



Intérpretes da lei seca esqueceram-se da Constituição

02/08/2008

Muita celeuma tem causado o advento da Lei 11.705 de 19 de junho de 2008, que alterou o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), em vigor desde 20 de junho do corrente ano. Diariamente nos deparamos com notícias nos jornais e na televisão aclamando o rigor da lei e as prisões efetuadas. Prisões essas, muitas das vezes, conturbadas.

O artigo 277, parágrafo 3º, do Código de Trânsito Brasileiro hodiernamente aplicado, chega ao absurdo de “obrigar” o cidadão a se submeter ao teste do bafômetro. Havendo recusa, estaria sujeito às penalidades previstas no artigo 165 do CTB, reeditado pela Lei 11.705/08 — multa, a suspensão do direito de dirigir por 12 meses, e ainda, a retenção do veículo e recolhimento da CNH.

Ainda, conforme o artigo 306 do CTB, com as alterações introduzidas pela Lei 11.705/2008, caso o indivíduo esteja com taxa de alcoolemia igual ou superior a seis decigramas, responderá também, criminalmente. Desta forma, a mesma conduta poderá caracterizar uma infração de trânsito, de natureza administrativa, ou um crime de trânsito, caso em que o motorista responderá perante a justiça criminal.

Ainda que pesem as boas intenções da nova lei, parece que o legislador ou seus intérpretes, vêm se esquecendo dos princípios constitucionais seculares, entre eles, o do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.

A “lei seca” reveste-se de um excessivo intervencionismo estatal sobre a liberdade individual, pondo em risco o direito de ir e vir, cláusula pétrea na Constituição da República Federativa do Brasil.

Para melhor análise do tema, vejamos a exata disposição dos artigos reeditados pela Lei 11.205/2008.

Artigo 165. Dirigir **sob a influência de álcool** ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei 11.705, de 2008) Infração — gravíssima; (Redação dada pela Lei 11.705, de 2008).

Penalidade — multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei 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 11.705, de 2008). Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do artigo 277.



Artigo 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. (Redação dada pela Lei 11.705, de 2008).
Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos. (Redação dada pela Lei 11.705, de 2008)

Artigo 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 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 artigo 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).

A lei, à primeira vista, é clara. Pena não ser tão axiomática a interpretação à luz das autoridades de trânsito.

Jamais um sujeito que recusa se submeter ao teste do bafômetro, ou ainda, a ceder sangue para exame clínico, pode ser detido como se criminoso fosse. A nossa Carta Magna prega a presunção de inocência e o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo — “*Nemo tenetur se detegere*”, o que deve ser respeitado inexoravelmente.

A disposição do artigo 5º da Constituição Federal demonstra cabalmente a inconstitucionalidade propalada pela absurda Lei 11.705/2008.

Artigo 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - **são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra** e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XV - **é livre a locomoção no território nacional** em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

[...]

LIV - **ninguém será privado da liberdade** ou de seus bens **sem o devido processo legal**;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral **são assegurados o contraditório e a ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [original sem grifo]

Fácil perceber, desta forma, que várias garantias constitucionais vêm sendo tolhidas do cidadão. Talvez por essa razão já nos deparamos com inúmeros Habeas Corpus preventivos que concedem ao cidadão o direito de não se submeter ao bafômetro ou qualquer outro exame que possa incriminá-lo. Isso sem falar na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes - Abrasel, que pugna pela declaração da inconstitucionalidade da Lei 11.705/2008. O STF deve julgar em breve tal pretensão (ADI 4103).

Inclusive, o próprio diretor jurídico da Abrasel, Percival Menon Maricato, “conseguiu da justiça paulista uma liminar que lhe garante o direito de não ser multado ou mesmo levado para a delegacia, caso se negue a fazer o teste do bafômetro. O habeas corpus preventivo foi concedido pelo juiz Márcio Franklin Nogueira, da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. O juiz entendeu que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. “Ora, não se pode punir alguém, ainda que administrativamente, pelo fato de exercitar direito constitucionalmente assegurado”, esclareceu.”[1]

Evidente que se os nobres magistrados vêm cedendo a tais pedidos, é porque a lei é, no mínimo, discutível, para não se dizer absurda e inconstitucional.

Alexandre de Moraes, ao comentar os incisos do artigo 5º da Constituição Federal supracitados, assim leciona:

Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. A proteção constitucional refere-se, inclusive, à necessária proteção à própria imagem diante dos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas etc.).[2]

Diariamente vemos em jornais e na televisão, imagens de pessoas presas por terem sido surpreendidas dirigindo “embriagadas”, em manchetes que soam em tom jocoso, sendo que, não raro, viram motivo de piada e chacota, principalmente, quando ocupam cargos de destaque na sociedade. Diante disto pergunta-se: até onde está se resguardando a vida privada e a intimidade das pessoas?

Recentemente um magistrado foi surpreendido conduzindo seu veículo após ingerir bebida alcoólica e foi manchete em quase todas emissoras de televisão do país. E a honra e a dignidade deste sujeito? Nada valem as disposições constitucionais que as asseguram?

Não há, na lei editada, a proporcionalidade exigida para a imposição de uma penalidade, tanto no âmbito administrativo, como no penal. Evidente que os abusos devem ser compelidos pela autoridade policial e judiciária, mas sempre, dentro da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de regressarmos na evolução do direito penal, mandando indivíduos para a cadeia “a torto e a direito”.

Alexandre de Moraes, em já referida obra, citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, assim dispõe:

“do princípio da igualdade construiu-se a apreciação da razoabilidade da norma. De fato, se a igualdade consiste no tratamento igual para os iguais, desigual para os desiguais, **a lei desarrazoada desigualiza, arbitrariamente, os indivíduos**”.

Ademais, ainda no que tange ao princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si, o Ministro Celso de Mello assim se posicionou em bem fundamentado Habeas Corpus julgado em 14.02.2006[3]:

“[...] Com o explícito reconhecimento dessa prerrogativa, constitucionalizou-se, em nosso sistema jurídico, uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do “due process of law”. **Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado - ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 -RTJ 176/805-806) -, possui, dentre as**

várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria, consoante reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 141/512, relator ministro Celso de Mello).

Esse direito, na realidade, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos. Atua, nesse sentido, como poderoso fator de limitação das próprias atividades de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, p. ex.). Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual "Nemo tenetur se detegere", nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o "Bill of Rights" norte-americano.

Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Trata-se de prerrogativa, que, no autorizado magistério de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("Direito à Prova no Processo Penal", p. 111, item n. 7, 1997, RT), "constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo...". **O direito de o indiciado/acusado (ou testemunha) permanecer em silêncio — consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em Escobedo v. Illinois (1964) e, de maneira mais incisiva, em Miranda v. Arizona (1966) — insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal.** [grifos nossos].

Ora, evidente que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, não há obrigação legal e constitucional para realização do teste do bafômetro ou qualquer outro exame que tenha por escopo averiguar a presença ou não de álcool no organismo do indivíduo.

Sujeitar-se ou não ao teste do bafômetro, é uma *faculdade* concedida ao indivíduo, e não uma imposição. E mais, não se pode admitir a prisão de alguém que não realizou o teste exigido pelos agentes de trânsito. O verdadeiro crime vem sendo cometido pelos fiscais da lei, que fazem blitz em lugares estratégicos, como se o objetivo principal fosse multar e prender o maior número possível de cidadãos, acarretando em risco latente ao Estado Democrático de Direito.

Outro ponto a se discutir, que não é o objeto deste trabalho, refere-se aos índices de corrupção entre os agentes de trânsito, que tende a aumentar com o advento da nova lei, corroborando para a prática de outros crimes, entre eles, corrupção ativa e passiva.

Ainda, a redação do artigo 165, é clara ao expor que a infração administrativa apenas se configura se o indivíduo for surpreendido dirigindo veículo automotor **sob a influência de álcool**.

Ora, dirigir o veículo sob influência de álcool e o dirigir após ingerir bebida alcoólica tem uma diferença muito grande. O sujeito pode, perfeitamente, ingerir bebida alcoólica e não dirigir sob a influência do álcool, ou seja, desde que o cidadão conduza seu veículo normalmente, sem causar perigo à outrem, não restará configurada a infração disposta no citado artigo 165, não havendo, conseqüentemente, sanção a ser imposta, seja ela administrativa ou penal.

Luiz Flávio Gomes assim se manifestou quanto ao assunto ora debatido:

“A prova da embriaguez se faz por meio de exame de sangue ou bafômetro ou exame clínico. A premissa básica aqui é a seguinte: ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo. O sujeito não está obrigado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova. Em outras palavras: não está obrigado a ceder sangue, não está obrigado a soprar o bafômetro.”[4]

Desta forma, o indivíduo está autorizado a se negar ao teste do bafômetro, ao exame de sangue e ao exame clínico, restando, como pena, se muito, a sanção administrativa disposta no artigo 165 do CTB. E nada mais.

Alguns delegados, equivocadamente, dizem tratar-se de típico crime de desobediência. Porém, o artigo 277, em seu §3º, supracitado, é claro ao dispor que, havendo recusa do condutor em efetuar os testes requeridos, serão aplicadas as penalidades do artigo 165, quais sejam, multa, suspensão do direito de dirigir, retenção provisória do veículo e da CNH. Em momento algum o citado artigo 277 fala em prisão em flagrante. Desta forma, ao decretarem a prisão por desobediência, os delegados estão legislando, matéria totalmente adversa de sua competência.

Assim, quem está bêbado, independente da quantidade de álcool presente no sangue, mas não perturba a segurança alheia, não está cometendo crime, e, por esta razão, **não pode ser preso em flagrante** com fulcro no artigo 306 do CTB.

Tanto o contido no artigo 165, como o disposto no Art. 306 do CTB, acarretam em flagrante desrespeito aos princípios fundamentais, conquistados ao longo da história.

Vários juristas de renome já se pronunciaram sobre a lei em comento, entre eles, Damásio E. de Jesus e Luiz Flávio Gomes, aos quais peço vênica para transcrever breves trechos dos brilhantes artigos por eles elaborados. Vejamos:

“[...] Um grave equívoco que deve ser evitado consiste em prender em flagrante o sujeito todas as vezes que esteja dirigindo com seis decigramas ou mais de álcool por litro de sangue (0,3 no bafômetro – que equivale a dois copos de cerveja). A existência do crime do art. 306 pressupõe não só o estar bêbado (sob a influência do álcool ou outra substância psicoativa), senão também o dirigir anormalmente (em zig-zag, v.g.). Ou seja: condutor anormal (bêbado) + condução anormal (que coloca em risco concreto a segurança viária).

[...] Constitui grave crime 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 juízes.”[5]



Assim, o indivíduo surpreendido ao volante após ingerir álcool, e desde que esteja conduzindo seu veículo calcado pelas regras básicas de trânsito, ou seja, sem perturbar ou por em perigo terceiros – sem estar sob a influência do álcool, jamais poderá ser levado preso em flagrante ou responder administrativamente, nos termos do artigo 165. Não basta a embriaguez, sendo necessário, também, o estar sob influência.

Damásio de Jesus, ao discorrer sobre o Art. 276 do CTB, que diz que qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no artigo 165, assim expôs:

O dispositivo leva ao falso entendimento de que, encontrado o motorista dirigindo veículo na via pública, com “qualquer concentração de álcool por litro de sangue”, fica sujeito “às penalidades previstas no artigo 165 do CTB.”. Quer dizer, bebeu e dirigiu, cometeu a infração administrativa. Conclusão errada, pois são exigidas três condições:

- 1.^a) que o condutor tenha bebido;
- 2.^a) que esteja sob a “influência” da bebida;
- 3.^a) que, por causa do efeito da ingestão de álcool ou substância análoga, dirija o veículo de “forma anormal” (“direção anormal”).” [6]

Evidente tratem-se de requisitos cumulativos para a aplicação da lei, e não alternativos. O ilustre jurista, prossegue com seu entendimento da seguinte maneira:

“[...] surpreendido o motorista dirigindo veículo, após ingerir bebida alcoólica, de *forma normal*, “independentemente do teor inebriante”, não há infração administrativa, não se podendo falar em multa, apreensão do veículo e suspensão do direito de dirigir. Exige-se nexo de causalidade entre a condução anormal e a ingestão de álcool.”

Coloco-me inteiramente a favor da tese defendida pelo mestre Damásio de Jesus. Sendo, a letra da lei, clara ao dispor que a infração apenas se configura se o indivíduo conduzir o veículo sob a influência do álcool, não há que se aplicar a penalidade do artigo 165 simplesmente pelo fato de o sujeito estar dirigindo após ingerir bebida alcoólica.

Até porque, a resistência à bebida, é uma questão extremamente subjetiva, ou seja, um indivíduo pode consumir um copo de cerveja ou qualquer outra bebida e ficar visivelmente alterado, como pode ingerir várias garrafas e não restar abalado pelo álcool.

Tanto a sanção administrativa, como a responsabilidade criminal, só poderão ser apuradas se o indivíduo enquadrar-se na conduta descrita na norma, qual seja, conduzir veículo sob a influência de álcool ou substância entorpecente. Assim, estando o condutor dirigindo

normalmente, sem causar danos à outrem, não há que ser responsabilizado na forma dos artigos 165 e 306 do CTB.

Penso que as antigas disposições lançadas pelo Código de Trânsito Brasileiro, certamente seriam suficientes para diminuir a mortalidade no trânsito, bastando, para tanto, o rigorismo da fiscalização.

O artigo 306 do CTB, antes da alteração introduzida pela Lei 11.705/2008 mostrava-se perfeitamente adequado, não pondo em risco a liberdade individual desnecessariamente, pois exigia, para configuração do delito de trânsito, a exposição à dano potencial ou a incolumidade de outrem.

Não é uma lei rigorosa ao extremo, que priva o indivíduo das garantias fundamentais garantidas pela Constituição Federal, que extinguirá o problema das mortes no trânsito. Cabe, ao governo, aplicar recursos na melhoria das péssimas estradas brasileiras, aumentar a fiscalização, especialmente em rodovias, e tudo isso, mediante uma remuneração digna ao representante da administração pública, seja ele um agente municipal, estadual ou federal.

Isso sim evitaria as inúmeras vidas perdidas absurdamente no trânsito brasileiro, e não a prisão de cidadãos inocentes que tiveram tolhido seu direito à liberdade individual arbitrariamente com a intervenção abusiva do Estado na sociedade.

O professor de direito penal, Gustavo Junqueira, ao tratar do Princípio da Intervenção Mínima na esfera penal, assim dispõe:

Em um Estado democrático, a intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão deve ser sempre a mínima possível, com o intuito de permitir seu livre desenvolvimento. Por outro lado, como a pena é medida extrema e grave, apenas quando a intervenção estatal realmente diminuir a violência social, impedindo a vingança privada e prevenindo crimes por meio da intimidação ou ratificação da vigência da norma (não esquecendo da adequação da intervenção), será legítima a intervenção da estrutura penal.

Se a violência da pena é superior àquela evitada com a aplicação da sanção penal, o Estado subverte sua função primordial, que é permitir o convívio social e o desenvolvimento individual (bem comum), e passa a não ter justificativa racional para apenação. Conforme ideário iluminista, sendo o Estado produto da razão, não há legitimação possível para a sanção penal justificada pelo sentimento social (carência) de vingança.[7]

Tal princípio pregado pelo direito penal é claro ao dispor que a pena é medida extrema, ou seja, deve ser a última medida aplicada, quando se mostrar realmente necessária, até porque, pena não é castigo, é medida de pacificação e moralização social. O Estado só pode agir em último caso, o que não vem ocorrendo.

Um cidadão que conduz seu veículo após ingerir bebida alcoólica, em velocidade permitida pela via, adequadamente, sem por em risco vidas alheias, não deve ser punido por uma infração que “poderia” ter cometido. Falta o caráter concreto de proteção ao bem jurídico. O indivíduo só pode ser punido pelo que fez, ou ao menos começou a fazer (no caso da tentativa), e não pelo que poderia ter feito, pois, caso contrário, o simples pensar em estacionar em local proibido, geraria uma sanção administrativa, o que é um absurdo.

Outro disparate é fundar-se no princípio administrativo de presunção de legitimidade ou de veracidade, para incriminar cidadãos. A presunção que paira sobre o agente público, vale frisar, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Assim, o simples “achismo” das autoridades de trânsito não podem ter o condão de privar a liberdade individual.

Certamente, esta lei ainda nos trará muita discussão. Enquanto isso, o Poder Judiciário vem concedendo inúmeras liminares em Habeas Corpus preventivos fulcrados na inconstitucionalidade da lei ora debatida, a popular “Lei seca”. Resta saber quanto ao mérito de tais decisões.

[1] Disponível em <<http://www.abrasel.com.br/index.php/atualidade/item/4486/>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

[2] MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional / Alexandre de Moraes. – 5. ed. – São Paulo : Atlas, 2005.

[3] HC 88015 MC / DF – DISTRITO FEDERAL – MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS. Relator

MIN. CELSO DE MELLO – DJ 21/02/2006 PP-00021.

[4] GOMES, Luiz Flávio. Lei seca (Lei n.º 11.705/2008). Exageros, equívocos e abusos nas operações policiais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1842, 17 jul. 2008. Disponível em <<HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11496>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

[5] GOMES, Luiz Flávio. Lei seca (Lei n.º 11.705/2008). Exageros, equívocos e abusos nas operações policiais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1842, 17 jul. 2008. Disponível em <<HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11496>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

[6] JESUS, Damásio E. de. Embriaguez ao volante: notas à Lei nº 11.705/2008. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1846, 21 jul. 2008. Disponível em: <<HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11510>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

[7] JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Direito Penal – Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. – São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004.



Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2008-ago-02/interpretes_lei_seca_esqueceram-se_constituicao/