

HABEAS CORPUS 0034780-15.2010.8.19.0000

AUTORIDADE COATORA: XX VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL

IMPETRANTE: XXX

PACIENTE: XXX

RELATOR: DES. GERALDO PRADO

Artigo 306 da Lei 9.503/97

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PENAL. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. LEI 11.705/2008. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. INCOMPATIBILIDADE DOS CRIMES SEM PERIGO COM A NOVA DOGMÁTICA PENAL E COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. EXIGÊNCIA DE PERIGO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME EM QUESTÃO. DENÚNCIA QUE, NESSA PERSPECTIVA, DESCREVE CONDUCTA ATÍPICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Paciente denunciado pela suposta prática do crime definido no artigo 306 do Código Penal. Denúncia que não faz menção a qualquer circunstância fática que tenha gerado risco à incolumidade pública ou à integridade física de terceiros e, portanto, narra crime de perigo abstrato. Incompatibilidade dessa espécie de injusto com a teoria final do crime, adotada pelo Código Penal. Princípio da lesividade que exige efetivo dano ou risco empírico de lesão ao bem jurídico tutelado, sob pena de ilegitimidade da intervenção penal. Constituição da República que, nessa ótica, observadas a proporcionalidade e

a ampla defesa, impõe que se interprete o crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro como de perigo concreto. Denúncia que, nessa perspectiva, não narra fato típico. Constrangimento ilegal configurado. Extinção do processo sem resolução do mérito.

ORDEM CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* nº. 0034780-15.2010.8.19.0000, em que é impetrante **XXX** e paciente **XXX**.

ACORDAM, **por unanimidade**, os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada no dia 02 de setembro de 2010, em conceder a ordem para julgar extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Presidiu a sessão o Desembargador Adilson Vieira Macabu. Participaram do julgamento os Desembargadores Cairo Ítalo França David e José Roberto Lagranha Távora.

Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2010.

DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

RELATOR

RELATÓRIO

XXX impetra *habeas corpus* em favor de **XXX**, denunciado pela suposta prática do crime definido no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, por meio do qual postula a concessão da ordem para que seja julgado extinto o processo sem resolução do mérito.

Alega a impetrante que o crime por que denunciado o paciente, embora o respectivo tipo penal lhe dê roupagem de delito de perigo abstrato, não pode assim

ser encarado, sob pena de violação a diversos princípios constitucionais, como a ofensividade, a taxatividade e a *ultima ratio*.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 18/26.

A liminar foi deferida à fl. 28, a fim de determinar a suspensão do curso do processo.

Às fls. 22/1, a autoridade judiciária confirmou a matéria fática exposta na inicial, mas declinou seu entendimento no sentido de que o crime definido no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato.

O Ministério Público apresentou parecer às fls. 49/51, da lavra da Procuradora de Justiça Delma Moreira Acioly, no sentido da concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A redação primária do preceito dispositivo que define o crime por que denunciado o paciente, de embriaguez ao volante (artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro), não deixava dúvida a respeito de sua natureza:

*Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, **expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:**¹*

Todavia, a lei 11.705/08 alterou o mencionado dispositivo, suprimindo as elementares “sob a influência de álcool” e “expondo a dano potencial a incolumidade”. Suprimida, assim, a exigência da situação potencial de dano, a doutrina e a jurisprudência passaram a divergir e instauraram a controvérsia apresentada a julgamento: se o tipo penal em questão define crime de perigo abstrato ou de perigo concreto.

A esse respeito, insta destacar que os crimes de perigo abstrato, que não exigem resultado material algum – seja de lesão ou de perigo de lesão, como leciona Juarez Cirino dos Santos² –, fundam-se na simples possibilidade, aferida no plano

¹ Grifei.

² *Direito Penal – Parte Geral*. 2.^a Ed. Lumen Juris. Curitiba, 2007, p. 110-111.

ontológico, e não empírico, de afetação a um bem cuja proteção é tida por necessária ao menos pela maior parte da coletividade.

O enfoque, portanto, é dado à viabilidade de que determinada conduta **cause** ou não um resultado que, embora reprovável do ponto de vista penal, não é relevante para a configuração do tipo incriminador.³

Daí se infere que a categoria em questão só tem lugar na concepção causalista da conduta e da teoria do delito, na medida em que sobreleva o valor do nexo de causalidade em detrimento do elemento subjetivo da conduta.

Com a adoção de uma perspectiva finalista do crime, consubstanciada no Código Penal desde 1984, deslocam-se as atenções da potencialidade causal da conduta para a sua finalidade, orientada a um resultado penalmente reprovável ou a um propósito que, malgrado lícito, para ser atingido necessita ao menos de risco empírico da provocação desse resultado.

Nessa perspectiva, nem mesmo Welzel respondeu satisfatoriamente às críticas da admissibilidade dos crimes de perigo abstrato na concepção finalista, pois “justifica a existência destas espécies delitivas pela freqüência com que tais ações resultam em situações de perigo concreto ou dano”⁴, fundamentando-se, pois, em qualquer caso, na necessidade empírica de um resultado, seja ele de perigo concreto ou de efetiva lesão.

Assim, na lógica finalista da teoria do delito, a conduta deve estar orientada a um resultado penalmente reprovável ou, ao menos, ser praticada por meios que sejam capazes de provocá-los (negligência, imprudência ou imperícia), o que implica reconhecer o bem jurídico como paradigma que estabelece o perímetro máximo da incriminação, conforme lição de Juarez Tavares:

A reprodução do tipo como ação indica que a norma jurídica definidora do injusto é uma norma de conduta e não uma norma meramente de reconhecimento (...). Como norma de conduta, deve estar associada a determinada finalidade: a delimitação do poder de intervenção do Estado, a qual não pode ser alcançada sem um pressuposto material que

³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. RT. São Paulo, 2007, p. 132-135.

⁴ Idem, p. 137.

*lhe trace os contornos de estabilidade. Daí a necessidade que se estabeleça, como base da ação típica, a lesão de bem jurídico.*⁵

Sob outro enfoque, na ótica penal vigente, a proteção do bem jurídico não justifica a criminalização de determinadas condutas a qualquer custo; ao contrário, orienta a sua limitação, exigindo a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico para a configuração de crimes, sem que, com isso, se abra mão da punição de condutas tidas por socialmente reprovadas em maior nível de gravidade.

Por isso, Cezar Roberto Bitencourt, a definir o princípio da ofensividade, destaca que “somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” e defende que “são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois, no âmbito do Direito Penal de um estado Democrático de Direito, somente se admite a um bem jurídico determinado”⁶.

Com efeito, a inconstitucionalidade consiste em incluir no âmbito da responsabilidade penal condutas que não impliquem perigo de lesão algum, nem mesmo a um bem jurídico titularizado por pessoas indeterminadas (a coletividade).

Isso não acarreta, evidentemente, negar aplicação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que tem sido por alguns classificado como de perigo abstrato. É incontroverso que, em determinadas situações empiricamente estudadas, o tipo penal em questão tem a valiosa função de inibir e/ou punir condutas que gerem efetivo risco à incolumidade pública e à integridade física de terceiros – bens jurídicos tutelados pela mencionada norma incriminadora.

Ao contrário, cuida-se, em vez de declarar a sua inconstitucionalidade – o que certamente deveria observar o princípio da Reserva de Plenário (artigo 97 da Constituição da República) –, de realizar interpretação conforme a Constituição.

Com efeito, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma implica “paralisar” sua eficácia⁷: ela é hipoteticamente eliminada do ordenamento

⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2.^a Ed. DelRey. Belo Horizonte, 2002, p. 179-180.

⁶ *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. 11.^a Ed. Saraiva. São Paulo, 2007, p. 22.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3.^a Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 29.

jurídico, em razão do reconhecimento de incompatibilidade *absoluta* do seu conteúdo com o texto constitucional.

*A consequência da declaração de inconstitucionalidade “é a ineficácia do ato legislativo em face da recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos que lhe são submetidos”. (...) Por isso, a decisão do tribunal, uma vez passada em julgado é, em relação ao caso, final, inatacável, definitiva, produzindo, quanto à lei, efeito ex tunc, tal como se ela (a lei declarada inconstitucional) “jamais tivesse existido – is as though it never existed”.*⁸

Por outro lado, se a este órgão jurisdicional fracionário não é dado afastar a aplicação do artigo 306 sob a alegação de sua inconstitucionalidade (artigo 97 da Constituição da República), neste caso, é perfeitamente possível realizar, aplicando as técnicas de hermenêutica, interpretação conforme a Constituição.

Nesse sentido, em passagem do trabalho intitulado *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*⁹, faço breve exposição sobre a possibilidade e necessidade de realização da interpretação das Leis Processuais segundo o sentido Constitucional: diferentemente de afastar a aplicação de uma norma, cuida-se de atribuir-lhe significado conforme a opção política externada no Texto Maior, e não de lhe negar validade, como ocorre na declaração de inconstitucionalidade.

Dessa forma, quando se realiza interpretação conforme a Constituição, se há o reconhecimento da incompatibilidade da norma com a Magna Carta, ela é *relativa* e, portanto, sanável – não por meio da negação de sua aplicação, mas pela sua incidência sobre a hipótese submetida ao Judiciário, desde que num determinado significado ou sentido abrangido pela Carta Política.

Se não se pode contestar que o princípio da judicial review reconhece apenas aos tribunais o poder de constatar a nulidade de uma norma legal contrária à constituição e desapplicá-la no caso concreto, e que o controle concentrado abstracto é fundamentalmente (Kelsen) uma ‘legislação

⁸ CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.^a Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 112.

⁹ PRADO, Geraldo Luis Mascarenhas. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4.^a ed. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro. 2006.

*negativa` eliminadora das normas não compatíveis com a constituição, nem por isso se pode deixar de reconhecer constituir a tarefa de controle também a uma tarefa de **concretização e desenvolvimento do direito constitucional**.*¹⁰

Busca-se, portanto, por meio da interpretação conforme a Constituição, uma harmonia entre a norma interpretada e a constitucional. Encontrar essa compatibilidade pressupõe, evidentemente – e ao contrário das hipóteses em que se declara a inconstitucionalidade – a existência de *caminhos* diversos à disposição do intérprete, de sorte que, segundo o método que ele julgar mais adequado – no caso o sistemático –, um deles será o eleito para dar solução ao conflito entre os diferentes sentidos que a norma pode oferecer.

*O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.*¹¹

É exatamente o que ocorre na hipótese.

Com efeito, dispõe o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, em sua primeira parte, que é crime “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”, sem que para isso se exija condução anormal do veículo.

Todavia, na lógica de tutela de direitos fundamentais consagrada na Constituição da República, “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”¹².

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a Ed. Almedina, Coimbra, p. 891.

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luís Roberto. *O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1.^a Ed. 2.^a tiragem. Malheiros, São Paulo, p. 271-316.

¹² BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. 2.^a ed. Revan, 2003, p. 226.

Em que caso poderá o Estado-juiz intervir na esfera de liberdade individual de uma pessoa: naquele em que ele simplesmente dirige veículo automotor com a quantidade de álcool por litro de sangue superior à definida na nova lei ou naquele em que, em razão dessa concentração que a norma penal considera excessiva, ele conduz o veículo de maneira anormal, causando no mínimo perigo de lesão à incolumidade pública e à integridade física de outras pessoas determinadas?

Evidentemente, a resposta está na segunda hipótese, orientada pela aplicação do princípio da ofensividade, implícito na Constituição da República, como critério hermenêutico, como leciona Luiz Flávio Gomes, socorrendo-se da lição de Palazzo.

*(...) o princípio da ofensividade no Direito penal tem a pretensão de irradiar suas concretas conseqüências (seus efeitos) em dois diferentes planos: serve “não só de guia na atividade legislante, orientando, portanto, o legislador, no exato momento da formulação do tipo legal, com o escopo de vinculá-lo à construção de tipos legais dotados de um real conteúdo ofensivo aos bens jurídicos socialmente relevantes, senão também como critério de interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para exortá-lo a verificar em cada caso concreto a existência (no fato histórico) da ‘necessária lesividade’ ao bem jurídico protegido”.*¹³

Além disso, os crimes de perigo abstrato caracterizam-se pela presunção de risco ao bem jurídico tutelado, sem possibilidade de produção de prova em contrário, de modo a destacar a ampla defesa (artigo 5.º, inciso LV, da Constituição da República) como mais um critério de realização da interpretação conforme a Constituição.

Assim, “todo tipo legal que descreve um perigo abstrato deve ser interpretado na forma de perigo concreto (ainda que indeterminado, que é o limite mínimo para se admitir um delito, ou seja, a intervenção do Direito Penal)”¹⁴.

Tanto é assim que, no caso em apreço, o próprio Código de Trânsito exige, para a caracterização de infração administrativa, evidentemente menos grave que a

¹³ *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. Série **As ciências criminais no século XXI**. V. 6. RT. São Paulo, 2002, p. 27-28.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio et al. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de trânsito*. RT. São Paulo, 2008, p. 376.

de índole penal, que a condução do veículo se dê “sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (artigo 165).

De fato, soaria desarrazoado que a lei assim fizesse para aplicar uma multa e, por outro lado, não o fizesse para restringir a liberdade de locomoção de indivíduo, bem sabidamente mais valioso do que o patrimônio.

Mais uma vez, a proporcionalidade incide como parâmetro de interpretação, a fim de determinar a necessária relação de proporção entre as infrações e as sanções que lhes são cominadas pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, exige-se sempre, para a configuração do crime definido no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a lesão ou o perigo de lesão à integridade física de terceiros, o que normalmente se revela pela conjugação da quantidade de álcool ali prevista com a direção anormal e perigosa de veículo automotor:

(...) se o sujeito tem concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas, mas dirige seu veículo normalmente (corretamente, sem nenhum deslize viário), inexistente infração penal (art. 306). Cuida-se, sim, de infração administrativa (art. 165). O crime exige embriaguez + direção anormal (risco concreto para a segurança viária). Condutor anormal + condução anormal: sem a presença desses dois requisitos não há que se falar em crime.¹⁵

Todavia, a denúncia (fls. 18/9), no caso concreto, limita-se a descrever o excesso de álcool por litro de sangue constatado no paciente, sem fazer qualquer menção a alguma circunstância que caracterize o risco de dano, como se constata do seguinte trecho:

No dia 11 de maio de 2010, por volta das 03 horas e 30 minutos, na Avenida Padre Leonel Franca, próximo ao n. 146, bairro da Gávea, nesta cidade, o denunciado, com consciência e vontade, conduzia seu veículo automotor, sobre (sic) influência de substância alcoólica, com concentração superior a 0,3 miligramas por litro de ar expelido dos pulmões.

¹⁵ Idem, p. 379.

Insta destacar que, embora afirme que o paciente dirigia o veículo sob influência de álcool, a acusação não narra qualquer circunstância fática que revele esse dado. Ao contrário, restringe-se a dizer que os policiais que abordaram o paciente constataram, por meio do teste do etilômetro, a quantidade mencionada de álcool por litro de sangue.

Assim, a denúncia não descreve fato penalmente típico.

Nesse sentido já decidiu esta Câmara Criminal, sob a relatoria do Desembargador Cairo Ítalo França David:

LEI SECA. Constrangimento ilegal ao argumento de inépcia da denúncia, por não ter descrito uma conduta que importasse na produção de um efetivo perigo à segurança viária. 1. O paciente foi parado durante a operação “Lei Seca” sendo compelido a realizar o teste de verificação de alcoolemia, por meio do etilômetro, apurando-se que ele apresentava o teor de 0,43 mg/l de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. 2. A denúncia limitou-se a descrever esse comportamento não apontando qualquer ação descuidada por parte do paciente, que caracterizasse direção anormal, geradora de riscos, presumindo-se que apesar do teor alcoólico o acusado estivesse conduzindo de forma anormal a motocicleta. 3. Sem esse plus considera-se que subsiste apenas uma infração de natureza administrativa, já que tal comportamento não possui tipicidade penal. 4. Sob tais parâmetros, a denúncia é inepta, já que não descreve, a rigor, uma infração penal, limitando-se a narrar um fato que possui mera tipicidade formal, mas sendo totalmente desprovido de tipicidade material. 5. Acresce que esse tipo de exame, ao qual são compelidos a se submeter todos os que são parados nesse tipo de operação, não importando se dirigirem de forma perigosa ou se estejam com hálito etílico, além de obrigar o sujeito a fazer prova contra si, o que contraria os postulados constitucionais, ainda firma desde logo os alicerces da condenação do acusado. Incumbe ao judiciário mitigar tais exageros,

*adequando a lei aos parâmetros da nossa Carta Magna. 6. Ordem concedida, determinando-se o trancamento da ação penal.*¹⁶

Por isso concedo a ordem para extinguir o processo originário sem resolução do mérito, ratificada a liminar deferida.

Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2010.

GERALDO PRADO

DES. RELATOR

¹⁶ HC 0031166-02.2010.8.19.0000. Julgamento: 29/07/2010.