

**A TUTELA PENAL DOS DELITOS DE TRÂNSITO, OS DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E O BEM-ESTAR DA
COLETIVIDADE, FACE À DISPOSIÇÃO DO ESTADO DE SUPRIMIR
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA, Mestre (1999) e Doutor (2004) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, é 8º Promotor de Justiça de Ribeirão Preto do Ministério Público do Estado de São Paulo e Coordenador de Núcleo da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, professor do curso de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

FRANKLIN VELOSO DE CASTRO, Oficial de Registro Público de Imóveis, Professor de Direito Civil na Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Campus Frutal, Especialista em Direito das Obrigações pela UNESP e Mestrando em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social pela UNAERP.

RESUMO: No presente trabalho se faz uma análise da alteração do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, particularmente com relação à tutela penal dos delitos de trânsito, particularmente do condutor embriagado e sua apenação. Analisa-se ainda mais especificamente, sobre a constitucionalidade ou não dos institutos repressivos existentes no referido código, bem como a distinção entre invasão, redução ou flexibilização da tutela dos direitos e garantias fundamentais garantidos constitucionalmente do indivíduo, face à norma de abrangência geral visando o bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Delitos de trânsito. Tutela penal. Código de Trânsito. Inconstitucionalidade. Direitos e garantias fundamentais. Álcool e direção. Embriaguês.

SUMÁRIO: Introdução – 1- Breve análise da norma. 2- A garantia constitucional de direitos e garantias individuais, e sua diferenciação. 3- Da inviolabilidade do

corpo humano e da inconstitucionalidade da obrigação de produzir prova contra si mesmo. 4- Exegese do artigo 306 e a anistia de todas as condenações anteriores, baseadas em índices inferiores de dosagem alcoólica. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Em tempos de grandes alterações paradigmáticas em todos os ramos do direito, na vertente constitucional os direitos fundamentais do cidadão, tem também, um novo paradigma: o do dilema entre a máxima liberdade individual, face às demandas sociais coletivas.

Entre estas liberdades está certamente a de cada um decidir por si o que lhe é melhor, como, por exemplo, consumir ou não bebidas alcoólicas e, as tendo consumido, decidir por si mesmo se está ou não em condições de conduzir veículo automotor.

Muito se tem discutido sobre a denominada “Lei Seca” – Lei Federal 11.705/08 – que, com a máxima vênia, de lei seca nada tem, ocupando-se no meu entender de normatização relevante no campo da forma com que cada cidadão pode exercer uma sua liberalidade, qual seja, a de conduzir veículo automotor.

Dita lei na verdade não proíbe a fabricação, venda e ou consumo de bebidas alcoólicas mas, antes, regulamenta que aquele cidadão devidamente autorizado, que for conduzir veículo automotor, não pode ingerir bebida alcoólica acima de determinada quantidade o que, a meu ver, é o seu erro, pois estabelece um “*quantum*” de difícil apuração.

É aí que está, a nosso ver, o erro maior do legislador, pois ao estipular teor alcoólico para a imposição de pena, anistiou todos aqueles condenados com índices superiores anteriormente, e criou mais uma dificuldade na

apuração da infração naqueles que forem detidos alcoolizados mas que se recusem a fornecer material para o exame de sangue, bem como se recuse a proceder ao exame do bafômetro perante a autoridade policial.

Andava melhor a lei se estipulasse apenas os exames clínicos e da própria constatação pelo agente policial do estado de embriaguez, reservando o índice de alcoolemia para a contraprova que eventualmente o cidadão autuado pudesse querer fazer, para descaracterizar o flagrante que lhe for imposto.

Ademais, será que deveria a corrente doutrinária – hoje dominante – que prega a impossibilidade, ou a inconstitucionalidade de o cidadão produzir prova contra si mesmo, ou ainda da impossibilidade de se obter material – no caso sangue humano do autuado em flagrante quando alcoolizado – dado que ninguém é obrigado a ceder parte de si a outrem, deve ser confrontada com outros princípios constitucionais, buscando-se flexibilizar tal entendimento, pois ao fim e ao cabo o que se busca é o bem comum, e o direito de preservar-se a vida da população em geral, mesmo contra os interesses *individuais* do particular?

Finalmente, de se condenar a edição da lei em comento de afogadilho, sem o período de *vacatio legis*, o que se reserva apenas para aquelas normas de pequena repercussão e alcance, e ainda pior, sem uma maior discussão pública prévia da mesma, com especialistas em trânsito e juristas, bem assim a inobservância ao princípio constitucional da proporcionalidade na estipulação de penas, como se verá.

BREVE ANÁLISE DA NORMA

A norma fundamental da legislação de trânsito, é o Código Brasileiro de Trânsito – Lei Federal 9.503, de 23 de setembro de 1997 e suas alterações, que dispõe em seus artigos:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: [\(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

Infração - gravíssima; [\(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; [\(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. [\(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

CAPÍTULO XIX DOS CRIMES DE TRÂNSITO

Seção I

Disposições Gerais

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), no que couber.

Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: [\(Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; [\(Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool 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. [\(Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006\)](#)

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos. [\(Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.275, de 2006\)](#)

~~§ 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração~~

~~poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor. [\(Incluído pela Lei nº 11.275, de 2006\)](#)~~

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. [\(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

Seção II

Dos Crimes em Espécie

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

- I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;
- II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;
- III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;
- IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

~~V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos. [\(Incluído pela Lei nº 11.275, de 2006\)](#) [\(Revogado pela Lei nº 11.705,](#)~~

~~Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:~~

Art. 306. 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: [\(Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008\)](#)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de

caracterização do crime tipificado neste artigo. ([Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008](#))

A norma citada, não pode ser analisada isoladamente, senão em conjunto com os artigos ora transcritos.

É de se estranhar a penalidade fixa imposta pelo art. 165 que, em todos os casos de embriaguez ao volante estabelece multa multiplicada por cinco vezes, e suspensão por 12 (doze) meses da habilitação.

Assim, tanto faz o condutor ser surpreendido conduzindo normalmente seu veículo após ter ingerido dois chopes no almoço – conduta que se harmoniza ao chamado “beber socialmente”, ou estar completamente embriagado após amanhecer em boates e bares sem manter sua mão de direção na via pública, a punição administrativa será estritamente igual, o que nos parece fere o princípio da proporcionalidade.

Anteriormente a esta lei, o artigo 261 do CTB, complementado pela resolução n. 182/05 do CONTRAN, é que estabelecia a forma de aplicação da penalidade.

Considerava-se a gravidade do fato ocorrido, as circunstâncias em que se deu a infração, e ainda os antecedentes do motorista para se determinar o prazo da suspensão -art. 16, Res. 182/05 - CONTRAN.

Variava então a penalidade, de acordo com a gravidade da infração e os antecedentes do condutor, sendo que, se primário, o condutor embriagado ficava sujeito a pena de suspensão de 4 (quatro) a 12 (doze) meses.

Se fosse reincidente o condutor, a suspensão era a máxima prevista de 12 (doze) meses.

Com a penalidade fixa determinada pela nova lei, foi derogado o artigo 261 do CTB, bem assim dita resolução com relação à infração de embriaguez.

A estes comentários, devemos juntar o de que, o eventual recolhimento imediato da habilitação do condutor que se alegue estar embriagado, violaria os preceitos do devido processo legal, e do direito de ampla defesa, amplos princípios constitucionais básicos.

Certamente é inconstitucional o parágrafo 3º do artigo 277 do CTB com a atual redação, ao estabelecer que todo condutor que se recusar a se submeter aos exames previstos no caput, incorre nas penas previstas no art. 165.

Tal dispositivo não coaduna com o suposto Estado de Direito sob o qual vivemos, e por ser tal artigo também supérfluo, já que o parágrafo segundo do art. 277 outorga ao agente de trânsito a possibilidade de, constatando os sinais considerados óbvios de embriaguez, proceder com o rigor da lei.

Como se vê, talvez em razão da má redação legislativa empregada, criou-se um problema jurídico de difícil solução, quanto à interpretação e possibilidade de aplicação das penas mais graves, em razão dos índices estipulados no art. 306.

A redação anterior protegia melhor a coletividade, pois foi a coletividade que se pretendeu proteger com a edição desta lei, contra o abuso de álcool ao volante ou contra o condutor incauto que, embriagado, assume o risco de trazer prejuízos materiais ou causar lesão física a terceiro, de qualquer natureza, ao estipular coeficiente de tão difícil apuração.

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS OU FUNDAMENTAIS.

O Título II, na Constituição Federal de 1988, trata dos direitos e das garantias individuais.

Tais direitos e garantias servem precipuamente de proteção do indivíduo ao poder do Estado, ou de limite à ingerência deste nos assuntos privados do indivíduo.

Assim, criaram-se a partir das constituições escritas, a incorporação e formalização de direitos do homem face ao poder político, de modo a limitar este, garantindo ao cidadão liberdades individuais a ele inerentes como direitos fundamentais, e o poder de buscar a cessação de ingerência política ou de qualquer natureza do Estado.

E o que são direitos fundamentais, nos esclarece Uadi Lammêgo Bulos¹:

“Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.”

“Os direitos fundamentais cumprem as finalidades de defesa e de instrumentalização.

Como *direitos de defesa*, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os Poderes Públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos.”

Oportuno buscarmos as digressões de Paulo Bonavides², a respeito do que seriam princípios:

Os princípios gerais a que nos reportamos ao longo dessa exposição, correspondem, em sentido e substância, aos “princípios constitucionais” e às “disposições de princípios”, da

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 404.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, 23ª Ed., p. 273/274

terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo.

Têm estes últimos se preocupado, sobretudo, em estabelecer os limites de eficácia de tais normas, cujo excesso de generosidade as insere, segundo certos juristas, numa categoria especial, isto é, num tipo à parte, sem que isso invalide, em absoluto, o título de normatividade que já lhes foi outorgado pela doutrina dominante.

Diz mais Paulo Bonavides³:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo da programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Portanto toda norma que viole princípio geral de direito, ou princípio constitucional, tende a ser retificada para coadunar-se com os mesmos, ou a ser rescindida, não merecendo prevalecer na esfera jurídica, pois não se pode permitir ao Estado pretender, com a supressão de direitos individuais ou fundamentais, ou sua violação, impor a toda a coletividade norma que apesar de aparentemente benéfica, ao suprimir ou violar direitos de um cidadão, está impondo a toda a coletividade a diminuição de sua proteção contra os Poderes Públicos.

³ Op. Cit., p. 286.

DA INVIOLABILIDADE DO CORPO HUMANO E DA INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGAÇÃO DE PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO.

Os Direitos Fundamentais do cidadão, do indivíduo, são cláusulas pétreas e inflexíveis, ou admitem algum tipo de flexibilização, redução ou, pelo menos, submissão a um princípio maior?

Tem havido vários julgados, e a maioria tem tomado o sentido da impossibilidade da realização de prova contra si mesmo.

Elucidativo o voto proferido no HABEAS CORPUS Nº 1.0000.08.479266-2/000⁴, que abaixo se transcreve, de lavra do Desembargador Adilson Lamounier do TJMG:

VOTO

Já no tocante à preliminar de impropriedade da via eleita, esta será apreciada juntamente com o mérito da impetração, na medida em que com ele se confunde.

Cuida a presente impetração de Habeas Corpus preventivo, insurgindo-se a paciente contra a Lei 11705/2008, ao argumento de que ela está eivada de inconstitucionalidade, motivo pelo qual objetiva não ser obrigada a submeter-se aos testes de alcoolemia, e caso haja recusa, não seja penalizada por tal negativa.

A Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, fruto da adoção da Medida Provisória nº 415 que alterou as Leis nº 9.503/97 e 9.294/96, possui um objetivo essencialmente educativo e

⁴ Disponível em:

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=8&txt_proceso=479266&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta= consultado em 10/03/2009

punitivo, visto que, a par de estabelecer a alcoolemia zero, altera as regras de repressão do consumo de bebida alcoólica pelo condutor de veículo automotor nos aspectos administrativo e criminal.

Desde a data da publicação da Lei, várias foram as discussões surgidas sobre a sua constitucionalidade, gerando verdadeira polêmica sobre seus excessos e seus pontos de acerto na punição dos condutores que estiverem sob o efeito de álcool ou substâncias psicoativas.

Já em seu art. 1º, declara a lei que sua finalidade é a de estabelecer a alcoolemia 0 (zero) e impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool.

Para tanto, alterou substancialmente os artigos 165, 276, 277, 291, 296 e 306 do CTB. O artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro passa a considerar gravíssima a infração daquele que dirige veículo sob influência de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência, impondo as seguintes penalidades e medidas administrativas:

"Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação."

A redação anterior do artigo 276 permitia a concentração de seis decigramas de álcool no sangue. Com a nova redação,

qualquer que seja a dosagem, impõe-se ao infrator as penalidades do artigo 165. Nestes termos:

"Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos."

Já o art. 277 determina que todo o condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou alvo de fiscalização, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool ou de uso de substância psicoativa, será submetido aos testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar a influência de álcool.

Para tanto, estabeleceu o §3º do mesmo art. 277 que serão aplicadas as mesmas penalidades e medidas administrativas do art.165 ao condutor que recusar a se submeter a qualquer dos testes e procedimentos previstos. In verbis:

"Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool 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.

(...)

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. "

A partir deste ponto, algumas questões jurídicas começam a ser discutidas.

Isto porque com o advento do Código de Trânsito Brasileiro de 1997, vários doutrinadores apontaram para o que dispõe o já citado art. 277, que determina a submissão a testes de alcoolemia ou outro exame que, por meio técnico ou científico, comprovem a suspeita dos condutores de veículos estarem sob a influência de álcool.

Visava a doutrina a questionar a constitucionalidade do referido artigo, amparada na máxima de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo (Princípio da não auto-incriminação, *nemo tenetur se detegere*), cuja garantia combate a produção de elemento de prova desfavorável sobre qualquer manifestação de vontade contrária do agente.

De fato, a questão mostra-se bastante controvertida, haja vista existirem argumentos convincentes tanto no sentido da constitucionalidade do artigo 277, amparada no art. 5º, inciso II da Constituição Federal ("ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), como também no exercício do poder de polícia, ou seja, assegurando-se direitos individuais com o fim único de assegurar o bem comum.

Entretanto, me filio à tese na qual o direito à prova não pode ser absoluto a ponto de constranger o acusado ao fornecimento de provas sem a sua autorização, ou seja, é pleno o direito que o acusado tem de não produzir provas que irão prejudicá-lo.

Com efeito,

"a tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou acusado de submeter-se a exames de partes íntimas, bem como a provas degradantes, como o 'bafômetro', até porque ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo." (GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. As nulidades no Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 158). (grifei)

"No Brasil, as intervenções corporais previstas em lei são pouquíssimas, e, não bastasse, sequer vêm sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre fundamentada no princípio constitucional da não auto-incriminação. Nesse sentido, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu o direito de um acusado a não fornecer padrões gráficos para exame pericial, ao entendimento de que não era o réu obrigado a fazer prova contra si.

Igual ponto de vista poderia ser aplicado também ao conhecido bafômetro, que vem ser o teste de alcoolemia, para fins de comprovação da quantidade alcoólica ingerida pela pessoa. Aliás, parece-nos que o bafômetro deve ser criticado muito mais por questões técnicas, no plano da qualidade e da idoneidade de sua eficácia probatória, do que por suposta violação do direito ao silêncio." (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, Curso de Processo Penal, 5ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005, p.330)

Da análise da redação da nova Lei, percebe-se que o legislador, ao ditar as formas de fiscalização e penalização, insistiu na coação à produção de prova contra si mesmo, passando a obrigar o condutor a se submeter aos testes e exames previstos, criando uma espécie de infração por equiparação.

Neste sentido, escreveu o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"Há dois postulados relevantes, que merecem inaugurar a abordagem sobre a edição da Lei 11.705, de 19 de junho de 2008: a) os fins, por mais positivos que se possam apresentar, não justificam os meios, quando se tratam de direitos e garantias humanas fundamentais; b) no Estado Democrático de Direito, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Diante disso, não é demais concluir que parte da denominada Lei Seca é inconstitucional. (...)

Em outros termos, a Lei 11.275/06 permitiu a junção da fiscalização com a proteção ao indivíduo. O condutor de veículo automotor não pode dirigir sob a influência de álcool. Será submetido, querendo, a testes de alcoolemia, como o bafômetro. Recusando-se, o que é patente direito seu, a prova poderá ser obtida de outra forma, como, por exemplo, por testemunhas. Qualquer pessoa, em sã consciência, consegue detectar alguém embriagado ou sob influência de álcool ou entorpecente. Por outro lado, se o nível de ingestão for tão insignificante que ninguém consiga notar, certamente, nem mesmo se poderá considerar o condutor dirigindo sob influência de álcool. Não se pode estar sob influência de algo que ninguém consegue perceber.

Não poderia a polícia trabalhar com aquela redação do Código de Trânsito Brasileiro? O que impediria o trabalho de fiscalização? Poder-se-ia dizer que exigiria maior esforço e atenção dos policiais para detectar a pessoa que dirigisse sob influência do álcool. E, assim sendo, pode-se aduzir ser essa a função dos agentes do Estado: fiscalizar, respeitando os direitos humanos fundamentais. A união desses dois elementos sempre torna a tarefa mais custosa. Por isso, opta-se, no Brasil, pelo caminho mais simples: ferir direitos e garantias fundamentais.

Tudo é feito para facilitar a ação dos agentes estatais, com o beneplácito da mídia, que, comprando a idéia, desencadeia a campanha nacional, pela TV, rádio, jornais e revistas, demonstrando as maravilhas da nova lei e a diminuição dos acidentes de trânsito. Fundando-se em estatísticas conseguidas rapidamente, sabe-se lá como, já se pode dizer que, a partir de junho de 2008 (pouco mais de um mês), estamos todos mais seguros no caótico trânsito brasileiro.

Porém, a Lei 11.705/08 não teve cautela alguma em massacrar direitos individuais. Alterou a redação dos §§ do art. 277 e inseriu as seguintes preciosidades: "§ 2º. A infração prevista no art. 165 [dirigir sob influência de álcool] deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor" (grifamos); "§ 3º. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo". O caput prevê os testes invasores, como o bafômetro ou a coleta de sangue. A penalidade para quem dirige sob a influência de álcool, do art. 165 referido, é multa (cinco vezes) cumulada com suspensão do direito de dirigir por doze meses.

Ora, se o § 2º menciona que o agente da fiscalização pode obter a caracterização da infração do art. 165 valendo-se de outras provas em direito admitidas, por que inserir o § 3º, que é a obrigação de se auto-acusar? A recusa em soprar o bafômetro enseja a imediata aplicação da sanção administrativa, ou seja, presume-se culpa, pois o condutor perderá a sua habilitação por um ano e pagará elevada multa. Eis aí a presunção de culpa e o dever de produzir prova contra si mesmo. A Lei 11.705/08 foi editada para facilitar o trabalho da fiscalização, sem o menor

pudor em resguardar relevantes direitos e garantias fundamentais. Antes dela, o agente de trânsito já tinha condições plenas de fiscalizar quem dirigisse embriagado ou sob influência de álcool. Entretanto, poderia ter mais trabalho e haveria de agir com maior empenho e treinamento. Mas isso não soou importante para o Estado. Ao contrário, em qualquer área, mormente da segurança pública, prefere-se o caminho mais fácil. Aparelhar os órgãos estatais e treinar o seu pessoal são atividades muito mais custosas do que editar uma lei inconstitucional, voltada à sociedade brasileira, formada em grande parte por pessoas leigas e outras tantas analfabetas e ignorantes de seus direitos básicos. Contando, ainda, com o apoio da imprensa, sob o prisma de que os fins justificam os meios, está construída a armação para solapar a garantia da presunção de inocência e de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo."(NUCCI, Guilherme de Souza. A Presunção de Inocência e a "Lei Seca". *Jornal Carta Forense*, segunda-feira, 4 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/Materia.aspx?id=2136>.)

Nota-se que o texto da lei, por meio da sanção à recusa, obriga o condutor a submeter-se a todas as espécies de exames, sejam eles clínicos, laboratoriais, e pelos aparelhos medidores de alcoolemia, desde que aptos a aferir a presença de álcool ou substância entorpecente no organismo.

Verifica-se que a realização compulsória do exame clínico, admitido para atestar o estado de embriaguez do condutor, em ofensa ao princípio da não produção de provas contra si, poderá acarretar na aplicação das sanções administrativas impostas pela lei, quais sejam, a pena de multa, suspensão do direito de dirigir, retenção do veículo e recolhimento do documento de habilitação.

De todo modo, entendo oportuno ressaltar que a análise do presente Habeas Corpus se restringirá aos seus reflexos penais, tendo em vista que extrapola da competência desta Câmara a valoração da procedência ou não das medidas administrativas impostas pela lei.

E dentro desse limite, observa-se que a incidência no campo penal se concretiza na real possibilidade de responsabilização criminal do suposto infrator.

Vejamos a redação do atual art.306 do Código de Trânsito:

Art. 306. 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:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (grifei)

Observa-se que o novo tipo penal do crime de embriaguez ao volante traz em seu bojo o requisito específico e objetivo da concentração de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, cuja quantidade somente poderá ser comprovada mediante a realização da prova técnica específica, tais como os testes químicos e/ou teste por aparelho medidor de alcoolemia, não bastando a análise pelos demais exames legalmente previstos.

E passando à análise da situação fática atual, deparamos com a situação pela qual o condutor, para se eximir da severa penalização administrativa que lhe é imposta, acaba por consentir a realização dos testes e exames, e quando não o faz, é conduzido, coercitivamente, de maneira discricionária, a uma repartição policial ou médico-legal para se submeter aos testes.

E tal situação, caso comprovada a quantidade objetiva do art.306, culminará, inclusive, na produção de uma prova criminal.

Deparamos, portanto, com um aparente conflito de princípios constitucionais, entre eles o direito à intimidade e a proteção do bem comum, que devem ser harmonizados pela aplicação do princípio da preponderância e da proporcionalidade. E neste particular, entendo que o princípio da não auto-incriminação deverá prevalecer sobre a imposição coercitiva da produção de provas.

Deste modo, o agente surpreendido na via pública, suspeito de conduzir veículo automotor sob influência de álcool, não deverá ser obrigado a se submeter a qualquer procedimento que implique em intervenção corporal que possa incriminá-lo, e caso se recuse, não poderá ter restringida sua liberdade de ir e vir, não podendo ser conduzido coercitivamente para qualquer repartição policial ou médico-legal para realização de testes e/ou exames.

E neste âmbito, considero perfeitamente configurado o constrangimento ilegal alegado pela impetrante, não merecendo prosperar as alegações das dignas autoridades apontadas como coatoras de que o presente remédio constitucional não seria cabível para discutir o citado constrangimento ilegal.

Como é cediço, a primeira condição do Habeas Corpus é a existência de ato lesivo, traduzido na violência ou coação ilegal na liberdade de ir e vir.

Sobre a coação ilegal, define Rui Barbosa:

"coação, definirei eu, é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício de um direito, qualquer que este seja. Desde que no exercício de um direito meu,

qualquer que ele for, intervém uma coação externa, sob cuja pressão eu me sinto embaraçado ou tolhido para usar esse direito, na liberdade plena de seu exercício, estou debaixo daquilo que, em Direito, se chama coação". (1928, Apud BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 1998. p. 234/235)

No presente contexto, a coação se traduz na hipótese de, no livre exercício do direito de não auto-incriminação, o condutor ser constrangido a realizar os testes em repartição policial ou médico-legal, acarretando a constrição da liberdade de ir e vir, ainda que temporária, daquele que se recusa a se submeter aos testes.

E em se tratando de Habeas Corpus Preventivo, no qual se objetiva evitar que se consuma a ameaça de violência ou coação, a pretensão da autora deve ser acolhida.

Veja-se que o ato atentatório ao direito de locomoção figura como objeto da impetração, tendo em vista a ameaça potencial da paciente de ter interceptada sua liberdade de ir e vir, diante do ato discricionário da fiscalização.

E pela natureza do remédio preventivo, não se exige, unicamente, prova cabal, bastando a caracterização de elementos razoáveis, sendo justo e fundado o temor da paciente de ser detida ilegalmente pela autoridade coatora. Ressalto que não obstante tal conduta seja ainda matéria controversa, tal temor encontra respaldo nas divulgações da mídia acerca da possibilidade de detenção ou recolhimento dos condutores que se recusam a realizar os testes.

E diante de tais considerações, em uma análise perfunctória própria da cognição sumária desta via eleita, considero que a possibilidade de condução coercitiva da paciente para a

produção de prova, inclusive criminal, representa o constrangimento ilegal apto a ensejar o conhecimento da ordem impetrada.

Por fim, a respeito da declaração de inconstitucionalidade dos arts. 165 e 277, §3º da Lei 11705/08, ressalto que, pelo princípio da reserva de plenário previsto no artigo 97 da Constituição Federal, nem este relator nem esta câmara julgadora possuem competência para declarar referida lei inconstitucional, que somente poderá ser realizada em incidente próprio na Corte Superior.

Veja-se o disposto no artigo 97 da CF/88:

"Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

De todo modo, entendo possível a concessão parcial da ordem almejada pela impetrante pelos fundamentos acima expostos, sem a análise pormenorizada da constitucionalidade da referida Lei.

Ademais, tal incumbência já está a cargo do Supremo Tribunal Federal por meio da já intentada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103 em trâmite perante o Excelso Tribunal.

Ante tais considerações, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM IMPETRADA**, para que a paciente não seja obrigada a se submeter a qualquer exame químico e/ou teste por aparelho medidor de alcoolemia ("bafômetros"), e caso haja recusa, não possa a mesma ser detida ou recolhida para qualquer repartição policial ou instituição médico-legal para a realização coercitiva dos supracitados testes.

EXEGESE DO ARTIGO 306 E A ANISTIA DE TODAS AS CONDENAÇÕES ANTERIORES, BASEADAS EM ÍNDICES INFERIORES DE DOSAGEM ALCOÓLICA.

É princípio do direito penal brasileiro, que a lei mais favorável sempre prevalece em favor do réu (CF/1988, art. 5º XL).

Assim, todos aqueles condenados anteriormente à atual modificação do artigo 306 do CTB, por acidentes de trânsito, em razão de embriagues, cuja dosagem alcoólica sanguínea encontrada tenha sido inferior a 6 (seis) decigramas, encontram-se, de fato e de direito, anistiados.

A despreocupação do legislador com o sentido da norma é estarrecedor, e ao tentar no afogadilho editar norma definitiva, draconiana para com o agente que afronte seus ditames, na verdade impôs obtenção de prova que, de acordo com a jurisprudência que se firma, é impossível de se obter, por afronta direta a princípios constitucionais, e que na prática isenta de pena, anistia mesmo, todos os condenados anteriormente com índices menores, ao tipificar especificamente a conduta.

A suposta aceitação na produção de prova do agente contra si mesmo, se daria, como demonstrado, face à violência da sanção administrativa que, supostamente, estaria sujeito a suportar de modo inequívoco e imediato, mas, como se viu e demonstrou, está afrontando tanto princípios de direito como constitucionais e tende, no âmbito judicial, a ser reconhecida como excessiva.

CONCLUSÃO

Como visto, cabe ao legislador, e a mais ninguém, corrigir o equívoco cometido por ele na redação dada ao CTB, aprimorando-o, com a extinção do índice de alcoolemia estipulado no art. 306, bem assim corrigindo as distorções

criadas, e as inconstitucionalidades que passaram a acometer alguns de seus artigos.

A lei é benéfica no sentido de que procura trazer ou propiciar maior segurança à população, ao tentar coibir a junção de álcool e direção.

Entretanto, não pode ter o condão de tentar criminalizar a ingestão de bebida alcoólica por parte de qualquer condutor de veículo autômotor, devendo se restringir a criminalizar quem abuse desta, e assumindo o risco de trazer prejuízos materiais e ou pessoais a outrem, conduza tal veículo automotor de forma inconstitucional e com perigo às demais pessoas, e mais ainda, certamente agravando a situação e criminalizando a conduta de dirigir embriagado e se envolva em acidentes.

O simples fato de ingerir bebida alcoólica não foi, repita-se, criminalizado ou tipificado como conduta ilícita como fato social, mas para o agente que se dispõe a conduzir veículo automotor.

O que se busca, ao fim, é a garantia da paz social e à vida da maioria das pessoas, que não bebem e que não querem ser vitimadas por aqueles que se colocam na posição de causar-lhes prejuízos materiais e ou pessoais, e principalmente lhes possam tolher o bem maior que é a vida.

Assim, o remédio que há, tanto porque como se vislumbra, a lei contém inconstitucionalidades ao afrontar direitos individuais, como afronta princípios legais diversos, é que o Estado, por seus representantes, a reescrevam com a devida urgência, no sentido de suprimir as partes controversas, e melhor definir tanto as obrigações como os direitos dos condutores de veículos.

Tanto o remédio da auto-incriminação pela produção de prova contra si mesmo, como a própria tentativa de coação oriunda desta imputação, pela disposição de pena administrativa decorrente da recusa à submissão a testes ou exames, afrontam claramente os direitos do cidadão pelo Estado que deveria, antes, preservá-los,.

O objetivo final da lei é justo e nobre: punir mais severamente o agente condutor de veículo automotor, que consome álcool ou congêneres e, sob a influência deste, cause acidente ou proceda de forma perigosa na direção.

Este é o fim maior que se persegue, e não a supressão de direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente estabelecidas em favor do cidadão, face ao Estado.

Para isto, repita-se, necessária séria e imediata revisão legislativa.

BIBLIOGRAFIA

ALEXI, Robert. ***Teoria dos direitos Fundamentais***. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. (organizador) **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008; 2ª ed. De acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

LEHFELD, Neide A. de S.; Barros, A. **Fundamentos de Metodologia Científica: um guia para a iniciação científica**. São Paulo: Makron, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito Nogueira. **Crimes do Código de Trânsito**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.