausência de prova da materialidade do grave crime imputado à **Paciente**.

A inexistência de quaisquer elementos de informação que, ao menos, indiciassem que a **Paciente** não estava em condições de dirigir e de que estaria, na condução de seu veículo, expondo a dano a incolumidade de outrem, **revela a inépcia da inicial, ao mesmo tempo em que evidencia a atipicidade da conduta que lhe foi imputada, assim conduzindo à absoluta ausência de justa causa para o prosseguimento da Ação Penal.**

III. Conclusão e Pedido:

A **paciente**, BMM, é uma jovem de 20 anos, estudante do 5º período de Direito da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ, que **nunca** se envolveu em qualquer tipo de infração de trânsito, conforme consulta ao *site* do DETRAN (fl. 51).

Quando abordada pela *blitz* da “Lei Seca”, certa de que a quantidade de bebida ingerida estava dentro dos limites permitidos em lei e segura de sua sobriedade, **não se opôs à realização do teste de etilômetro**, como comprovado nos autos (fls. 02, 03 e 55).

Assim, além de inepta e ausente de justa causa, a acusação que se pretende contra a **Paciente**, dado o contexto em que ocorreram os

fatos, revela evidente contradição, pois, tivesse ela, no estado em que se encontrava, ou seja, absolutamente sóbria, se recusado a fazer o teste do etilômetro – como poderia fazê-lo e como tantas pessoas têm feito – nada lhe aconteceria, salvo, no máximo, a imposição de uma penalidade administrativa.

Aqui reside a contradição e o absurdo: uma pessoa que, mesmo tendo ingerido quantidade não aceitável de álcool, mas que se oponha à realização do teste do etilômetro – até porque tem consciência de que não poderia estar dirigindo – não sofrerá mais do que uma penalidade administrativa, se não restarem demonstrados visíveis sinais de embriaguez e não houver qualquer outra prova da materialidade do delito (um exame clínico, de sangue ou de urina, por exemplo).

Ou seja: aqueles que, tendo ingerido, apenas, uma pequena quantidade de álcool, estão sóbrios e em perfeitas condições de dirigir e, por isso, se submetem ao teste do etilômetro, certos de que tal teste nada acusará, são penalizados, enquanto que outros, mesmo tendo ingerido maior quantidade de álcool, ao se recusarem a realizar o referido teste, nenhuma consequência criminal sofrerão.

Por óbvio, os Impetrantes não estão sugerindo que sejam criminalmente penalizados aqueles que se recusam a fazer prova contra si mesmos. Este é um direito constitucional a todos garantido! A colocação acima serve, apenas, para reforçar o entendimento que vem sendo corretamente adotado por nossos Tribunais - em casos de imputação de crime de embriaguez no volante - no sentido de que é inepta e ausente de justa causa a acusação que tem como único

fundamento a comprovação de uma concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas⁴ e que não aponta quaisquer outros elementos de informação capazes de demonstrar que o condutor do veículo estava efetiva e comprovadamente embriagado, assim expondo a perigo concreto a incolumidade pública.

Desta forma, por tudo quanto aqui foi exposto, a evidenciar que, além de inepta, a denúncia oferecida carece de justa causa e deveria ter sido prontamente rejeitada, confia a **Paciente** na concessão do presente *writ* e no conseqüente trancamento da Ação Penal ora questionada, restaurando-se, só assim, a sua dignidade e os interesses da verdadeira

JUSTIÇA!

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2010.

TÉCIO LINS E SILVA

Advogado – OAB/RJ 16.165

ILÍDIO MOURA

Advogado - OAB/RJ 20.408

DARCY DE FREITAS

Advogado – OAB/RJ 71.133

LETÍCIA JOST LINS E SILVA

Advogada - OAB/RJ 75.217

ADRIANO PRATA PIMENTA

Advogado – OAB/RJ 106.399

MAÍRA COSTA FERNANDES

Advogada – OAB/RJ 134.821

⁴ Ressalte-se que, até hoje, ninguém sabe ao certo se um simples bombom de licor, um copo de vinho ou de cerveja poderá acusar uma concentração de álcool no sangue acima da permitida em lei, o que, certamente, está a depender, também, do metabolismo de cada um.