

**OITAVA CÂMARA CRIMINAL
EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0373041-07.2009.8.19.0001
EMBARGANTE: JULIANO SILVA DIAS
EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ**

Embargos Infringentes e de Nulidade visando a prevalência do voto vencido proferido no julgamento da apelação nº 0373041-07.2009.8.19.0001, que mantinha a absolvição sumária pelo crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

O voto vencido assim fundamentou a divergência:

“Ousei divergir da douta maioria, a quem sempre rendo as minhas homenagens, pelos motivos que passo a expor.

Conforme se depreende da leitura da inicial, o Ministério Público, ao deflagrar a ação penal em face do ora recorrido, não lhe imputou qualquer comportamento capaz de externar a presença de risco concreto ao bem jurídico criminalmente tutelado, qual seja, a segurança viária. Pois, de acordo com a denúncia, o recorrido, ao ser parado aleatoriamente em uma blitz da denominada “Operação Lei Seca”, submeteu-se ao teste do bafômetro, que resultou positivo. Em nenhum momento o Parquet descreveu, na inicial, que o recorrido estivesse de modo anormal.

É verdade que o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.705/08, não exige literalmente, para fins de tipificação da conduta de que se trata, que o condutor do veículo esteja sob a influência de álcool, satisfazendo-se com a concentração de tal substância em limite igual ou superior a 06 decigramas por litro de sangue, o que pode ser aferido mediante exame sanguíneo ou pulmonar. No caso dos autos foi utilizado o chamado teste do bafômetro.

Mas o mesmo dispositivo legal, que também tipifica a conduta de dirigir veículo automotor após o consumo de substância psicoativa que determine dependência, isto é, os entorpecentes,

manteve a expressão “sob a influência de”, outrora presente na hipótese de álcool.

E como é cediço, não basta o “consumo” para que se esteja “sob a influência de”. É preciso mais. É preciso que este consumo, não necessariamente muito exagerado, reduza no condutor a sua plena aptidão para conduzir veículos automotores, colocando em risco, assim, a segurança no trânsito.

Neste contexto, entendo caber a seguinte indagação: Faz sentido, é razoável, que um único dispositivo legal, que tem a mesma objetividade jurídica, qual seja, assegurar a segurança viária, preveja, para uma hipótese (álcool), crime de perigo abstrato, e, para a segunda (drogas e afins), crime de perigo concreto? Pois, quando a Lei fala em “sob a influência de”, naturalmente está exigindo um resultado concreto, exteriorizável, que demonstre a presença daquela influência – e não mera ingestão – por ela exigida.

E a resposta só pode ser negativa. Conclusão diversa feriria o princípio da razoabilidade. Ademais, a mesma Lei n.º 9.503/97, ao tratar da embriaguez ao volante em outros dispositivos, manteve a expressão “sob a influência de”, como se constata nos seguintes artigos: 165, caput, que trata da mera infração administrativa; e 291, parágrafo 1º, inciso I, que afasta a incidência dos benefícios da Lei n.º 9.099/95 quando da prática do crime previsto pelo artigo 306.

Como se vê, em situações como tais, a Lei refere-se expressamente à conduta de conduzir veículo automotor sob a influência de álcool; conduta de perigo concreto, como já observado.

E mais, em situações análogas, nas quais em risco também encontrar-se-ia a segurança no trânsito, a Lei novamente exige a ocorrência de perigo concreto para fins de tipificação penal: referindo às condutas de dirigir sem habilitação, esta prevista no artigo 309, e de trafegar em velocidade incompatível em determinados lugares, esta prevista no artigo 311. Nestas duas hipóteses a Lei exige expressamente o perigo de dano, que é o perigo concreto.

Desta feita, forçoso concluir que, pela sistemática do Código de Trânsito Brasileiro, todas as condutas proibidas por consistirem em risco à segurança da coletividade no trânsito só serão erigidas à categoria de infração penal se delas resultar risco concreto de dano. E aí, mister que tal perigo seja demonstrado por alguma ação concreta por parte do condutor do veículo, de modo que o fato a ele imputado seja reputado típico no campo penal.

Outro ponto que merece ser considerado é que o já citado artigo 165, ao tratar da mera infração administrativa, tipifica a conduta nos seguintes termos: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.”

Não se vê sentido algum que mesma Lei, ao definir simples infração administrativa, naturalmente menos grave, exija como condição elementar “estar sob a influência de álcool”, enquanto que para o reconhecimento do delito bastaria tão somente o perigo abstrato.

Inadmissível, ainda, que o condutor que espontaneamente submeteu-se ao exame para a verificação do nível de concentração de álcool no sangue seja punido criminalmente e administrativamente, enquanto aquele que se recusou, exercendo o seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, seja punido apenas administrativamente, já que impossível a prova da embriaguez nos moldes estipulados pelo artigo 306 do referido Diploma Legal.

E o último argumento que me parece bem razoável, talvez o mais importante de todos, é a ilicitude que vislumbro na submissão do motorista ao teste do bafômetro. E isto porque o artigo 277 da Lei n.º 9.503/97, ao prever o teste em questão, assim estabelece expressamente:

“Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito – não é o caso – ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool – novamente ‘sob a influência de’ – será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por

meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.” (Grifo nosso).

Ora, como visto, a Lei só impõe ao condutor a submissão a tal exame se houver fundada suspeita de que esteja dirigindo embriagado. Se não houver motivo para tal suspeita, que, repita-se, deve ser calcada, logicamente, em fatos concretos, a imposição de tal obrigação é ilegal e a prova daí advinda apresenta-se, então, manifestamente ilegal.

Fundada suspeita de ilícito, cumpre registrar, também exige o Código de Processo Penal ao autorizar buscas pessoais e domiciliares em caráter geral. E isso se justifica pelo fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão tem o direito de ir e vir livremente, sem ser admoestado gratuitamente.

E se a Lei restringe ao Magistrado o poder de decretar medidas de buscas somente nas hipóteses em que houver fundada suspeita de ilícito, não é possível que um simples policial ou funcionário burocrático do Departamento de Trânsito tenha poder superior, capaz de impor ao cidadão que se submeta a tal exame como medida de rotina”.

O artigo 306 Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), vigente à época do fato, tipifica a seguinte conduta: “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

Embora este texto não faça expressa referência ao “estar sob a influência de álcool” para caracterizar o crime, tal situação se faz imprescindível, pois, caso contrário, a infração administrativa prevista no artigo 165 do mesmo estatuto legal (“Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”) seria mais grave do que a infração penal.

Conforme destacou o Des. Gilmar Augusto Teixeira, no voto proferido no habeas corpus nº 2009.059.08115, “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”.

Força chamar a atenção para a segunda parte do próprio artigo 306, que reza que constitui crime conduzir veículo “*sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*”.

Em conclusão, faz-se necessária a descrição na denúncia de que o agente estava conduzindo o veículo automotor sob influência de álcool, indicando o fato exterior, ou seja, a conduta anormal, a qual já é suficiente para expor a risco a segurança viária, e não apenas afirmar que foi ultrapassado o limite legal de concentração de álcool no sangue, que constitui tão somente infração administrativa.

A norma penal não se resume á interpretação literal ou gramatical do dispositivo legal, sem a mínima preocupação e cuidado com a *mens legis*, devendo ser priorizada uma interpretação teleológica e sistemática, sob pena de se engessar o bom senso do julgador e perpetuar injustiças.

Note-se que a atual redação do referido artigo 306 – “*Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência*” – não modificou a necessidade, para que haja adequação da conduta ao tipo penal, da comprovação da direção anormal.

A concentração de álcool pouco acima da quantidade máxima prevista em lei por litro de ar expelido dos pulmões não significa que o motorista esteja com sua capacidade psicomotora alterada.

Embargos Infringentes e de Nulidade acolhidos para manter a absolvição sumária.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0373041-07.2009.8.19.0001, em que é embargante Juliano Silva Diaz, e embargado o Ministério Público, em sessão realizada nesta data, **ACORDAM** os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **maioria**, em **acolher** os embargos, conforme voto do relator, que passa a integrar o presente, vencido o desembargador Ronaldo Assed Machado.

Rio de Janeiro, 14 de março de 2013.

DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ
RELATOR

OITAVA CÂMARA CRIMINAL
EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0373041-07.2009.8.19.0001
EMBARGANTE: JULIANO SILVA DIAS
EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ

V O T O

A Terceira Câmara Criminal, ao julgar a apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença de absolvição sumária proferida pelo Juiz da 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital, Alcides da Fonseca Neto, decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Trata-se de ação penal pelo crime previsto no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, autos do processo de nº 0373041-07.2009.8.19.0001,

Visando a prevalência do voto vencido da Des.^a Rosa Helena Penna Macedo Guita, que mantinha a absolvição, foram interpostos os presentes Embargos Infringentes e de Nulidade, tendo o Procurador de Justiça Júlio Cesar Lima dos Santos, em seu parecer, opinado pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A questão restringe-se à matéria unicamente de direito.

O voto vencido assim fundamentou a divergência:

“Ousei divergir da douta maioria, a quem sempre rendo as minhas homenagens, pelos motivos que passo a expor.

Conforme se depreende da leitura da inicial, o Ministério Público, ao deflagrar a ação penal em face do ora recorrido, não lhe imputou qualquer comportamento capaz de

externar a presença de risco concreto ao bem jurídico criminalmente tutelado, qual seja, a segurança viária. Pois, de acordo com a denúncia, o recorrido, ao ser parado aleatoriamente em uma blitz da denominada “Operação Lei Seca”, submeteu-se ao teste do bafômetro, que resultou positivo. Em nenhum momento o Parquet descreveu, na inicial, que o recorrido estivesse de modo anormal.

É verdade que o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.705/08, não exige literalmente, para fins de tipificação da conduta de que se trata, que o condutor do veículo esteja sob a influência de álcool, satisfazendo-se com a concentração de tal substância em limite igual ou superior a 06 decigramas por litro de sangue, o que pode ser aferido mediante exame sanguíneo ou pulmonar. No caso dos autos foi utilizado o chamado teste do bafômetro.

Mas o mesmo dispositivo legal, que também tipifica a conduta de dirigir veículo automotor após o consumo de substância psicoativa que determine dependência, isto é, os entorpecentes, manteve a expressão “sob a influência de”, outrora presente na hipótese de álcool.

E como é cediço, não basta o “consumo” para que se esteja “sob a influência de”. É preciso mais. É preciso que este consumo, não necessariamente muito exagerado, reduza no condutor a sua plena aptidão para conduzir veículos automotores, colocando em risco, assim, a segurança no trânsito.

Neste contexto, entendo caber a seguinte indagação: Faz sentido, é razoável, que um único dispositivo legal, que tem a mesma objetividade jurídica, qual seja, assegurar a segurança viária, preveja, para uma hipótese (álcool), crime de perigo abstrato, e, para a segunda (drogas e afins), crime de perigo concreto? Pois, quando a Lei fala em “sob a influência de”, naturalmente está exigindo um resultado concreto, exteriorizável, que demonstre a presença daquela influência – e não mera ingestão – por ela exigida.

E a resposta só pode ser negativa. Conclusão diversa feriria o princípio da razoabilidade. Ademais, a mesma Lei n.º 9.503/97, ao tratar da embriaguez ao volante em outros dispositivos, manteve a expressão “sob a influência de”, como se constata nos seguintes artigos: 165, caput, que trata da mera infração administrativa; e 291, parágrafo 1º, inciso I, que afasta a incidência dos benefícios da Lei n.º 9.099/95 quando da prática do crime previsto pelo artigo 306.

Como se vê, em situações como tais, a Lei refere-se expressamente à conduta de conduzir veículo automotor sob a influência de álcool; conduta de perigo concreto, como já observado.

E mais, em situações análogas, nas quais em risco também encontrar-se-ia a segurança no trânsito, a Lei novamente exige a ocorrência de perigo concreto para fins de tipificação penal: referindo às condutas de dirigir sem habilitação, esta prevista no artigo 309, e de trafegar em velocidade incompatível em determinados lugares, esta prevista no artigo 311. Nestas duas hipóteses a Lei exige expressamente o perigo de dano, que é o perigo concreto.

Desta feita, forçoso concluir que, pela sistemática do Código de Trânsito Brasileiro, todas as condutas proibidas por consistirem em risco à segurança da coletividade no trânsito só serão erigidas à categoria de infração penal se delas resultar risco concreto de dano. E aí, mister que tal perigo seja demonstrado por alguma ação concreta por parte do condutor do veículo, de modo que o fato a ele imputado seja reputado típico no campo penal.

Outro ponto que merece ser considerado é que o já citado artigo 165, ao tratar da mera infração administrativa, tipifica a conduta nos seguintes termos: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.”

Não se vê sentido algum que mesma Lei, ao definir simples infração administrativa, naturalmente menos grave, exija

como condição elementar “estar sob a influência de álcool”, enquanto que para o reconhecimento do delito bastaria tão somente o perigo abstrato.

Inadmissível, ainda, que o condutor que espontaneamente submeteu-se ao exame para a verificação do nível de concentração de álcool no sangue seja punido criminalmente e administrativamente, enquanto aquele que se recusou, exercendo o seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, seja punido apenas administrativamente, já que impossível a prova da embriaguez nos moldes estipulados pelo artigo 306 do referido Diploma Legal.

E o último argumento que me parece bem razoável, talvez o mais importante de todos, é a ilicitude que vislumbro na submissão do motorista ao teste do bafômetro. E isto porque o artigo 277 da Lei n.º 9.503/97, ao prever o teste em questão, assim estabelece expressamente:

“Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito – não é o caso – ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool – novamente ‘sob a influência de’ – será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.” (Grifo nosso).

Ora, como visto, a Lei só impõe ao condutor a submissão a tal exame se houver fundada suspeita de que esteja dirigindo embriagado. Se não houver motivo para tal suspeita, que, repita-se, deve ser calcada, logicamente, em fatos concretos, a imposição de tal obrigação é ilegal e a prova daí advinda apresenta-se, então, manifestamente ilegal.

Fundada suspeita de ilícito, cumpre registrar, também exige o Código de Processo Penal ao autorizar buscas pessoais e domiciliares em caráter geral. E isso se justifica pelo fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito, no qual o cidadão tem o direito de ir e vir livremente, sem ser admoestado

gratuitamente. E se a Lei restringe ao Magistrado o poder de decretar medidas de buscas somente nas hipóteses em que houver fundada suspeita de ilícito, não é possível que um simples policial ou funcionário burocrático do Departamento de Trânsito tenha poder superior, capaz de impor ao cidadão que se submeta a tal exame como medida de rotina”.

O artigo 306 Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), vigente à época do fato, tipifica a seguinte conduta: **“Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.**

Embora este texto não faça expressa referência ao **“estar sob a influência de álcool”** para caracterizar o crime, tal situação se faz imprescindível, pois, caso contrário, a infração administrativa prevista no artigo 165 do mesmo estatuto legal (**“Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”**) seria mais grave do que a infração penal.

Conforme destacou o Des. Gilmar Augusto Teixeira, no voto proferido no habeas corpus nº 2009.059.08115, **“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”.**

Força chamar a atenção para a segunda parte do próprio artigo 306, que reza que constitui crime conduzir veículo **“sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.**

Em conclusão, faz-se necessária a descrição denúncia de que o agente estava conduzindo o veículo automotor s

influência de álcool, indicando o fato exterior, ou seja, a conduta anormal, a qual já é suficiente para expor a risco a segurança viária, e não apenas afirmar que foi ultrapassado o limite legal de concentração de álcool no sangue, que constitui tão somente infração administrativa.

A Norma Penal não se resume á interpretação literal ou gramatical do dispositivo legal, sem a mínima preocupação e cuidado com a *mens legis*, devendo ser priorizada uma interpretação teleológica e sistemática, sob pena de se engessar o bom senso do julgador e perpetuar injustiças.

Note-se que a atual redação do referido artigo 306 – **“Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”** – não modificou a necessidade, para que haja adequação da conduta ao tipo penal, da comprovação da direção anormal.

A concentração de álcool pouco acima da quantidade máxima prevista em lei por litro de ar expelido dos pulmões não significa que o motorista esteja com sua capacidade psicomotora alterada.

Ante o exposto, acolho os Embargos Infringentes e de Nulidade, mantendo-se *in totum* a sentença monocrática que absolveu sumariamente o embargante.

Rio de Janeiro, 14 de março de 2013.

DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ
RELATOR