



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A constitucionalidade da Lei 11.705/08

Carolina Goulart Salomão

Rio de Janeiro
2009

CAROLINA GOULART SALOMÃO

A Constitucionalidade da Lei 11.705/08

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.705/08

Carolina Goulart Salomão

Graduada pela Faculdade Nacional de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro. Advogada.

Resumo: com o advento da Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, e do Decreto 6488, da mesma data, relevantes modificações foram promovidas ao Código de Trânsito Brasileiro (CTB-Lei 9.503/97). Em virtude dessas alterações, surgiram diversas discussões em relação à possibilidade de submissão do condutor de veículo automotor em eventual abordagem policial, ao teste em aparelho de ar alveolar pulmonar e ao exame de sangue. A essência do trabalho é abordar a controvérsia existente acerca da constitucionalidade da lei, apontando se as recentes alterações no Código de Trânsito Brasileiro estão em harmonia com o ordenamento jurídico como um todo.

Palavras-chaves: Código de Trânsito Brasileiro, Lei 11.705/08, constitucionalidade.

Sumário: 1- Introdução. 2- Discussão acerca da constitucionalidade da Lei 11.705/08 3- Defesa da Constitucionalidade da Lei 11.705/08 4- Análise jurisprudencial. 5- Conclusão. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, aborda as alterações trazidas com a edição da Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, e do Decreto 6488, da mesma data, ao Código de Trânsito Brasileiro (CTB-Lei 9.503/97), com enfoque na infração administrativa de embriaguez ao volante,

prevista no art.165 do CTB, e no delito de embriaguez ao volante, disposto no art.305 do mesmo diploma legal.

A Lei 11.705/08 modificou o Código de Trânsito Brasileiro com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0(zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool.

Objetiva-se trazer à tona a discussão acerca da possibilidade de submissão do condutor de veículo automotor em eventual abordagem policial, ao teste em aparelho de ar alveolar pulmonar, vulgarmente conhecido como “bafômetro” e ao exame de sangue, analisando-se a nova redação dada pela Lei 11.705/08, ao art.277, §3º, do Código de Trânsito Brasileiro, que impõe sanção administrativa à recusa, do condutor de automóvel envolvido em acidente de trânsito ou alvo de fiscalização, em se submeter a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame.

Busca-se despertar a atenção para a controvérsia atual sobre a constitucionalidade do mencionado diploma legal, face às alegações de violação dos princípios constitucionais da liberdade de locomoção, da presunção da inocência e da não auto-incriminação.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: embriaguez ao volante sob o aspecto administrativo e criminal, a controvérsia no que tange à constitucionalidade da Lei 11.705/08, e, ainda, se as recentes alterações no Código de Trânsito Brasileiro estão em harmonia com o ordenamento jurídico como um todo.

Para o desenvolvimento do artigo serão utilizadas fontes bibliográficas, realizando-se análise de livros, periódicos, artigos, trabalhos acadêmicos, leis e jurisprudência, para se obter uma vasta discussão doutrinária sobre o tema – buscando opiniões divergentes ou que se completem -, bem como um exame de casos concretos.

2- DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.705/08

A Lei 11.705/08 alterou a redação do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), dispondo seu artigo 165 ser infração gravíssima o ato de dirigir sob influência de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência, punida com multa no quádruplo e suspensão do direito de dirigir por um ano; e ainda, com medida administrativa de retenção do veículo até apresentação de condutor habilitado, e recolhimento do documento de habilitação.

O artigo 276, também alterado pela chamada “Lei Seca”, remete o condutor às penalidades do artigo 165, ou seja, qualquer que seja a concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art.165 do CTB.

E, ainda, a referida lei também modificou o artigo 306, ao penalizar a condução de veículo automotor, na via pública, estando o condutor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Nota-se que a embriaguez ao volante possui tratamento diferente na esfera administrativa e na penal. No âmbito administrativo, o legislador é mais rigoroso, pois impõe a “tolerância zero”, dispondo que qualquer concentração de álcool no sangue do motorista enseja a infração ao art.165, CTB, nos termos ao art.276, CTB e art.1º do Decreto 6488/08. Já na seara penal o crime somente se configura com a concentração de 0,6 g/l de sangue ou mais.

Registre-se que o artigo 276, parágrafo único, do CTB, prevê que órgão do Poder Executivo Federal regulará as margens de tolerância excepcionalmente aceitas para casos específicos. Neste sentido, o Decreto 6488/08 dispõe em seu art.1º, §1º, que serão definidas em Resolução do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, conforme proposta formulada

pelo Ministro de Estado da Saúde, as margens de tolerância de álcool no sangue para casos específicos.

Porém, enquanto não expedida a referida resolução, o artigo 1º, § 2º, do Decreto sob comento, estabelece que, até a edição do ato previsto no §1º do mesmo artigo, a margem de tolerância será de duas decigramas por litro de sangue para todos os casos ou de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, em caso de aferição por “etilômetro” (art. 1º, § 3º, do Decreto 6488/08).

Andou bem o legislador nessa regulamentação, uma vez que se deixasse as margens de tolerância em aberto, acarretaria um estado de dúvida e insegurança jurídica, que beneficiaria o infrator, em razão da aplicação do Princípio do *favor rei*, tornando temporariamente inaplicáveis os artigos 165 e 276, do CTB. Conforme assinala Eduardo Luiz Cabette, a definição de quais são os “casos específicos” mencionados na lei e no ato regulamentar como ensejadores da aplicação das “margens de tolerância” ainda precisam ser objeto de regulamentação. Por ora, portanto, a tolerância será para todos os casos, conforme disposto no artigo 1º, § 2º, do Decreto 6488/08, confiando-se, porém, que essa lacuna seja rapidamente suprida, a fim de dar efetividade à “tolerância zero” entre álcool e direção, somente excepcionando casos realmente excepcionais, taxativamente relacionados.

O artigo 277, *caput*, do CTB, trata dos meios de prova que podem certificar o estado de embriaguez. De acordo com esse dispositivo, testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, podem ser realizados para atestar a embriaguez.

Em complementação, dispõe o §2º, do mesmo dispositivo legal que outras provas em direito admitidas podem ser produzidas, para que sejam constatados os notórios sinais de embriaguez, a excitação ou o torpor apresentado (s) pelo condutor. A título de exemplo, tem-se a prova testemunhal.

Passa-se, então, a análise da controvérsia atual sobre a constitucionalidade da Lei 11.705/08, face às alegações de violação dos princípios constitucionais da liberdade de locomoção, da presunção da inocência e da não auto-incriminação.

Parte da doutrina, como Luiz Flávio Gomes, Eduardo Luiz Cabette e Eudes Quintino de Oliveira Júnior, sustenta que, com a nova redação dada pela Lei 11.705/08 ao art.277, §3º, do Código de Trânsito Brasileiro, o qual determina que o condutor que se negar a colaborar com os testes e exames previstos no *caput* do mesmo artigo será penalizado com as sanções previstas para a infração administrativa do artigo 165, CTB, há violação dos princípios constitucionais da liberdade de locomoção, da presunção da inocência e da não auto-incriminação, o que acarretaria, assim, na inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Para Luiz Flávio Gomes, no tocante à prova da embriaguez, uma premissa básica deve ser observada, qual seja, a de que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo (direito de não auto-incriminação). Trata-se de direito que assegura que o indivíduo não pode ser forçado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova contra ele mesmo. Ou seja, o sujeito não está obrigado a ceder sangue, não está obrigado a soprar o “bafômetro”, pois essas duas provas envolvem o corpo humano do suspeito e porque exigem dele uma postura ativa. Portanto, ainda segundo o respeitado doutrinador, a recusa ao exame de sangue e ao “bafômetro” não pode sujeitar o condutor de veículo automotor, em eventual abordagem policial, a nenhuma sanção - nem a prevista no art.277, §3º, do Código de Trânsito Brasileiro -, porque ele conta com o direito constitucional de não se auto-incriminar. Apenas será aplicado o artigo supra mencionado se houver recusa ao exame clínico. Assim, o jurista conclui que: “A recusa ao exame de sangue e ao bafômetro não está sujeita a nenhuma sanção. Quando alguém exercita um direito (direito de não auto-incriminação) não pode sofrer qualquer tipo de sanção. O que está autorizado por uma norma não pode estar proibido por outra.”. (Gomes, 2009).

Neste sentido, Luiz Eduardo Cabette, em sua obra, entende que com o comando previsto no §3º do artigo 277 do CTB, passa o condutor a ser compelido a submeter-se aos testes e exames previstos no artigo 277, CTB. Sustenta que nesse caso, há uma coação inconstitucional à produção de prova contra si mesmo (Princípio da não auto – incriminação, o qual está previsto em diplomas internacionais que versam sobre Direitos Humanos e garantias individuais de que o Brasil é signatário). Aduz que o *nemo tenetur se detegere* (princípio da vedação à auto-incriminação ou direito ao silêncio) tem aplicação na esfera administrativa, pois a nossa Constituição estende o devido processo legal, no bojo do qual se encontra o referido princípio, aos processos administrativos, nos termos do art. 5º, LV, CF. Ademais, também há ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, CF), pois o legislador, ao igualar a negativa aos testes e exames à infração de embriaguez ao volante (art. 165 c/c 277, § 3º, CTB), está presumindo que o condutor estava sob efeito de álcool ou de substância psicoativa, criando uma verdadeira presunção de culpabilidade, em franca oposição ao comando constitucional que estabelece uma presunção de Não – Culpabilidade.

O autor sugere que para que o disposto no artigo 277, § 3º, CTB, esteja compatível com a Constituição deve-se considerar que quando da negativa do condutor aos testes e exames, a expressão “serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no artigo 165 deste Código”, significa que “o agente de trânsito diligenciará para comprovar a infração por todos os meios lícitos de prova, nos estritos termos do § 2º, do mesmo artigo, sob o crivo do devido processo legal e seus corolários da ampla defesa, do contraditório e da Presunção de Inocência.” (Cabette, 2009). Dessa forma, o Princípio da não auto – incriminação também seria observado, pois em havendo recusa do condutor, não se caracteriza o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, mas apenas sujeitaria o suposto infrator ao devido processo administrativo para apuração de possível falta.

Outra crítica realizada pelo ilustre professor Luiz Flávio Gomes, seguido por outros doutrinadores, é que o artigo 165 do CTB fere o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade, pois a o condutor irá sofrer sanção mesmo se apresente quantidade ínfima de álcool no sangue. Assim, de acordo com o mestre, nem toda quantidade de álcool no sangue é suficiente para configurar a infração administrativa do artigo 165. Sustenta que por mais que se queira evitar tantas mortes no trânsito, não pode jamais o Poder Público atuar sem razoabilidade.

Há, ainda, alegação de que a chamada “Lei Seca” viola o Princípio da liberdade de locomoção, previsto no artigo 5º, XV, CF, uma vez que o direito de ir e vir estaria sendo ameaçado e limitado com a Lei 11.705/08, pois obrigando-se o motorista a submeter-se a testes de verificação de possível ingestão de álcool, e sujeitar-se às medidas administrativas impostas pelo Código de Trânsito Brasileiro, estar-se-ia obstando o direito de ir e vir.

3- DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.705/08

Inicialmente, deve ser ressaltado que o Código de Trânsito Brasileiro não é um diploma legal exclusivamente penal, mas misto, que também contém regras de direito processual e administrativo.

Outrossim, é certo que o CTB regulamenta uma das atividades compartilhadas mais perigosas da atualidade, a direção de veículo automotor.

Não deve ser esquecido que o enorme desenvolvimento tecnológico obtido nas últimas décadas, se de um lado, resultou num incremento do conforto, velocidade e potência

dos automóveis, motos, ônibus e caminhões, de outro, teve como efeito um excessivo aumento do risco para os motoristas e pedestres.

Com efeito, observando os dados estatísticos da violência no trânsito, não é exagerado comparar o carro a uma arma.

Deste modo, merece ser ressaltado que a utilização de veículo automotor, por si só, representa um perigo para a sociedade. Entretanto, este risco é tolerado, desde que o condutor respeite os limites impostos pela Legislação.

Por outro lado, o desrespeito às regras fixadas importa na inobservância de um dever objetivo de cuidado, que autoriza, no âmbito criminal, a punição do agente a título de culpa, caso seja produzido resultado não querido e previsível, conforme arts.302 e 302, do CTB, ou a punição pelo delito respectivo de perigo abstrato ou concreto, dependendo da gravidade da norma violada, em razão da necessidade de antecipação da barreira de proteção penal, consoante arts.306 e 309, do CTB.

Registre-se, que ainda sob uma ótica funcionalista, o desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico à prática de uma atividade compartilhada importa na criação de um risco não permitido, que autoriza a sanção penal culposa, segundo o critério auxiliar da imputação objetiva, caso o perigo criado se efetive num resultado não querido e esteja dentro da abrangência do tipo.

Além disso, o desrespeito aos limites impostos pela Legislação pode resultar em punição administrativa, como no caso do art.165, do CTB.

Ou seja, a diferença entre o risco tolerado e o não permitido está localizada nas regras de comportamento impostas na legislação.

Assim sendo, deve ser destacado que o Legislador não pode ser impedido de tornar mais rígidos os critérios de aferição do risco permitido, caso verifique a insuficiência dos limites anteriores para tutelar o interesse social.

O parágrafo 2º, do art.1º, do Código de Trânsito Brasileiro, dispõe que o trânsito, em condições seguras, além de ser um direito de todos, é dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

Ou seja, todos têm o direito de possuir e conduzir um veículo automotor. Contudo, considerando o enorme potencial de dano social decorrente de sua existência e utilização, é constitucional, legal, lícito e legítimo impor condições ou ampliar limites penais e administrativos para aumentar a proteção do direito à segurança no trânsito, mormente quando evidente que os critérios anteriores não eram suficientes para tutelar de modo eficiente a incolumidade pública.

Portanto, a tentativa de evitar o resultado danoso, que se traduz na morte ou lesão corporal de milhares de motoristas e pedestres todos os anos, justifica e legitima, sem dúvida, não apenas a punição mais severa da negligência dos motoristas, como também a antecipação da barreira de proteção penal, com a tipificação de crimes de perigo, e da ampliação das punições administrativas, como decorrente da Lei 11.705/08.

Ressalte-se que o Código de Trânsito Brasileiro possui inúmeras outras restrições administrativas à utilização de veículos automotores, sempre com o objetivo de reduzir o potencial de dano inerente à atividade.

Por exemplo, conforme disposto no Art. 232, do CTB não é permitido trafegar sem os documentos obrigatórios, sendo certo que tal limitação não viola o princípio da liberdade ambulatorial, que não possui caráter absoluto. Assim, seu exercício pode ser mitigado, com o fim de evitar danos alheios e permitir o exercício do poder de polícia.

Tampouco é lícita a recusa de apresentação de documentos à Autoridade de trânsito, nos termos do Art. 238, do CTB, porquanto legítimo o controle administrativo dos condutores

de veículos automotores. Neste caso, também não há violação do direito de não auto-incriminação ou de presunção da inocência,

Ressalte-se que as limitações administrativas impõem ou impedem determinados comportamentos, com a finalidade de garantir a máxima efetividade ao direito à segurança no trânsito, e evitar, assim, riscos desnecessários. Neste sentido, são vedadas condutas, as quais estão dispostas no Art. 252, do CTB, aparentemente inofensivas, como tráfegar com o braço para fora do veículo ou com animais entre os braços e as pernas, sob pena de multa.

Ora, se a direção de veículo automotor, por si só, já configura um risco, a questão que deve ser enfrentada é se deve ser tolerada ou não a amplificação deste perigo, com a utilização, ainda que módica, de bebida alcoólica ou de substância entorpecente.

Por óbvio que não.

Não é razoável permitir a direção de veículo automotor, com qualquer quantidade que seja de bebida alcoólica consumida.

Assim sendo, merece ser destacado que não se verifica qualquer inconstitucionalidade na Lei 11705/08, que merece aplausos, pois configura importante instrumento de redução da violência no trânsito.

Com efeito, o princípio da não auto-incriminação é adotado no artigo 8º, §2º, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22.11.1969, em São José da Costa Rica, e no artigo 14, n. 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 16.12.1966. O Direito de não auto-incriminação contém várias dimensões, Dentre elas está o direito ao silêncio, que está contemplado expressamente tanto na CF/88 em seu art. 5º, LXIII, como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, e também pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 592/1992, o princípio contra a auto-incriminação já encontrava

aplicação no ordenamento jurídico nacional, antes mesmo da referida alteração efetuada no Código de Processo Penal.

No âmbito criminal, não há qualquer dúvida que o Réu não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, prevalecendo sempre a garantia individual sobre a pretensão punitiva estatal.

Entretanto, não existe o direito constitucional de não se submeter à fiscalização administrativa, mormente em se tratando de atividade compartilhada que causa grande risco para a sociedade. Assim sendo, ninguém pode ter imunidade total ao exercício do poder de polícia.

Dessarte, em caso de recusa de se submeter à fiscalização, a Lei impôs ao condutor nos termos do art.277, uma punição administrativa, que não viola qualquer garantia constitucional.

Como visto, o condutor do veículo não é obrigado a realizar qualquer teste de alcoolemia, exame clínico ou perícia, e esta recusa não produz efeitos penais.

Destarte, não há qualquer violação ao direito de não se auto-incriminar ou ao princípio da presunção da inocência.

No caso de recusa em se submeter à fiscalização, a Lei impõe ao condutor uma sanção administrativa, em razão da óbvia redução criada à segurança no trânsito.

Merece ser destacado, ainda, que o art.277, do CTB, não é o único dispositivo que impõe uma penalidade à recusa em se submeter à inspeção administrativa, como pode ser observado no art.278, do mencionado diploma legal, que pune o condutor que se recusa em se submeter à pesagem obrigatória, e que nunca foi questionado.

Ou seja, qualquer um tem o direito de dirigir. No entanto, para exercer este direito, tem de se submeter aos limites e requisitos previstos em Lei, respeitando o dever de se abster de beber, com o fim de reduzir o risco que esta atividade produz para terceiros.

Sobre o tema, merece ser destacado o artigo “O bafômetro e a lei seca”, de Sérgio Duailibi e Ronaldo Laranjeira, que destaca a absoluta incompatibilidade do uso de bebida alcoólica com a direção de veículos automotores, e ressalta a importância de uma política de tolerância zero para reduzir o número de acidentes e aumentar, assim, a segurança no trânsito:

Também não há que falar em violação ao direito de locomoção, como sustenta parte da doutrina.

A Lei 11.705/08 não impede ninguém de dirigir ou beber. Todos os maiores de 18 (dezoito) anos têm o direito de beber socialmente.

Todavia, o exercício desta liberdade exige responsabilidade, porquanto o manejo de um direito não pode ser ilimitado, a ponto de causar prejuízos aos outros.

Por outro lado, quem quer conduzir veículo automotor tem o dever de se submeter aos limites impostos pela Lei, porquanto se trata de atividade perigosa, que pode causar enormes prejuízos sociais.

Logo, quem bebe não pode dirigir, visto que os danos causados por aqueles que dirigem bêbados são tão grandes que justificam a limitação imposta a todos pela Lei 11.705/08.

Destarte, o exercício desta liberdade exige a submissão aos requisitos previstos na Lei, entre os quais está o de se subjugar à fiscalização do trânsito.

Como já destacado, a regra contida no art.277, §3º, do CTB, não pode ser simplesmente classificada como regra de direito penal.

Maxima venia, é apenas uma regra de direito administrativo, que impõe ao infrator uma sanção administrativa, que não produz efeitos penais.

Ressalte-se que a Lei, deste modo, concilia o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, já que o motorista não é compelido a realizar qualquer exame, com a necessidade de maior controle sobre o descumprimento da vedação ao uso de álcool ao

volante, punindo o motorista no âmbito administrativo, em virtude da recusa em se submeter à fiscalização no trânsito.

Ademais, ainda que se entenda, o que, porém, não é o caso, que estão restringidos os direitos constitucionais da liberdade de locomoção, da presunção da inocência e da não auto-incriminação, em razão da imposição de sanção administrativa à recusa do condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou alvo de fiscalização, em se submeter a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame, não há qualquer vedação à utilização, no âmbito administrativo, do critério da ponderação de interesses para solucionar o conflito aparente entre os mencionados direitos fundamentais, com os direitos à vida, a integridade física e à segurança no trânsito dos outros motoristas e pedestres.

Como é de todos sabido, não existem direitos constitucionais absolutos, e tampouco existe uma hierarquia entre os valores que estão impressos na Constituição.

Nem o direito fundamental à vida, bem que, não há qualquer dúvida, é o mais valioso a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, é absoluto, como pode ser observado no art.5º, XLVII, “a”, da Constituição Federal, e art.55, “a”, do Código Penal Militar, que admitem a aplicação da pena de morte em caso de guerra, bem como no art.128, I e II, do Código Penal, que admite o aborto necessário e o humanitário.

Assim sendo, deve ser ressaltado que tampouco qualquer dos direitos acima mencionados é absoluto, e pode prevalecer sem restrição ou limitação quando houver colisão com outro ainda mais relevante, como a vida, a integridade física e a segurança no trânsito da coletividade.

Neste caso, considerando a impossibilidade de solucionar o conflito entre valores constitucionais com as regras de interpretação tradicionais, é amplamente predominante a busca de uma solução com base no postulado da ponderação de direitos, com fundamento no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, em que a ofensa ou restrição a cada um dos

bens jurídicos em jogo no caso concreto seja a menor possível de modo a aperfeiçoar a proteção dos bens constitucionais envolvidos. Sobre o tema merece ser ressaltada a posição do ilustre jurista Robert Alexy, o qual afirma que o ordenamento jurídico possui inúmeras hipóteses de ponderação legal entre direitos constitucionais, indicando sempre a prevalência de um, com a conseqüente restrição do outro.

A restrição ao direito fundamental pode ter base em autorização direta na Constituição, ou, como na hipótese, decorrer de Lei que se legitima em princípio ou direito constitucional, sempre tendo em vista a possibilidade de limitação com a finalidade de atender interesse de ordem pública.

Outrossim, deve-se atentar para a importância do princípio da proporcionalidade, ou da proibição de excesso, para solucionar as colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição.

Dessarte, para aferir se a restrição contida na nova redação do art.277, §3º, do CTB atende a regra de ponderação de direitos, é preciso fazer uma análise sob o prisma do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, verificando o preenchimento de 3 (três) requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Ou seja, num primeiro momento, o juízo inicial de proporcionalidade leva em conta a adequação ou idoneidade da Lei. Deste modo, deve ser aferido se a Lei 11705/08 é apta a produzir os fins a que se destina.

Neste caso, se impõe uma resposta positiva. Os próprios dados estatísticos oficiais, amplamente divulgados na imprensa, apontam uma significativa redução das mortes resultantes dos acidentes no trânsito e demonstram claramente que a Lei 11705/08 é adequada para reduzir a violência no trânsito. A título de exemplo, reproduz-se a manchete publicada no site Folha On Line: “Um balanço divulgado pela Secretaria de Segurança Pública de São

Paulo aponta redução de 57% no número de mortes por acidentes de trânsito após a vigência da chamada Lei Seca. (...)” (www.folha.com.br, em 14.07.08);

A possibilidade do condutor se recusar a produzir prova contra si mesmo, exige um mecanismo administrativo capaz de compensar este direito e tornar mais eficiente a fiscalização no trânsito.

Assim, a imposição da multa prevista no §3º, do art.277, do CTB, configura o meio mais suave para conciliar as liberdades fundamentais individuais, com a necessidade de maior tutela da segurança coletiva constitucional.

Por fim, a imposição de sanção administrativa ao condutor de veículo automotor que se recusa a submeter à fiscalização no trânsito também preenche o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto os benefícios obtidos são superiores aos ônus que decorrem da sua aplicação.

Não há dúvida, pois, que a punição administrativa do condutor que se recusa em colaborar para a segurança no trânsito, sob a perspectiva dos valores e interesses constitucionais, atende ao pressuposto da relação de custo benefício, porquanto adequada, necessária e proporcional.

A questão já foi enfrentada pelo STF, como pode ser observado no voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969/DF: “(...) Não se ignora, é verdade, que a liberdade de reunião não é um direito absoluto. Nenhum direito, aliás, o é. Até mesmo os direitos havidos como fundamentais encontram limites explícitos e implícitos no texto das constituições. (...)”. Relacionando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que a legitimidade de eventual medida restritiva a direitos fundamentais “(...) há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou

desproporcionais.(...)” (ADI 1969 / DF, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/06/2007, Tribunal Pleno).

Ou seja, do ponto de vista dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos envolvidos, não há dúvida que as vantagens, de redução das vítimas em acidentes de trânsito, superam os ônus, de submissão dos motoristas a sanções administrativas. Assim sendo, é certo que a intensidade da restrição é legítima, quando comparada à relevância dos fundamentos justificadores da intervenção no direito individual.

Portanto, ainda que se considere o critério da ponderação de interesses, permanece hígida a compatibilidade da Lei 11705/08, em especial o §3º, do art.277, do CTB, com a Constituição Federal.

Com efeito, a finalidade de atendimento do interesse público, justifica a mitigação de garantias fundamentais, mormente quando direcionada ao próprio destinatário da norma.

Embora a sanção administrativa aplicada ao condutor, em caso de recusa de se submeter à fiscalização no trânsito, tenha por objeto imediato a segurança da coletividade, não deve ser esquecido que a regra também é dirigida à segurança do próprio motorista, que também é beneficiado pelo incremento do âmbito de proteção do Código de Trânsito Brasileiro.

Além disso, não há que se falar, na hipótese, em qualquer sacrifício de direito fundamental. A Lei 11.705/08 impõe pequenas limitações ao exercício de alguns direitos, para preservar um bem maior, a incolumidade pública e a segurança viária.

Logo, não há qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do §3º, do art.277, do Código de Trânsito Brasileiro. Este também é o entendimento do professor Mamede Said, que fundamentou a constitucionalidade o “poder público tem a prerrogativa de utilizar o poder de polícia administrativa e restringir direitos do indivíduo, mesmo o exercício da propriedade, em prol do interesse coletivo” (Said, 2009).

4- ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Foram impetrados, perante diversos Tribunais de Justiça do país, inclusive do Rio de Janeiro, inúmeros *habeas corpus* preventivos (a título de exemplo: no TJ/RJ HC 2008.059.07036 , HC 2008.059.05096, HC 2008.059.07118; no TJ/SP: RHC 990.08.136124-8, HC 1698770500, HC 1777610000; no TJ/MG: HC 1.0000.08.479266-2/000(1), HC 1.0000.08.481260-1/000(1), cujos pacientes postulavam a obtenção de salvo conduto para não serem obrigados a submeterem-se a testes de verificação de possível ingestão de álcool pelo motorista, e sujeitarem-se às medidas administrativas impostas pelo Código de Trânsito Brasileiro, pois tais sujeições obstariam o direito de ir e vir.

Os argumentos trazidos pelos impetrantes eram que as inovações trazidas pela Lei 11.705/08 violam o princípio constitucional da presunção de inocência e o da não auto-incriminação, segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, questionando, assim, a constitucionalidade da referida lei.

Os processos que chegaram, e ainda chegam, ao Tribunal de Justiça, em geral apontam o secretário de Segurança Pública do Estado e o comandante da Polícia Militar como autoridades que estariam praticando a violência ou coação. No entanto, conforme entendimento adotado no julgamento dos *habeas corpus*, a lei em questão não transforma o secretário da Segurança e o comandante da Polícia Militar em autoridades coatoras. Na ausência de ato concreto das duas autoridades, mas tão-somente de efeitos abstratos da lei em vigor, tal falha processual fulmina de pronto a pretensão, sendo, assim, os *habeas corpus* extintos sem resolução de mérito, por falta de ilegitimidade passiva.

A grande maioria dos remédios heróicos também foi julgada extinta sem resolução do mérito com base no inciso VI, do CPC, por impossibilidade jurídica do pedido, pois, com efeito, o *habeas corpus* é remédio constitucional para garantia da liberdade de locomoção (CF, artigo 5º, inciso LXVIII). Os pressupostos para a sua concessão são claros: devem estar presentes ameaça de violência ou coação ao direito de ir e vir, além de ilegalidade e abuso de poder. No caso, como a norma que instituiu a "lei seca" foi aprovada pelos representantes do povo e está em pleno vigor, evidentemente não existe ilegalidade ou abuso de poder. Portanto, o HC, em seus limites estreitos, não se presta para inibir o exercício do poder de polícia inerente à Administração Pública, no que se refere à disciplina do trânsito de veículo automotor. Daí a impropriedade do uso do *writ* para evitar a eventual imposição de multa ou apreensão do veículo, medidas de natureza administrativa que não violam nem restringem a liberdade de ir e vir. Para as pessoas que infringiram a lei e foram alcançadas pela fiscalização, com a apreensão do veículo, recolhimento do documento de habilitação e suspensão do direito de dirigir, a legislação processual possui os remédios jurídicos apropriados, porém jamais o remédio heróico.

Registre-se que a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel Nacional) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4103), com pedido de liminar, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º, 4º e 5º, incisos III, IV e VIII, da Lei 11.705/08. A entidade alega que os dispositivos impugnados violam os princípios constitucionais da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, além dos atinentes à liberdade econômica e livre iniciativa (artigos 170 e seguintes, da CF).

No entanto, a ADI 4103 será analisada diretamente no mérito pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, pois o presidente da corte, ministro Gilmar Mendes, dispensou

a análise da liminar no processo, aplicando ao caso o artigo 12 da Lei 9.868/99, que determina as normas para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Portanto, deve-se esperar o julgamento da referida ação para saber se o STF declarará se a lei é ou não constitucional, sendo certo que apenas o pretório Excelsior pode julgar a constitucionalidade da Lei 11705/08.

5- CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo deste trabalho, as questões acerca da constitucionalidade da Lei 11.705/08 têm movimentado discussões, principalmente quanto à possibilidade de submissão do condutor de veículo automotor em eventual abordagem policial, ao teste em aparelho de ar alveolar pulmonar ou exame de sangue.

Diante das análises realizadas ao longo do texto, conclui-se que a chamada “lei seca” é constitucional, pois considerando o enorme potencial de dano social decorrente da utilização de veículo automotor, é constitucional, legal, lícito e legítimo impor condições ou ampliar limites penais e administrativos para aumentar a segurança no trânsito, mormente quando evidente que os critérios anteriores não eram suficientes para tutelar de modo eficiente a incolumidade pública. Ou seja, qualquer um tem o direito de dirigir. No entanto, para exercer este direito, tem de se submeter aos limites e requisitos previstos em Lei, respeitando o dever de se abster de beber, com o fim de reduzir o risco que esta atividade produz para terceiros.

Ressalte-se que a Lei 11.705/08, deste modo, concilia o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, já que o motorista não é compelido a realizar qualquer exame, com a necessidade de maior controle sobre o descumprimento da vedação ao uso de

álcool ao volante, punindo o motorista no âmbito administrativo, em virtude da recusa em se submeter à fiscalização no trânsito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. 11 ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal. 11 ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 set 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

BRASIL. Lei 11.705, de 19 junho 2008. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4o do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei 11.705/08: alterações do Código de Trânsito Brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUAILIBI, Sérgio; LARANJEIRA, Ronaldo. *O bafômetro e a "lei seca"*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 189, p. 17, ago. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei seca: acertos, equívocos, abusos e impunidade*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acesso em 22 de junho de 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei seca (Lei 11.705/2008): exageros, equívocos e abusos das operações policiais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> , acesso em 22 de junho de 2009.

JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *A Lei Seca*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> acesso em 22 de junho de 2009.

MARCÃO, Renato. *Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro*. Disponível em <http://www.jusnavigandi.com.br> , acesso em 22 de junho de 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Saraiva.

NUNES, Rizzato. *A Lei Seca e o direito de locomoção de todos nós*. Disponível em http://www.portalbrasil.net/2008/colunas/direito/julho_01.htm acesso em 22 de junho de 2009.

www.folha.com.br

<http://jusvi.com/noticias/34517>

<http://www.tjmg.gov.br/>

<http://www.tj.rj.gov.br>

<http://www.tj.sp.gov.br>

<http://www.stf.jus.br>