

Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Constitucionalidade e Efetividade da Lei 11.705/08, quanto às infrações administrativa e penal de embriaguez ao volante no Código Brasileiro de Trânsito

Daniel de Lima Haab

Rio de Janeiro
2009
DANIEL DE LIMA HAAB

Constitucionalidade e Efetividade da Lei 11.705/08, quanto às infrações administrativa e penal de embriaguez ao volante no Código Brasileiro de Trânsito

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

Orientadores: Professora Néli Fetzner
Professor Nelson Tavares
Professora Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

**CONSTITUCIONALIDADE E EFETIVIDADE DA LEI 11.705/08, QUANTO ÀS
INFRAÇÕES ADMINISTRATIVA E PENAL DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE NO
CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO**

Daniel de Lima

Haab

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Considerando o alto índice de acidentes no trânsito brasileiro e sua relação com o consumo de álcool, o estudo objetiva uma análise crítica e axiológica das mudanças trazidas ao Código de Trânsito Brasileiro pela Lei 11.705/08. A partir daí, possibilita a reflexão e conclusão sobre a Constitucionalidade e a Efetividade dos seus principais dispositivos normativos, aqueles relacionados às infrações administrativa e penal de direção de veículo automotor sob a influência de álcool ou outras substâncias psicoativas que causam dependência.

Palavras-chaves: Constitucionalidade, Efetividade, Lei 11.705/08, Lei Seca, Código de Brasileiro de Trânsito, embriaguez ao volante, teste do bafômetro, ponderação de direitos fundamentais, crime de perigo abstrato.

Sumário: 1- Introdução. 2 - Modificações implementadas pela Lei 11.705/08 no CTB – Aspecto Administrativo. 3 - Constitucionalidade do artigo 277, §3º do CTB, com a redação dada pela Lei 11.705/08. 4 - Modificações implementadas pela Lei 11.705/08 no CTB – aspecto penal. 5 - constitucionalidade do artigo 306 do CTB, com a redação dada pela Lei 11.705/08. 6 - Reflexão sobre a Efetividade, impacto social e resultados concretos da Lei 11.705/2008. 7 – Conclusão.

1 – INTRODUÇÃO

Polêmica. Se a Lei 11.705/08, batizada pela mídia de Lei Seca, tivesse que ser sintetizada em uma única palavra, certamente seria essa. O novo diploma modificou expressivamente as normas proibitivas e sancionatórias relativas à condução de veículos automotores sob a influência de álcool e de outras substâncias psicoativas que causam dependência, tanto no âmbito administrativo quanto no penal. Ao tratar de tema muito relevante e corriqueiro de forma severa, ensejou fortes debates na sociedade, passando por críticas de ilegitimidade e razoabilidade, bem como alimentando acalorados debates em meios acadêmicos, políticos, administrativos ou, sobretudo, populares. Nesse contexto, o diploma enfrentou considerável resistência inicial por parte dos destinatários da norma, ressaltando a importância de uma reflexão mais aprofundada sobre o seu conteúdo, como forma de melhor fundamentar a sua consonância ou contraste com as regras e princípios contidos na Constituição da República.

O trânsito brasileiro não é seguro. Dificilmente se encontrará voz discordante dessa assertiva. Os índices apurados tanto por órgãos governamentais quanto por ONG's revelam números alarmantes, no que diz respeito ao número de envolvidos e vítimas, consequências fatais ou incapacitantes, custos de prevenção, repressão e atendimento e, de grande relevância para o presente estudo, causas dos acidentes de trânsito no Brasil. Em 2005, foram registrados 383.371 acidentes de trânsito com vítimas no país, resultando em saldo de 26.409 mortos e 513.510 feridos (Anuário 2005 do RENAEST). O número de acidentes vem crescendo expressivamente desde o início da coleta oficial de estatísticas pelo órgão citado, em 1998 (262.374 acidentes com vítimas, 20.020 mortos e 320.733 feridos), apesar de todos os esforços despendidos pelos Poderes Legislativo e Executivo na luta pela segurança viária. Os dados do RENAEST são módicos quando comparados àqueles disponibilizados pelo Ministério da Saúde, que apenas para o ano de 2005, aponta 35.994 mortes por acidente em transporte terrestre. Há organizações não governamentais relacionadas à conscientização de motoristas e prevenção de acidentes que indicam cifras superiores a 60 mil mortes por ano.

Na investigação das causas para quantidade tão elevada de acidentes de trânsito, o consumo de substâncias entorpecentes, principalmente as bebidas alcoólicas, desponta como fator chave, senão preponderante, nesse tipo de tragédia. Em 2001, uma pesquisa da Associação Brasileira de Detrans (Abdetran) em quatro grandes capitais (Brasília, Curitiba, Salvador e Recife) apresentou resultados preocupantes: 61% das pessoas envolvidas em acidentes de trânsito tinham ingerido bebida alcoólica. No estudo, Brasília apareceu como a

capital recordista, onde o índice chegou a quase 78%. Afirma a Organização Mundial de Saúde (www.who.int) que os acidentes de trânsito são a maior causa de morte entre os jovens do sexo masculino em todo o mundo, relacionando-se, geralmente, ao consumo de bebida alcoólica e outras drogas.

Outro estudo, realizado por equipe do Programa Acadêmico sobre Álcool e outras Drogas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (www.ufrj.br), com vítimas fatais de acidentes de trânsito, mostrou que o álcool estava presente em cerca de 75%. O estudo avaliou os testes de alcoolemia realizados por legistas do IML em 94 mortos em acidentes e detectou que apenas 11 (11,77%) não haviam ingerido bebidas alcoólicas, ou seja, 83 vítimas restantes (equivalente a 88,3% do total), foi detectada a presença de álcool no sangue. Desses testes positivos, em 60,2% dos casos os envolvidos apresentavam nível de álcool por litro de sangue superior a 0,6g.

Inúmeros são as pesquisas, estudos e estatísticas, todos facilmente obtidos na Internet, e compartilhando a mesma conclusão: o trânsito do Brasil mata e fere demais, sendo o consumo de álcool e direção a combinação que mais contribui para esse quadro lamentável. É nesse estado de severa apreensão que o presente trabalho analisa a recente Lei 11.705/08, regulada pelo Decreto 6488/08, sob os prismas da adequação à Carta da República de 1988 e da Efetividade, tida como eficácia social, com seus desdobramentos sobre os destinatários da norma. Embora as mudanças trazidas pelo diploma não se limitem às aqui expostas, o escopo da reflexão se detém às alterações dos artigos 165, 276, 277 e 306 do CTB, referentes às infrações administrativa e penal de embriaguez ao volante.

2 – MODIFICAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI 11.705/08 NO CTB – ASPECTO ADMINISTRATIVO

As mudanças em questão se operaram nos artigos 165, 276 e 277 do CTB. O primeiro deles considerava infração administrativa gravíssima “dirigir sob influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, e foi enxugado em sua parte final, passando para “... de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Já que essa mudança não tem grande relevância sobre o tema debatido, limita-se a elogiá-la por remover o termo entorpecente, de caráter restrito,

em consonância com a nova Lei de Drogas (11.343/06). A reprimenda estatal para aquele cuja conduta se enquadrar na hipótese da norma também foi inovada, surgindo aqui o primeiro indicativo de inconstitucionalidade da Lei 11.705/08. A infração permanece “gravíssima” e a multa continua agravada em cinco vezes. Porém, enquanto a sanção de suspensão do direito de dirigir variava de um mês a um ano para agentes primários e seis meses a dois anos para os reincidentes no prazo de doze meses, na forma do artigo 261 do CTB e Resolução Contran 182/05, agora passou a ter prazo fixo, de doze meses, para o primário, enquanto o reincidente dentro de doze meses sofre cassação da habilitação, com base no artigo 263, II, do CTB. Encontramos aqui inovação reprovável, que vai de encontro ao direito fundamental da individualização da pena, com assento no artigo 5º, XLVI da CRFB/88 e ao Princípio da Proporcionalidade.

A individualização, entendida como a consideração circunstancial do agente e da conduta praticada, regulando a medida da aplicação da sanção, fica comprometida pela postura do legislador que, ao prever punição única, tolhe do seu aplicador a possibilidade de considerar aspectos peculiares do caso concreto como fundamento legítimo para majorar ou diminuir o prazo de suspensão, adequando-o à necessidade verificada. Há uma miríade de diferentes situações abarcada pela abstração da norma jurídica sancionatória, e quanto menos espaço de manobra o operador do direito tem para fazer a adequação da realidade fática ao preceito secundário condenatório, mais se justifica a contestação da sua legitimidade.

A Proporcionalidade é princípio constitucional que registra a ponderação entre o encargo imposto e o benefício colhido, e para Canotilho (1993) significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa medida justa, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, em relação aos fins obtidos. É a ponderação entre o significado da intervenção normativa para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador. Conceitua-se, enfim, no binômio custo-benefício da norma e da sanção, e aqui sua ulceração se vê no singelo exemplo de que o condutor que consumiu uma garrafa de whisky será penalizado na mesma medida daquele que tomou um copo de cerveja.

Cabe rápida reflexão sobre a medida administrativa prevista no artigo 165 do CTB, que consiste em retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. Aqui se repetiu a norma anterior e não se vislumbra afetação das normas constitucionais. A retenção do automóvel é medida lógica e evidente, já que não se pode aplicar punições ao motorista embriagado de depois liberá-lo para seguir conduzindo

em condições que oferecem perigo à coletividade. Já o recolhimento não se confunde com a apreensão da CNH, esta só podendo ocorrer com observância do Devido Processo Legal Administrativo, com respeito à Ampla Defesa e ao Contraditório (artigos 5º, LIV e LV da CRFB/88 e 265 do CTB). O recolhimento tem natureza cautelar e temporária, sendo plenamente razoável, e se estende apenas até a plena recuperação da sobriedade do condutor.

Quanto à comprovação da embriaguez, os artigos 276 e 277 do CTB sofreram profunda reforma. O primeiro caracterizava o estado de embriaguez ao haver concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue. A nova redação estabelece a “tolerância zero” que resultou no batismo da Lei 11.705/08 como “Lei Seca”. Agora, qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o infrator às penas do artigo 165. O objetivo do legislador não pode ser outro que aquele aferido por Cabette (2009), o de equiparar para todos os fins a direção sob o efeito de qualquer concentração etílica no sangue, não permitindo gradações ou distinções. Vamos além do autor, ousando afirmar que o legislador não quis deixar brechas para precedentes judiciais benéficos baseados na Razoabilidade, na Ofensividade e na Insignificância. Resta saber, como bem indicado pelo doutrinador citado, se o legislador infraconstitucional tem legitimidade para efetuar a indistinção sem ferir os princípios constitucionais em questão.

O parágrafo único do artigo 276 estabelece que Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos. O Decreto 6488/08 tratou do tema, estipulando a faixa de tolerância em duas decigramas (sic) por litro de sangue para todos os casos, enquanto não editadas as margens excepcionais para casos específicos, a serem reguladas em Resolução do Contran expedida de acordo com proposta do Ministério da Saúde. Aqui não ocorreu omissão prejudicial ao jurisdicionado, já que foi estabelecido limite legal de tolerância enquanto a regulação prevista no CTB não for expedida pelos órgãos competentes. Do contrário, a lacuna regulatória certamente haveria por beneficiar o infrator, pelo princípio Favor Rei, tornando inaplicáveis os artigos 165 e 276 do CTB, já que, com margens toleráveis indefinidas, qualquer pessoa embriagada poderia alegar, com razão, que estaria enquadrado dentro dos seus limites hipotéticos.

O início da análise do novo artigo 277 do CTB marca o ponto nevrálgico da polêmica em torno da Lei Seca, ao tratar dos métodos de aferição pelo Poder Público da embriaguez ao volante. O Caput e o § 1º permanecem iguais, e por isso os testes e exames para a constatação do estado de alcoolemia continuam os mesmos: exame de sangue, exames

clínicos, etilômetro, constatação pelo senso comum do agente de trânsito etc. Já o § 2º foi cindido em dois; o novo §2º apura a redação do anterior, autorizando a infração do artigo 165 a ser caracterizada pelos agentes de trânsito por todos os meios de prova admitidos em direito, “acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor”. No sistema anterior, todavia, a caracterização do estado de embriaguez pelo agente público tinha caráter subsidiário, residual, e apenas seria utilizada quando da recusa do motorista em efetuar os testes listados no caput. O dispositivo não mais regula a hipótese de negativa do condutor em se submeter aos testes, que foi relegada ao até então inédito §3º, advindo da Lei 11.705/08. Assim, a atuação do agente de trânsito na aferição da alcoolemia é promovida a meio autônomo de prova, que fica desvinculada da modalidade preferencial da perícia na apuração da condição do infrator.

Não exsurge ao intérprete da Lei nenhuma incongruência constitucional no novo §2º da Lei, que confere status de método autônomo de constatação de embriaguez à análise do agente de trânsito que, na qualidade de agente público, pratica atos que gozam de presunção de legalidade e serão cotejados com o resto da instrução em eventuais procedimentos administrativos de investigação e punição, no fiel caminho do devido processo legal e do sistema probatório de livre convencimento motivado. Além disso, o aprimoramento mencionado acima tem especial mérito ao limitar expressamente a sua aplicação ao campo administrativo da infração (“A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito...”), e isolando a esfera penal do procedimento, nela permanecendo imprescindível a prova pericial.

O controvertido §3º do artigo 277 do CTB estipula que serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no artigo 165 do Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput do artigo. Aqui o legislador criou uma infração administrativa por equiparação, tornando obrigação do condutor se submeter aos exames, e importando a sua recusa na efetiva infração do artigo 165 do CTB. Essa parte da lei recebe críticas fortíssimas da doutrina nacional, que se apóia, sobretudo, nos direitos constitucionais à não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*) e à ampla defesa, assim como no princípio da não culpabilidade (artigo 5º, LXIII, LV e LVII da CRFB/88, respectivamente).

Apontam-se ainda tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, dentre os quais o mais citado, em razão de sua relevância para o país, é a Convenção Americana sobre

Direitos Humanos aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, em que foi reconhecido o princípio do *nemo tenetur se detegere* entre as garantias mínimas a serem observadas a toda pessoa acusada de crime. Seu artigo 8º, II, g, estabelece que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, consagrando assim o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo. Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 se referiu expressamente ao princípio em foco, estabelecendo que toda pessoa acusada de um crime tem direito a não se auto-incriminar.

Pela inconstitucionalidade da norma estão autores de peso, entre os quais encontramos Marcão (2008), que engrossa as fileiras da maior parte da doutrina nacional, posicionada no mesmo sentido. Alegam ser direito fundamental do cidadão não produzir prova que venha a prejudicá-lo em face da atuação estatal, no âmbito administrativo ou criminal, e que exclusivamente da prerrogativa de recusa não podem advir quaisquer efeitos prejudiciais, como atestam ocorrer na hipótese do artigo 277 do CTB. O STF já foi chamado a se pronunciar sobre a matéria, a partir do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4103, movida pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento em 2008. A corte intérprete da Constituição ainda não se manifestou em qualquer sentido, mas se pode arriscar uma tendência no julgamento, a partir da análise de pronunciamentos anteriores.

No âmbito do HC 77.135, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, restou decidido ser legítima, com base no princípio da não auto-incriminação, a recusa de fornecer padrões gráficos de próprio punho para produção de prova pericial em juízo. Já no julgamento do HC 83.096, a Ministra Ellen Gracie firmou o entendimento de que o aludido direito se estende à garantia do impetrante ao não fornecimento de padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. O Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 79.812, concedeu tutela positiva liminar, em favor do impetrante que desejava manter-se em silêncio em face às perguntas da CPI da Pedofilia da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Como afirma Floriano (2008) a partir dos julgados apresentados, pode-se inferir que o STF, em harmonia com doutrina praticamente unânime, defende uma interpretação bastante ampla do princípio da não auto-incriminação, que não se restringe ao direito de manter-se em silêncio resultante de interpretação literal da norma da CRFB/88.

A partir dessa postura, aparenta que a Corte Constitucional irá apresentar fundamentação favorável à inconstitucionalidade da presunção de embriaguez do motorista infrator que se recuse a realizar os exames de dosagem alcoólica. Nesse caminho, inclusive, se propôs a Ministra Carmem Lúcia no recentíssimo julgamento do HC 93916-3, de 10/06/2008, que trata exatamente da matéria. A relatora declarou que não é possível se extrair qualquer conclusão desfavorável ao suspeito ou acusado de praticar crime que não se submete a exame de dosagem alcoólica. É importante notar que o julgamento se realizou em 10/06/2008, pouco antes da vigência da lei 11.705/2008 (de 19/06/2008), que acrescentou ao artigo 277 do CTB o seu §3º. Entretanto, pelo teor das decisões destacadas é razoável se concluir que Supremo Tribunal Federal poderá decidir pela inconstitucionalidade da regra em razão da violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

3 - CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 277, §3º DO CTB, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.705/08

Com grande respeito ao entendimento da larga doutrina opositora à norma em questão, bem como aos julgados do STF, ousamos deles divergir, e propor a constitucionalidade do artigo 277, §3º do CTB, por duas fundamentações. Primeiro, a inexistência de direitos absolutos, ainda que constitucionais, fundamentais, e de natureza garantista. Dessa premissa decorre a necessidade de ponderação e harmonização de direitos e garantias fundamentais no caso concreto. E segundo: a natureza jurídica do Ato Administrativo de concessão da Carteira Nacional de Habilitação para a condução de veículos automotores, relacionada ao Poder de Polícia fiscalizatório do Estado.

Explorando o primeiro argumento, a característica da relatividade informa a fenomenologia da colisão dos direitos fundamentais, que deve ser solucionada na dimensão do peso, pelo mecanismo da ponderação, com a finalidade de obter a harmonização entre os princípios em conflito. O critério gradualista-qualitativo de Alexy (1993) consiste em conferir aos princípios o caráter jurídico de normas de otimização, que podem ser cumpridas em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O mesmo princípio, assim, detém diferentes graus de aplicação na resolução de situações de conflitos de interesse. O valor preponderante

conferido a determinado princípio, em um dado contexto fático, pode ser diverso em outro cenário, podendo até, por vezes, ter sua aplicação afastada.

O ordenamento jurídico se apresenta como sistema complexo, sendo constituído, além de outros elementos, por regras e princípios constitucionais em perene e necessária transformação, que refletem o dinamismo e evolução sociais, na mudança de percepção da realidade e evolução dos valores mais caros à coletividade. Inevitáveis são os conflitos entre as espécies normativas, situação que reclama adoção de critérios capazes de resolver as eventuais colisões e resguardar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, como maneira de legitimá-lo perante o corpo social. A colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, como ocorre com as regras, de densidade normativa maior, mas no campo do valor. Se determinada posição jurídica é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma relação de precedência condicionada, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, tão somente porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, e não é eliminada pela invalidação de um deles, nem, tampouco, pela introdução de uma cláusula de exceção em um dos princípios, de modo a limitar sua aplicação em casos futuros. A relação de precedência condicionada importa afirmar que, tomando em conta o conflito a ser solucionado, determinam-se as condições sob as quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente. Em última e mais relevante análise, não existem princípios constitucionais absolutos que, em colisão com outros princípios, precederão independentemente da situação posta. Não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em grande parte das situações de colisão.

Moraes (2008) recomenda como método de ponderação dos princípios a utilização de outros três, a concordância prática, a unidade da Constituição e a razoabilidade,

conceituando como valor supremo a dignidade da pessoa humana, que irá nortear todo o caminho decisório de harmonização. No estudo, a razoabilidade assume papel de especial importância como critério de harmonização, se dividindo em três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação designa a correlação lógica entre motivos, meios e fins, de maneira que, tendo em vista determinados motivos, devem ser providos meios para a consecução de certos fins. A necessidade denota a intervenção mínima, isto é, inexistência de meio menos gravoso para a obtenção do fim pretendido. Reflete se a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou à coletividade. Dentre as intervenções disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos. Como a proporcionalidade foi ventilada acima, remetemo-nos às breves digressões formuladas, no intuito de não cairmos em enfadonha repetição.

O STF já teve a oportunidade de estabelecer ponderações entre princípios constitucionais que marcaram a evolução da corte nesse pormenor. Entre exemplos de relevância podemos citar a ponderação entre o direito à intimidade de pessoa investigada e direito à identidade do suposto filho, de modo a proibir a condução coercitiva do réu para a colheita de DNA em ação de investigação de paternidade. Nesse caso, entretanto, apesar de se resguardar a intimidade, a recusa de colaboração com a prova gerou presunção *iuris tantum* (relativa) de paternidade. Outra hipótese foi a ponderação entre o direito à intimidade de acusado e à defesa em juízo, permitindo-se a valoração de provas ilícitas ou ilegítimas, no caso em que o demandado utiliza, em sede de processo penal, gravação clandestina de conversa na qual figurou como interlocutor, para obter absolvição.

Partindo do arcabouço teórico para o ataque ao conflito em mãos, temos que, de um lado, o cidadão condutor do automóvel tem o direito de não produzir provas contra si, e o direito à intimidade, ambos resguardados no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da CRFB/88, incisos LVIII e X. De outro, a Constituição protege, de maneira insuperável, o direito à vida (artigo 5º, caput), princípio de força inigualável no ordenamento jurídico pátrio. No mesmo caput, estão protegidos os direitos à segurança e à propriedade. A segurança pública, por sua vez, encontra proteção constitucional no artigo 144 da Carta da república, e se estende à preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio. É óbvia e evidente a conclusão de que todos esses princípios ficam gravemente ameaçados quando um motorista embriagado conduz seu automóvel pela via pública.

O exercício da ponderação ilustrado alhures não deixa dúvida: na harmonização entre os princípios constitucionais listados, o segundo grupo deve prevalecer no caso concreto, capitaneado pelo direito à vida, fundamento de existência, pressuposto lógico e condição de validade de todos os demais direitos fundamentais, sem os quais eles não podem ser cogitados ou exercidos, violados ou protegidos, sequer considerados dentro de um quadro axiomático válido e legítimo. Ao lado da dignidade da pessoa humana, que figura como fundamento da República no primo artigo da Carta Constitucional, a vida reflete valor máximo a ser tutelado e preservado. Os sobreditos direitos à segurança e ao patrimônio reforçam a autoridade do direito à vida na ponderação sendo realizada, fazendo pender a balança da equidade, da razoabilidade e da própria justiça no sentido do privilégio do artigo 277, §3º, e, conseqüentemente, da sua constitucionalidade. O CTB de 1997 implementou a nova visão social sobre a necessidade de regulação legal da atividade de tráfego, e a melhor síntese do seu espírito se encontra no artigo 1º, II, da norma, que declara: O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos.

O segundo enfoque da defesa da constitucionalidade do novo artigo 277, §3º do CTB tem raiz no Direito Administrativo, e considera a natureza jurídica do Ato Administrativo de concessão da Carteira Nacional de Habilitação para a condução de veículos automotores. Tal ato é de Licença, conceituado por Carvalho Filho (2007, p. 126) como o “ato vinculado por meio do qual a Administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade.” Por meio da licença, o Poder Público exerce o seu Poder de Polícia na esfera do consentimento, apurando, em cada caso, se existem ou não óbices legais ou administrativos para o desempenho da atividade reivindicada. Uma vez que se trata de Ato Administrativo vinculado, a Administração não possui discricionariedade quanto à oportunidade ou conveniência de sua realização, pois se o cidadão interessado preenche os requisitos estabelecidos em lei para a sua concessão, ele tem direito a obtê-la. Em havendo denegação, o Mandado de Segurança é o remédio constitucional para a tutela do ato eivado de abuso.

Pois bem, os requisitos para a obtenção de licença para dirigir encontram-se no CTB. Seu artigo 140 prevê que o Estado somente permite a obtenção de CNH por indivíduos maiores de 18 anos, alfabetizados, que possuam carteira de identidade e que sejam aprovados em testes de saúde, psicotécnicos, de legislação e de direção. Todavia, não podemos ser limitados e míopes à apreensão necessária de que o CTB, assim como a Constituição e outros

microssistemas regulatórios, como o CDC, e Lei de Locações, a Lei de Falências e o Estatuto da Criança e do Adolescente, para citar exemplos, deve ser absorvido pelo intérprete sob a ótica irrepreensível da interpretação sistemática. É de se inferir que os requisitos do artigo 140 não são *numerus clausus*, não se exaurem e se limitam no âmbito do dispositivo, podendo-se encontrar vários outros ao longo do mesmo código. Entre eles, está a obrigação do condutor de veículos automotores em manter-se sóbrio durante a atividade de condução, o que se extrai por interpretação a contrário senso da proibição, administrativa e penal, de consumir bebidas alcoólicas antes de dirigir.

Ora, a obrigação de submeter-se aos testes de alcoolemia sanguínea não perfaz ato de produzir provas contra si mesmo, porém meio hábil de demonstrar que se está cumprindo um dos requisitos previstos em lei para poder conduzir em vias públicas, vale dizer, dirigir sem estar sob influência de álcool. Portanto, a não aceitação em se submeter aos exames não deve ser vista como direito à não auto-incriminação, mas como ausência de requisito objetivo, a ser demonstrado no momento de fiscalização, para a condução de automotores.

O Poder de Polícia do Estado pode ser conceituado como o modo de atuação da autoridade administrativa, consistente em intervir no exercício de atividades individuais suscetíveis de trazer risco aos interesses gerais, objetivando prevenir que os danos sociais que a legislação procura evitar se produzam ou se ampliem. É uma prerrogativa de direito público que se fundamenta em lei e permite à Administração restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse coletivo. Sua definição legal expressa se apreende do artigo 78 do Código Tributário Nacional, e segue o mesmo raciocínio exposto acima. O fundamento do Poder de Polícia é o interesse público. A intervenção estatal nos direitos individuais apenas se justifica perante a finalidade que está sempre a conduzir o atuar do administrador: o interesse coletivo. Subsidiariamente, a prerrogativa busca fundamento na supremacia geral da Administração Pública, que espelha em relação aos administrados característica de superioridade, pelo fato de satisfazer, como expressão do poder do Estado, interesses públicos.

A finalidade do Poder de Polícia tem íntima ligação com o seu fundamento, e se exhibe pela proteção ao interesse social coletivo, que serve simultaneamente como fonte de validade e alvo de tutela da prerrogativa estatal. Assim como foi colocado quanto aos direitos fundamentais, a teoria do Poder de Polícia reconhece a inexistência de direitos absolutos. No âmbito do Estado Liberal, desde o seu nascedouro, ao mesmo tempo em que se passava a

proteger mais o indivíduo em face do Estado, notou-se que tal proteção não teria eficácia sem que se permita, dentro de limites predeterminados, que o Poder Público interfira nas relações privadas. Com efeito, nos ordenamentos modernos, qualquer atividade que possa contemplar atuação do indivíduo dá ensejo à atuação restritiva do Estado. Daí dizer-se que a liberdade e a propriedade são direitos condicionados às restrições necessárias, impostas na consecução do interesse coletivo.

Adotando-se como maneira de exposição a Teoria Tetrapartite do Poder de Polícia, com grande adesão no Estado do Rio de Janeiro, expomos que a prerrogativa estatal pode ser dividida em quatro ciclos: ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia. Os três últimos nos interessam imediatamente. A obtenção da CNH consiste em ato de consentimento de polícia, por meio do qual a Administração autoriza ao indivíduo interessado o desenvolvimento de determinada atividade, pelo instrumento já visto da licença. A fiscalização de polícia remete ao fato de ser irrelevante que o Estado restrinja determinadas condutas e autorize outras, mediante a comprovação dos requisitos necessários, se não possui e executa meios de verificação de tais medidas na realidade fática. Por isso, possui agentes de fiscalização, que pode ser preventiva, onde se busca evitar o dano social, ou repressiva, ocorrente quando houve transgressão da norma, e ocasiona a sanção. Do mesmo modo, a fiscalização de polícia pode ser anterior ao consentimento, quando se apura a existência dos requisitos para a prática da atividade pretendida, ou posterior a ele, caso em que o Poder Público afere a permanência, a manutenção do cumprimento de tais requisitos.

Não poderia ser diversa a fiscalização do requisito objetivo de sobriedade ao volante do que aquela exercida posteriormente à obtenção da CNH, sob pena de considerarmos a esdrúxula cena em que os candidatos à obtenção de licença para dirigir se submeteriam a exames de embriaguez concomitantemente com a realização das demais provas, e seriam invariavelmente aprovados. Sob essa ótica, o exame do etilômetro é inserido nas prerrogativas legítimas do Poder de Polícia estatal, ao passo que a presença de álcool no sangue, acima de dois decigramas por litro, ou a recusa em demonstrar seu estado de sobriedade, devem ser encaradas como o não preenchimento, em fase de fiscalização posterior, de requisito objetivo específico para o exercício da atividade de condução de veículos automotores. Descumprido o requisito, perdido o direito.

Matéria relevante a ser posta em mesa é o prazo pelo qual se perde o direito de dirigir. A reforma do CTB quanto ao período de sanção já foi analisada, assim como sua

crítica quanto à unificação da suspensão em 12 meses para primários e cassação para reincidentes. É lógico que as opiniões sobre o prazo ideal de suspensão são divergentes, e o período inserido na norma, ressalvadas novamente as críticas quanto ao respeito de determinados princípios constitucionais, são matéria de política legislativa, a salvo, portanto, de análises técnicas ou concretas de legalidade. A mesma lógica se aplica à idade mínima para se obter a CNH, 18 anos completos. O motorista que descumpre o requisito para possuir licença de direção, nessa esteira, tem seu direito suspenso, até o momento em que, segundo a análise discricionária e política do legislador, reúna novamente as condições de reaver a prerrogativa, que atualmente é um ano depois da infração. Já o condutor que recai na infração é visto pelo Estado como inapto ao direito de dirigir, e por isso tem sua licença cassada por Ato Administrativo, podendo pleitear novamente o Direito após dois anos, na forma do artigo 263, §2º do CTB.

4 - MODIFICAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI 11.705/08 NO CTB – ASPECTO PENAL

Além do âmbito administrativo, o CTB foi reformulado também na regulação do crime previsto em seu artigo 306, a embriaguez ao volante. A partir de agora é tipificada como crime a conduta de conduzir veículo automotor, na via pública, em duas situações: com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. A pena prevista para o descumprimento do preceito legal permanece a mesma, mas não por isso a reforma merece menos atenção, pois as alterações relevantes se operaram em outras arestas, o que resultou até mesmo na mudança da natureza do tipo penal. Os elementos do tipo consistentes em conduzir, veículo automotor e via pública estão inalterados. O conceito de veículo automotor pode ser visto no Anexo I, do CTB (Dos conceitos e das definições), e o local de infração deve ser a via pública. Na suposição de direção alcoolizada em local particular e sem possibilidade de acesso ao público geral, não se configura a infração.

A primeira novidade a ser mencionada é a alteração de uma elementar subjetiva do tipo, tornando-a objetiva. A redação anterior incriminava a direção “sob influência de álcool”, sem especificar um grau de concentração de álcool no sangue para caracterizá-la. O crime reformulado exige, para a tipificação, a comprovação de ao menos 6 decigramas de álcool por litro de sangue. Para formular lastro histórico que se verá importante mais a frente, indicamos que o artigo revogado fermentou o surgimento de duas posições doutrinárias sobre sua

interpretação. A primeira delas entendia que a embriaguez apenas seria caracterizada com a prova da concentração de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, embora o artigo 306 do CTB, não a impusesse. Se baseava em uma interpretação sistemática do código, correlacionando sua parte penal e sua parte administrativa. Essa conjugação era feita, então, com os artigos 306 e 276 do CTB. Esse estabelecia aquela concentração para a caracterização da infração administrativa, hoje também modificada. O discurso era de que se o parâmetro não fosse adotado, haveria anomalia e uma desproporção legais, já que a infração meramente administrativa somente existiria com um grau de exigência maior, ao passo que a infração penal ocorreria mesmo com níveis menores de alcoolemia, desde que houvesse estado de influência. Em razão dos princípios penais de *ultima ratio*, intervenção mínima e fragmentariedade, não seria cabível a aplicação literal do dispositivo.

A segunda corrente asseverava que em consideração ao silêncio do tipo penal acerca de qualquer concentração alcoólica, a análise deveria ser casuística. Seria aferido se a quantidade de álcool ingerida pelo condutor teria provocado alteração em seu sistema nervoso, de modo a reduzir suas funções motoras e perceptivas, ocasionando perigo na condução. Foi a postura que teve preponderância, ao argumento de que a fixação de uma certa taxa à revelia da lei não encontra sustentação. Atualmente, não mais pairam dúvidas de que apenas a concentração estipulada no tipo, comprovada por meio de exames testes legalmente previstos, perfaz o delito. Dentro dos meios de prova previstos no artigo 277 do CTB, há apenas dois aptos a indicar a concentração etílica no sangue do motorista, o exame de sangue ou o teste por aparelho de ar alveolar pulmonar, o etilômetro.

Como o indivíduo não pode ser fisicamente coagido à realização de nenhum deles, e como a regra do artigo 277, §3º, não se estende ao delito do artigo 306 do CTB, mas apenas à infração administrativa do artigo 165, o crime tão somente pode ser apurado na prática mediante colaboração do investigado, sem a qual é impossível declarar que ele estava dirigindo com concentração de álcool de 6 decigramas por litro de sangue ou mais. Pontua-se também, apenas a título de ratificação do óbvio, que exclusivamente o consentimento válido do condutor produz prova lícita, havendo vício de nulidade absoluta em qualquer método de apuração que não contou com aquele elemento. Com relação à prisão em flagrante, resta ao agente fiscalizador unicamente a alternativa do bafômetro, a partir da grande demora de realização dos exames de sangue.

A subtração da expressão “sob a influência” do artigo 306 recebe críticas de Cabette (2008), por inviabilizar completamente a supressão da prova científica por outras, como o exame clínico, plenamente aplicável no regime anterior. Já pode ser encontrado entendimento no sentido de que, mesmo com a indicação expressa dos 6 decigramas por litro, a embriaguez poderia ser comprovada ainda pelo exame clínico, tendo em consideração a *mens legis* da Lei 11.705/08, cujo fim é o de intensificar a repressão à embriaguez ao volante, e não atenuar o tratamento legal da matéria. O dilema que se anuncia é uma nova ponderação entre o princípio da Legalidade e os da Vida, Segurança Pública e Propriedade coletivas. Caímos em paradoxo, pois o próprio princípio da Legalidade é um dos maiores interesses sociais, conquistado a duras penas ao longo da história. O resultado, aqui, deve ser diverso daquele concluído na seara administrativa, pois a relativização do princípio da Legalidade não pode ser aceita na hipótese, sob pena de criarmos perigosíssimo precedente. Nas palavras de Cabette (2009, p. 35), “se o legislador errou produzindo uma norma claudicante, não devem (...) oferecer uma muleta manufaturada com um galho da árvore da legalidade, mesmo porque esse primeiro corte pode ensejar a idéia de outros e novas muletas, correndo o risco de derrubar um dia toda a árvore.” Não é de todo razoável comprometer a Legalidade em vista dos demais princípios no caso concreto, além do risco de abertura de precedente odioso, também pela proteção efetiva da Vida, Segurança Pública e Propriedade, ao saírem vencedores na ponderação efetuada na esfera administrativa. Desse modo, a simples recusa ao bafômetro irá garantir-lhes tutela, tirando o motorista embriagado de circulação, não se precisando estendê-los, *in casu*, à subsidiária zona penal. Já para as demais substâncias psicoativas que determinem dependência, o CTB manteve a tipificação do delito quando o condutor estiver sob sua influência, sendo plena aqui a possibilidade de aferição do estado de torpor pelo meio de exame clínico ou mesmo laudo de constatação pelos agentes de trânsito. Nesse ponto, a formação de indícios mínimos para a flagrância e para a materialidade do crime é infinitamente mais fácil do que em matéria de consumo etílico que, entretanto, responde pela quase totalidade de casos da infração penal discutida.

5 - CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 306 DO CTB, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.705/08

Entrando na instigante área da natureza jurídica do crime do artigo 306 do CTB, tínhamos a constituição de três entendimentos quanto ao regime anterior, em razão da

discordância acerca da expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. O primeiro declarava ser o delito de perigo concreto, pela impositiva caracterização de perigo real. O segundo o definia como crime de perigo abstrato, pois a tão só condução em estado embriagado ensejava perigo a ser presumido. O último promovia o artigo à condição de delito de dano, reconhecendo a existência de um bem jurídico supraindividual, a segurança viária, que não seria apenas posto em risco, mas devidamente atingido com a condução embriagada, e cuja lesão provada era requerida para a sua configuração. Prevaleceu, acertadamente, o primeiro entendimento, mais consentâneo e adequado tanto à disposição literal quanto ao núcleo axiológico do extinto artigo. A velha controvérsia ganha agora novo impulso, ao ter sido extirpada do tipo a elementar de exposição a dano potencial. O novo artigo 306 do CTB criminaliza a direção com concentração de álcool acima de 6 decigramas por litro de sangue, sem quaisquer desdobramentos fáticos posteriores. O perigo se deduz da concentração de álcool no sangue ou da influência de outra substância psicoativa. Diante do novo quadro legislativo, não há outro entendimento plausível que não a concepção do crime como de perigo abstrato, surgindo a irrelevância da forma com que a pessoa esteja dirigindo.

A doutrina penal moderna tem um movimento preponderante de repúdio à disseminação de crimes de perigo abstrato. A crítica se forma em torno do agigantamento do Direito Penal, com pretensão de controle social minucioso e detalhado pelo Estado, tendo efeito de comprometer a liberdade individual e dignidade dos indivíduos. O adiantamento do perigo ao bem jurídico tutelado conferido pelos crimes de perigo abstrato e realmente criticável, e autores como Gomes (2008) sequer concebem a sua permanência no Direito Penal hodierno, convocando a consideração de qualquer crime de perigo abstrato como de perigo concreto. O dito doutrinador encontra aliados de renome em harmonia de opiniões, postulando que os crimes de perigo abstrato violam insofismavelmente o princípio penal da Ofensividade, segundo o qual o Direito Penal não deve sancionar condutas que não lesionem efetivamente, ou ao menos ofereçam perigo concreto a bens jurídicos relevantes. Assim se estaria verificando a real afetação do bem jurídico, que constitui o desvalor do resultado, e excluindo do âmbito sancionatório os comportamentos que, mesmo formalmente ou literalmente enquadrados na descrição típica, em concreto são inofensivos ou não significativamente ofensivos para o bem jurídico tutelado.

Para essa doutrina, o crime de embriaguez ao volante, assim como a infração administrativa do artigo 165 do CTB, permanece de perigo concreto, exigindo o elemento

subjetivo “estar sob influência”, que se demonstra exclusivamente no caso concreto por atitudes como dirigir perigosamente, em ziguezague, ultrapassando sinal vermelho, acima da velocidade permitida etc. Essa direção temerária adviria de sintomas como o comprometimento da capacidade sensorial, da atenção, dos reflexos, da reação a situações de perigo, e propensão ao sono. A conclusão advém de uma interpretação dita sistemática, mas melhor conceituada por *sui generis*, dos novos artigos 165 e 306 do CTB, com os artigos 5º, V, e 7º da Lei 11.705/08, de onde se poderia extrair que o espírito da norma, considerada como um todo, é de considerar praticada a infração (tanto administrativa quanto penal) de embriaguez ao volante somente quando o condutor está sob a influência de substância alcoólica ou psicoativa, executando direção anormal.

Discordamos diametralmente do posicionamento acima. Mesmo reconhecendo ser inadmissível a inflação legislativa de criminalização de condutas que não criam perigo concreto a bens jurídicos, cremos ainda mais inadmissível a defesa de comportamentos que por si só representam efetivo perigo a determinados bens jurídicos relevantes, prescindindo de qualquer análise casuística por sua notoriedade. Essa seria a área restrita de admissibilidade dos crimes de perigo abstrato. Nesse aspecto, nos alinhamos inteiramente com Cabette (2009), no juízo de não ser razoavelmente crível que dirigir sob o efeito de álcool ou substâncias psicoativas não seja perigoso, e que tal perigo prescinde de qualquer prova concreta. As estatísticas inaugurais deste trabalho são inequívocas, e exigir a comprovação casuística do perigo gera a adoção de premissa falsa, a de que existem índices ou condições toleráveis e seguras para a condução de automotores sob o efeito do álcool ou das substâncias psicoativas. Assertiva desse caráter não encontra qualquer lastro científico, e vai de encontro à própria sistemática do CTB, que no seu artigo 165 impede a condução e sanciona a direção com qualquer concentração etílica no sangue.

Na circunstância estudada, o legislador não faz presunção de perigo, mas simplesmente constata fato notório de perigo real em um cenário específico, e para nos alinharmos a ele de nada mais precisamos que bom senso, podendo-se suscitar a incidência do artigo 334, I, do CPC e afirmar que o perigo da mistura álcool (ou substância psicoativa) e direção, em qualquer grau, integra a cultura generalizada da sociedade brasileira, sequer impondo o grau de conhecimento e discernimento do homem médio. O perigo é óbvio, e advém da experiência e testemunho cotidianos da dinâmica do tráfego viário nacional, de critérios científicos, e de dados estatísticos inabaláveis. O novo artigo 306 do CTB não tem

qualquer pecha de inconstitucionalidade, e não viola a Ofensividade, uma vez que espelha uma das raras hipóteses de legítima criminalização em perigo abstrato no Direito Penal Moderno, reconhecendo perigo em uma conduta que por si só induz à existência de risco à coletividade, cuja realização tem ínsita a lesividade a bem jurídico. Nos dizeres de Cabette (2009, p. 51): “Comprovar o perigo de tal conduta casuisticamente seria exigir a demonstração do evidente, do manifesto, do patente, o que, quando não reflete obtusidade, só pode alimentar o cinismo... a própria lei e o bom senso nos apontam que ‘não dependem de prova os fatos notórios’”. O autor inclusive sugere nova nomenclatura para tipos penais tais os quais, com a qual comungamos: crimes de perigo notório, evidente ou patente.

6 - REFLEXÃO SOBRE A EFETIVIDADE, IMPACTO SOCIAL E RESULTADOS CONCRETOS DA LEI 11.705/2008

É importante distinguir a eficácia jurídica daquilo que diversos autores chamam de eficácia social da norma, que se refere, como assinala Reale (2002), ao cumprimento efetivo do Direito por parte da sociedade, ao seu reconhecimento comunitário, aos efeitos gerados pela norma jurídica por meio do seu cumprimento. Trata-se da concretização do comando normativo inserido no texto emanado do legislador, sua força operativa no mundo dos fatos. Enquanto a eficácia jurídica, cujo aprofundamento ora se deixa de lado, reporta-se à possibilidade de aplicação da lei, sua eficácia social aponta mecanismos para sua real aplicação, para sua efetividade. A Efetividade significa, assim, a realização do Direito, com o desempenho concreto de sua função social, representando a materialização no mundo dos fatos dos preceitos legais. Simboliza a aproximação máxima, possível e desejável, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

No jargão popular, as normas dotadas de Efetividade são “as leis que colaram”, as imposições estatais que entraram na esfera de observância, consciência e respeito dos jurisdicionados. Estes incorporam seu conteúdo ao cotidiano e pautam sua conduta pelas diretrizes inseridas no texto legal. Não só é intuitivo como lógico afirmar que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, de sua eficácia jurídica, tida como aptidão formal para incidir e regular as situações cotidianas, causando os efeitos que lhe são próprios. De regra, um preceito legal é cumprido voluntariamente, e sua Efetividade resulta de um comportamento espontâneo. Todavia, sem considerar comportamentos individuais isolados,

há casos de insubmissão numericamente expressiva ou mesmo generalizada a preceitos normativos, mesmo que desfrutem de natureza constitucional. Exemplo de ocorrência se dá quando a norma se contrapõe a um sentimento social arraigado, contrariando as tendências prevalentes na sociedade. Quando isso ocorre, há um desdobramento de resultados. No primeiro deles, a norma cai em desuso, ante o reiterado desrespeito ao seu preceito primário, enfraquecendo sua própria legitimidade abstrata, e ocasionando os inúmeros casos de “letra morta” que temos no legalmente superinflado ordenamento brasileiro. No segundo, a efetivação da norma dependerá, e será enfim concretizada, pela freqüente utilização do aparelho de coação estatal.

Cumpra ao operador do Direito formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos para dar efetividade às normas jurídicas. No entanto, sua atividade não pode se estender além disso, pois é no plano político que cabe haver determinação da Administração em sobrepor seu interesse em ver a lei observada à resistência coletiva. As normas jurídicas se apóiam na dualidade típica de preceito e sanção, sendo esta que garante a sua eficácia, ensejando a sua aplicação coativa quando não é espontaneamente observada. Partindo para o cotejo da teoria da Efetividade da norma jurídica para sua aferição em relação à “Lei Seca”, podemos extrair conclusões das mais interessantes.

A primeira delas é que se trata de dispositivo normativo que enfrentou franca rejeição social, quando de sua entrada em vigor, e isso ocorreu por um motivo que exige do leitor que se livre de visões hipócritas e utópicas: o brasileiro estava acostumado a ingerir bebidas alcoólicas e depois dirigir. Havia exceções, é verdade, podendo-se apontar, em cada círculo social, pessoas de fato responsáveis que deixavam de ingerir qualquer quantidade de álcool na hipótese de estarem conduzindo automotores. Porém, essa estava longe de ser a regra geral. Estudo da Frente Parlamentar em Defesa do Trânsito Seguro veiculou pesquisa feita um mês após a entrada em vigor da Lei 11.705/08, na qual se apurou que metade dos homens de 18 a 24 anos iriam declaradamente continuar a ingerir álcool e dirigir em Belo Horizonte, não se importando com o risco de perder a habilitação ou de serem presos. Dos 308 motoristas entrevistados, 50% dos jovens admitiram que não deixariam de dirigir por terem bebido.

A tolerância quanto à mistura de álcool e direção não deve ser imputada à atual geração de jovens condutores, tendo em vista que a prática apresenta uma evolução histórica de complacência pelas autoridades legislativas e fiscalizadoras, e tolerância ou mesmo

incentivo social. As campanhas de conscientização são recentes no Brasil, e o tão só fato de que a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança ter surgido em 1997, trazida pelo CTB nos seus artigos 65 e 167, indica o atraso nacional em relação ao regramento da segurança no trânsito. É verdade que antes da Lei 11.705/08 já era proibido conduzir automóveis em estado de alcoolemia. A fiscalização por parte do Estado, entretanto, era mínima ou nenhuma. Junto com o endurecimento da lei veio o braço pesado do Poder Público, utilizando sem pudores a sua prerrogativa de Poder de Polícia Fiscalizatório. O número de *blitzen* se multiplicou, assim como os “bafômetros” à disposição dos agentes de trânsito. Era a Administração se impondo sobre a resistência coletiva, empregando os meios de coação dispostos na lei para fazer valer as normas contidas nela própria. As perdas de carteiras de motorista, as multas e as próprias prisões em flagrante deixaram de pertencer às histórias que ouvíamos serem contadas, por terem acontecido com algum terceiro distante, e tornaram-se cada vez mais próximas, quando não pessoais.

Acompanhadas de perto pela mídia, as operações multidisciplinares compostas por policiais, agentes de trânsito e ONG's, eram mais e mais freqüentes, e apresentavam resultados palpáveis, que foram quase imediatos. O uso de táxi cresceu exponencialmente, o movimento em bares caiu no mesmo grau, os restaurantes passaram a oferecer serviços de *pick up* e *delivery* dos seus clientes, para que pudessem beber sem receio, e os grupos de amigos escalavam o candidato da vez, que não poderia beber e deveria dirigir. E aqui reside o grande mérito do Poder Público no que toca a Lei 11.705/08: ele não perdeu o vigor com o passar do tempo, e acabou por se impor aos indivíduos.

Já testemunhamos a edição de um sem-número de leis de ocasião, sancionadas no calor da comoção quanto a algum fenômeno de grandes repercussões, o que é comum na seara penal, ilustrando como exemplo a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90). Aprovadas geralmente às pressas, apesar dos seus projetos há muito tramitarem na Câmara ou no Senado, esse tipo de diploma é utilizado sem parcimônia pelo legislador para resfriar os ânimos e a cobrança da opinião pública, freqüentemente com objetivos eleitoreiros. A consequência é uma aprovação e uma aplicação efetiva mas efêmera, para dentro de pouco tempo caírem na mitigação ou por vezes mesmo no esquecimento, quando seus preceitos não são declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, pois no afã do trâmite célere o legislador não atentou para vícios de grande monta.

Isso não ocorreu com a Lei 11.705/08. Ela já fez aniversário e continua sendo reforçada, e o que é melhor, a fiscalização não só se mantém, mas cresce. Grandes reportagens veiculadas pelo periódico Folha de São Paulo (2009) narram que, segundo os dados coletados pela Polícia Rodoviária Federal, em um ano da “Lei Seca”, foram flagrados pelo exame do bafômetro 14 mil motoristas em estado de alcoolemia ao longo dos 65 mil quilômetros de estradas federais. Desse número, 9 mil foram presos em flagrante. Durante os primeiros seis meses de vigência da Lei 11.705/08, 40 mil motoristas foram submetidos ao teste. Em 2009, apenas até junho, cerca de 320 mil condutores já fizeram o teste do “bafômetro”. O segundo semestre de aplicação da “Lei Seca” na cidade de São Paulo teve um aumento de 17,3% no número de prisões em relação ao primeiro semestre em que a lei vigorou, de agosto a dezembro de 2008. E esse estudo apenas se refere às estradas federais.

O balanço relativo às maiores capitais do país mostra que no primeiro semestre de vigência da lei 892 motoristas foram multados na cidade de São Paulo. Já no segundo semestre foram aplicadas 1.343 multas. Um aumento de 50,5%. A Polícia Militar de São Paulo declarou ter intensificado as *blitzen* neste ano em relação a 2008, e complementa que o total de veículos vistoriados cresceu 15% nos primeiros seis meses deste ano em relação ao segundo semestre de 2008. Aquele Estado apresentou recentemente mais 55 carros e 20 motos para o policiamento de trânsito na cidade. No Rio de Janeiro, por sua vez, o total atual de 120 agentes envolvidos na fiscalização da Lei 11.705/08 passou para 240 na semana passada, e contarão com o uso de novos etilômetros adquiridos pelo governo do Estado. O número de pedidos de vistoria junto ao Detran cresceu 20%.

Nesse primeiro ano de existência, as inúmeras pesquisas sobre os efeitos da norma conduzem a duas conclusões principais, uma intuitiva e outra nem tanto. A primeira delas sai do senso comum de previsibilidade e cai no mundo dos fatos: o número de acidentes, de feridos e de mortos diminuiu, assim como os atendimentos em hospitais e o gasto do Poder Público com tais atendimentos. Remetendo-nos às reportagens indicadas acima, temos que Ministério da Saúde divulgou dados relativos às capitais brasileiras, indicando que 2.723 pessoas foram mortas por acidentes de trânsito no segundo semestre de 2008, desde que a lei entrou em vigor, contra 3.519 no mesmo período de 2007, com redução foi de 22,63%. Nas internações hospitalares, a queda foi de 23,2%. No Rio De Janeiro, os resultados são ainda melhores: a taxa de mortalidade caiu 53,58% e a de internados, 40%. Nesse Estado, em três meses de atividade, a Operação Lei Seca, conseguiu reduzir o número de acidentes em 36,2%.

A sistemática da operação carioca é inédita no Brasil, por contar com a participação de cadeirantes que foram vítimas de acidentes de trânsito envolvendo consumo de álcool, bem como com distribuição de panfletos de conscientização.

Já para São Paulo, de julho de 2008 a abril de 2009 foram 96.589 feridos em acidentes de trânsito, cifras que representam índice de 23% menos vítimas se considerado o mesmo período entre 2007 e 2008, com o total de 125.765 ocorrências do tipo. Pelo relato do governo, foram 3.750 mortes no trânsito do Estado entre julho de 2008 a abril de 2009. No mesmo período entre 2007 e 2008, foram 4.029, ou seja, 7,44% a mais. Sua Secretaria de Estado da Saúde revela que, no primeiro ano de imposição da Lei 11.705/08 no Brasil, os hospitais estaduais da capital e da Grande São Paulo economizaram R\$ 17 milhões. A causa disso é que, entre junho de 2008 e junho de 2009, houve queda de 18,9% no número de atendimentos a envolvidos em acidentes de trânsito nos 30 hospitais estaduais da cidade e região metropolitana.

Os dados acima são apenas alguns coletados de um mar de estatísticas já formado em torno da “Lei Seca”, e evidenciam seus resultados concretos. A segunda conclusão tem menos força estatística, mas é não menos importante: a vigência e fiscalização da Lei 11.705/08 modificaram os hábitos da população brasileira, que chega agora ao ponto de internaliza-la como diploma legítimo e fundamentado. Notam-se mudanças de comportamento nos grupos de pessoas que consomem álcool e possuem automóveis, assim como nos vendedores e fornecedores de bebidas, a fim de se adequarem aos ditames legais. Enfim, a ampla resistência inicial passa a ceder. E não falamos aqui de um cumprimento forçado e discordante da norma, mas de uma efetiva aquiescência do indivíduo com a *mens legis*, com o núcleo deontológico e axiológico da Lei 11.705/08. Após o grande esforço empreendido na fiscalização, parece que a população ensaia um movimento no qual se alia ao Estado na consecução da proteção da vida, da segurança e do patrimônio de toda a sociedade por meio da adoção de um hábito simples, porém cuja reiterada prática em contrário causou estranheza e rejeição iniciais. Pesquisa do Instituto Datafolha (<http://datafolha.folha.uol.com.br/>) registrou que o índice de aprovação da Lei é de 86% em São Paulo e no Rio de Janeiro, e que apenas 11% dizem ser contra a lei na capital paulista, e no Rio, 12%.

7 – CONCLUSÃO

Ao longo do estudo, tentou-se promover uma análise crítica, racional e axiológica das principais modificações efetuadas pela Lei 11.705/08 no Código de Trânsito Brasileiro, em especial quanto à matéria da embriaguez ao volante e suas repercussões nas searas administrativa e penal. As reflexões fomentadas deram causa às seguintes conclusões.

O trânsito no Brasil apresenta alto grau de periculosidade, que se faz sentir nas estatísticas levantadas quanto ao número e frequência de acidentes, quantidade de mortos e feridos, e gastos públicos com a prevenção, conscientização e reparação dos danos pessoais e patrimoniais. Expressiva parcela dos acidentes de trânsito está relacionada ao consumo de bebidas alcoólicas ou, em ordem subsidiária, outras substâncias psicoativas. Nesse contexto foi editada a Lei 11.705/08 e o Decreto 6488/08, que alteraram, entre outros, os artigos 165, 276, 277 e 306 do CTB.

Na infração do artigo 165 do CTB, a penalidade fixa de doze meses para o primário e cassação da CNH para o reincidente dentro de doze meses apresenta inconstitucionalidade, por violação ao artigo 5º, XLVI da CRFB/88 e ao Princípio da Proporcionalidade.

O artigo 277, §3º do CTB, que faz incidir as sanções do artigo 165 do mesmo código ao condutor que se negar a realizar o teste do etilômetro, não é inconstitucional. Essa assertiva tem por base a ponderação entre os direitos fundamentais à não auto-incriminação e o direito à intimidade, com o direito à vida, à propriedade e à segurança pública. Além disso, se calca na natureza jurídica de licença do Ato Administrativo de concessão da CNH, relacionada ao Poder de Polícia, que pode fiscalizar o não cumprimento dos requisitos para a manutenção do direito à licença, equivalendo o ato de recusa ao teste à não demonstração de requisito específico, que decorre na suspensão do direito.

Tampouco há inconstitucionalidade por afronta à Ofensividade no novo artigo 306 do CTB, que criou hipótese de crime de perigo abstrato em consonância com o Direito Penal Moderno, por constatar e criminalizar fato notório, de perigo real reconhecido em conduta que

por si só induz à existência de risco à coletividade, e cuja realização tem ínsita a lesividade ao bem jurídico tutelado.

A partir da imposição das normas da Lei 11.705/08, por meio de ações de fiscalização efetuadas pelo Estado, o número de acidentes de trânsito, de feridos e de mortos diminuiu expressivamente, assim como os atendimentos em hospitais e o gasto do Poder Público com tais atendimentos.

As normas contidas na Lei 11.705/08 enfrentaram grande resistência inicial por parte dos seus destinatários, mas os louváveis esforços do Estado em reforçar sua aplicação originaram a observância e respeito ao seu conteúdo, gerando verdadeira Efetividade para o diploma e, finalmente, adesão social genuína aos seus ditames.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Sua Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª Edição. Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 6ª Edição. Saraiva, 2000.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4103/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau. Petição Inicial disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADI&processo=4103>. Acesso em 20/06/2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, 38ª Edição. Saraiva, 2008.

BRASIL. STF. HC 77135/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 06-11-1998. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20/06/2009.

BRASIL. STF. HC 83096/RJ, 2ª Turma, Relator Ministra Ellen Gracie, DJ 12-12-2003. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20/06/2009.

BRASIL. STF. HC 93916/PA, 1ª Turma, Relatora Ministra Carmem Lúcia, DJ 26-06-2008. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20/06/2009.

BRASIL. STF. HC 79812/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 16-02-2001. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20/06/2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Lei 11.705/08, Alterações do Código de Trânsito Brasileiro*. 1ª Edição. Nuria Fabris, 2009.

CAPEZ, Fernando, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2ª Edição. Saraiva, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª Edição. Lúmen Júris, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS APROVADA NA CONFERÊNCIA DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/andec678-92.pdf.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de Direitos*. 1ª Edição. Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FLORIANO, Eduardo de Souza. *A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool - sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela autoridade policial?* Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12024>. Acesso em 20/06/2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei seca (Lei nº 11.705/2008). Exageros, equívocos e abusos das operações policiais*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11496>. Acesso em 23/05/2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral - vol. I*. 6ª Edição. Impetus, 2005.

JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado*, 23ª Edição. Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. *Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro)*. Disponível em <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11454>. Acesso em 02/06/2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª Edição, Lúmen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6ª Edição. Del Rey, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo*. 1ª Edição. Saraiva, 2003.

RENAEST – Registro Nacional de Acidentes e Estatísticas de Trânsito, Ministério das Cidades. *Anuário 2005*. Disponível em <HTTP://www2.cidades.gov.br>. Acesso em 02/06/2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 7ª Edição. RT, 2009.

SAÚDE, Ministério da. Disponível em <HTTP://portal.saude.gov.br>. Acesso em 23/05/2009.

SAÚDE, Organização Mundial de. Disponível em <HTTP://www.who.int>. Acesso em 05/06/2009.

SÃO PAULO, Folha de. *Lei seca aumenta rigor contra motorista*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u582887.shtml>. Acesso em 10/06/2009.

SÃO PAULO, Folha de. *Em um ano, lei seca flagra 14 mil motoristas embriagados nas estradas federais*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u582887.shtml>. Acesso em 10/06/2009.

SÃO PAULO, Folha de. *Prisões aumentam 17,3% no segundo semestre da lei seca em São Paulo*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u582887.shtml>. Acesso em 10/06/2009.

SEGURO, Frente Parlamentar em Defesa do Trânsito. Disponível em http://frentetransitoseguro.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=630&Itemid=56. Acesso em 02/06/2009.