

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0319040-96.2014.8.19.0001

APELANTE : [REDACTED] (autor)

APELADO : **DEPARTAMENTO DE TRANSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DETRAN RJ** (réu)

RELATORA: DES. SIRLEY ABREU BIONDI

Ação Anulatória c/c repetição de indébito. Detran/RJ no pólo passivo. Operação realizada na rua, conhecida como “lei seca”. Conductor de veículo parado, que se negou a realizar o teste do “bafômetro”. Informação ao agente administrativo local quanto à ingestão de um “bombom de licor”. Discussão a respeito da legalidade ou não, das sanções aplicadas ao condutor do veículo, consistentes na suspensão por 1 ano, do direito de dirigir, pagamento de multa e recolhimento da carteira de motorista. Arts. 277 e 165 do CTB. Sentença de improcedência aos interesses do autor. Decisão monocrática prestigiando a decisão de Primeiro Grau. Agravo Interno. Reconsideração pela Relatoria, advindo decisão para o feito ser incluído em pauta. Mudança do entendimento da Relatoria, após o reexame minucioso dos autos. *In casu*, verifica-se tão somente, um ato isolado, qual seja, o da negativa do condutor, a ser submetido ao texto do “bafômetro”. Inexistência de termo circunstanciado a cargo do agente, no tocante a possíveis indícios de embriaguez ou de algum ato anormal perpetrado pelo condutor, de modo a

colocar em risco a incolumidade física de outros condutores de veículo ou transeuntes. Declaração concernente a ingestão, pelo autor, de um "bombom de licor", que não pode ser considerada como prova de violação dos dispositivos legais previstos no CTB, apontados pelo agente público, se desacompanhada de prova concreta a respeito da presença de "álcool" na corrente sanguínea do condutor do veículo. Não observância aos princípios *nemo tenetur se detegere* e da proporcionalidade. Interpretação do CTB que deve ser conjugado com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e art, 8º do novo CPC. Precedentes desta Corte, na mesma direção. **PROVIMENTO DO RECURSO**, invertendo-se os ônus da sucumbência, acolhendo-se os pedidos contidos na inicial. Sem pagamento de custas pela autarquia, vencida, que deverá apenas recolher a taxa judiciária. Devolução da multa recolhida indevidamente, com juros de mora, a partir da citação e correção monetária a partir do efetivo desembolso. Pontuação negativa no prontuário do autor, que deverá ser retirada, no prazo de 5 (cinco) dias.

Revistos, relatados e rediscutidos estes autos da **APELAÇÃO CÍVEL 0319040-96.2014.8.19.000**, figurando como apelante, **██████████_██████████** (autor) e apelado, **DEPARTAMENTO DE TRANSITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DETRAN RJ** (réu),

ACORDAM, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, os Desembargadores integrantes da Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Adoto na forma regimental permissiva, o relatório já inserido na decisão monocrática.

VOTO

O apelo é tempestivo, estando presentes os demais requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual, é conhecido, impondo-se o registro de que a sentença foi proferida sob a vigência do CPC de 1973, em 25/02/2016.

Conforme relatado, versa a lide sobre obrigação de fazer c/c. indenização, em que alega o autor, [REDACTED] ter sido parado em uma *blitz* da operação “lei seca”, ocasião em que lhe foi solicitada a realização de teste do bafômetro. O autor teria se recusado, informando ter ingerido uma “trufa de licor de chocolate”. Também argumenta o autor que, muito embora solicitado o certificado de calibração do etilômetro, não houve atendimento por parte do agente local. Instaurada a demanda, pretende o autor, a antecipação da tutela para determinar a suspensão do processo administrativo instaurado com o fim de que o réu se abstenha de ordenar que o autor entregue sua CNH, até o julgamento do mérito, bem como a procedência do pedido, ao final, com a confirmação da tutela antecipada, a anulação do auto de infração em tela, a retirada dos pontos lançados no prontuário do autor e a restituição do valor pago a título de penalidade pecuniária, no valor de R\$ 1.915,40 (hum mil, novecentos e quinze reais e quarenta centavos).

Conforme visto, a sentença foi de improcedência, vindo aos autos, o recurso de apelação do autor, buscando, por óbvio, o acatamento da sua tese inicial.

Assim, em sendo submetido o recurso do autor, à apreciação do Colegiado, tal fato demandou, por óbvio, a reapreciação da matéria pela Relatoria e um novo e detalhado exame de todos os documentos que se encontram acostados ao feito.

Não obstante a decisão monocrática constante dos autos, em desfavor do autor, certo é que após a apresentação do agravo Interno, veio a reconsideração e determinação para inclusão do feito, na pauta para julgamento. E nesta oportunidade, após novo exame minucioso de todos os argumentos apresentados pelas partes, tenho para mim, que assiste inteira razão ao recorrente. E a mudança de posicionamento da Relatoria é medida que se impõe, haja vista o caso concreto em si, a legislação pertinente bastante lacunosa e se atentar para o detalhe de que “mera presunção” isolada não pode ensejar conclusão a respeito da efetiva ingestão de bebida alcoólica pelo autor, a ponto de ser proibida a condução veiculo automotor.

Vejamos, pois, o novo posicionamento.

Consta dos autos, e de forma clara, que **o autor foi autuado em 01/09/2013** (mov.000022), na Praça Rui Barbosa, na cidade de Petrópolis, às 02h:10min, havendo menção a “**dirigir sob a influência de álcool**”... e observação a “**ter ingerido um bombom de licor... recusou-se ao texto do elitômetro**”.

Inconformado com as penalidades que advieram em decorrência da simples recusa em se submeter ao teste do elitômetro, o autor ingressou em Juízo, justamente para buscar o direito que entende ser certo, visando anular multa pela “suposta” infração administrativa cometida, suspensão do direito de dirigir e anotações negativas de pontos, em seu prontuário. O que alega em seu favor, é que não ingeriu bebida alcoólica, não se encontrava embriagado, a autoidade administrativa no local não fez referência a

nenhuma violação praticada por ele, na via pública, a não se o fato de que não quis se submeter ao teste do aparelho elitômetro.

De se notar que em Primeira Instância, a sentença foi de IMPROCEDÊNCIA, entendendo o Juízo *a quo*, ter agido a administração pública, dentro da legalidade e sem qualquer tipo de exorbitância dos seus poderes. Para tanto, a sentença se baseou nos arts. 277 e 165 do CTB, alterado pela lei nº 12.760/2012. Culmina a ilustre Julgadora, em ressaltar que “**após a referida alteração legislativa, basta, portanto, que o condutor seja alvo de fiscalização de trânsito, que poderá ser submetido a exame que permita certificar a influência de álcool. No caso dos autos, a parte autora se recusou a realizar o exame de etilômetro após abordagem pela fiscalização de trânsito, incidindo, assim, na hipótese do parágrafo 3º do art. 277, do CTB**”.

Importante, a título de ilustração, que se relembre aqui, os referidos dispositivos legais, a saber (**grifos nossos**):

Art. 277 - **O condutor de veículo automotor** envolvido em acidente de trânsito ou que **for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste**, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (...)

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

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

Infração - gravíssima;

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

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

Em assim sendo, nos deparamos com situações diferentes e PENALIDADES IGUAIS. Este o quadro com o qual nos deparamos:

Pessoa que ingere bebida alcoólica e se submete ao teste do etilômetro - sofre penalidades previstas no CTB
Pessoa que ingere bebida alcoólica e NÃO SE SUBMETE ao teste do etilômetro - TAMBÉM sofre penalidades previstas no CTB
Pessoa que NÃO ingere bebida alcoólica e NÃO SE SUBMETE ao teste do etilômetro - TAMBÉM sofre penalidades previstas no CTB

Logo, a interpretação dos dispositivos previstos nos arts, 277 e 165 do CTB tem sido ÚNICA, sem ensejar qualquer opção, o que não faz o menor sentido e se traduz em verdadeira injustiça. E o espírito da lei não é esse. Ao contrário, é punir quem deve ser punido, desde que o condutor do veículo tenha violado comprovadamente a lei. Da forma como consta na r. sentença, não há opções para quem bebe e para quem não bebe, se o condutor não concordar em passar pelo texto do etilômetro. Ora, as penalidades existem e DEVEM ser aplicadas para quem tem efetivamente álcool no sangue e para NÃO, para aqueles que que não têm.

Lamentavelmente,o argumento constante da sentença, no sentido de que “a recusa da parte autora em se submeter ao teste de etilômetro fez com que a Administração lhe aplicasse as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do

CTB”, não pode prosperar, à medida que, ainda que o próprio autor tenha admitido ter ingerido um bombom de licor, tal fato por si só, **não autoriza o agente público a deduzir, a imaginar, a presumir ou a admitir por conta própria**, que existe álcool no organismo do condutor do veículo. No mínimo, seria o caso de o agente descrever o tipo de abordagem feita, a reação do condutor, de modo a permitir uma conclusão segura. Entretanto, isso inexistente nos autos, e incumbia ao órgão responsável pela punição aplicada ao auto, deixar evidenciada a legalidade do ato, a teor do disposto no art. 333, II do antigo CPC.

Não é demais lembrar, que o art. 276 do CTB, com a redação dada pela lei 12.760/2012, estabelece que qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor do veículo às penalidades previstas no art. 165. Sim. A norma é bem clara, mas não pode ser presumida, só porque houve negativa por parte do condutor, de submissão ao teste do etilômetro. Logo, a conclusão a que se chega, é a de que a conduta da Administração, no tocante à lavratura do auto de infração e instauração de processo administrativo em desfavor da parte autora apresenta-se irregular, o que invalida as penalidades que lhe foram impostas.

Repita-se, portanto, que o autor por ter recusado o pedido para ser submetido ao teste do etilômetro, teve suspenso o seu direito de dirigir por 12 meses e ainda foi obrigado a arcar com o pagamento da multa, cujo valor, pretende reaver da autarquia ré. Em síntese: **duas** foram as penalidades impostas ao autor, AINDA QUE INEXISTAM PROVAS CONCRETAS A RESPEITO DA DESOBEDIÊNCIA DA LEI, uma vez que o agente sequer mencionou ter o autor se apresentado com aparência de bêbado, ou que estivesse trôpego no momento da abordagem, ou tenha sido rude ou deselegante, ou tenha demonstrado alguma alteração comportamental, ou tenha feito alguma peripécia com seu veículo, ao se

aproximar do local onde estavam sendo parados os carros. Nada foi descrito pelo agente, que ao menos, pudesse fazer chegar à conclusão, de que o autor tivesse realmente ingerido alguma bebida alcoólica. Entretanto, cabe ressaltar que, ainda assim, ou seja, mesmo que o autor tivesse ingerido certa quantidade de bebida alcoólica... quem pode atestar que tal bebida ainda estaria no organismo do autor, de forma ATIVA ou REAGENTE, de modo a ser detectada no aparelho elitômetro, se ele sequer foi submetido ao teste ?????

Registre-se que, não se trata, neste momento, de uma opinião médica ou pessoal da Relatoria. Basta ao "homem médio", uma simples leitura a respeito do assunto, para se chegar à conclusão de que o corpo humano não se apresenta exatamente igual para todas as pessoas. Uma determinada substância que nenhum malefício traz para uma pessoa, pode fazer um "estrage" no organismo de outra. O mesmo se pode dizer com relação à bebida alcoólica. Dependendo do sexo, do peso da pessoa, da compleição física, dos alimentos ingeridos no dia... determinado teor alcoólico pode aparecer em uns e não aparecer em outros. Se até isso pode ocorrer no momento da utilização do aparelho apropriado, como quer a autoridade administrativa PUNIR aquele que se negou a ser submetido ao "teste do bafômetro", ou seja, PUNIR AQUELA PESSOA QUE SEQUER FOI SUBMETIDA AO TESTE ?????

Evidentemente que diante da recusa do autor, em ser submetido ao teste do "bafômetro", detinha o agente público, condições de lavrar o termo de forma circunstanciada como deve ser... detinha o agente local, condições de descrever com minúcias o comportamento do condutor do veículo, o que não ocorreu. Cumpre lembrar a esta altura, que "cada caso é um caso". Como já anteriormente mencionado, cada organismo reage de um jeito e de uma forma à ingestão de substância alcoólica. Numa simples leitura a respeito do assunto, nos deparamos com explicações

das mais diversas. Chega-se ao comentário de que “uma cerveja demora a sair do organismo, enquanto uma sobremesa com licor ou conhaque tem sua concentração apenas na boca, desaparecendo em seguida do organismo”. Também há menção ao fato de que “em uma mulher de 50 kg, 3 bombons e meio com 6 ml de licor já influencia o nível de álcool no sangue, enquanto para um homem de 70 k, tal limite é atingido apenas depois de consumidos seis bombons”. E a explicação dada é que o organismo feminino produz menos enzimas que digerem o álcool, tornando maior e mais duradoura a sua concentração no sangue. Da mesma forma, “o peso também contribui sobremaneira nessa parte, concluindo-se que, quanto menor a pessoa, maior a concentração de álcool encontrado no corpo”.

Sim, a mudança de posicionamento pelo Poder Judiciário se faz necessária. E por que??? Porque desde 2012 a legislação podia ter sido modificada... podia ter sido inclusive APRIMORADA... outros dados importantes no âmbito comportamental podiam ter sido incluídos como obrigatórios na lavratura do termo. Entretanto, 4 anos se passaram. A questão tem desaguado sempre no Judiciário, não se importando o legislador na banalização da matéria, que passou a se resumir ao seguinte: **é terminantemente proibida a ingestão de bebida alcoólica, isso para que se evitem acidentes, agressões e crimes diversos!** Entretanto, é possível transportar dentro dos veículos litros de álcool, querosene, botijão de gás, facas, tesouras, alicates, chaves de fenda, medicamentos variados cuja recomendação numero 1 é **NÃO DIRIGIR** (rivotril e outros, dramin e semelhantes, antialérgicos e outros)... Logo o que se vê, é que **parece ser mais PERIGOSO, o indivíduo que não se submete ao teste do elitômetro do que aquele que está com uma barra de ferro dentro veículo, ou aquele que já foi alvo de termos circunstanciados por agressões diversas e continua a dirigir sem qualquer problema.**

Realmente, **o autor declarou no local, no momento da abordagem, que não ia realizar o teste, mencionando ter ingerido uma “trufa de chocolate que continha licor”.** Este fato não foi negado por ele. Entretanto,

essa única declaração não autoriza quem quer que seja, com base apenas nisso, a concluir com absoluta certeza, que o aparelho detectaria estado etílico de modo a permitir as medidas coercitivas previstas na legislação de trânsito. E é o que se tem nos autos, ou seja, nenhuma outra prova ou indício a respeito de ingestão de “alcool”, pelo autor. Lamentavelmente, o autor foi enquadrado nas normas previstas nos arts. 277 e 165 do CTB somente porque NÃO CONCORDOU em se submeter ao teste no aparelho elitômetro!!!! Só e mais nada !!!!

Em que pesem os posicionamentos em sentido contrário, **e repita-se, a Relatoria já se manifestou outrora com extremo rigor**, importante que os operadores de direito façam valer o disposto no art. 8º do novo CPC, que nada mais fez do que copiar e repetir o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. E isso, porque cabe ao Judiciário, sim, na interpretação e aplicação fiel das leis, **atender aos fins sociais a que elas se dirigem e às exigências do bem comum**.

Daí que, impõe-se ao Julgador, o exame minucioso e apaixonado caso a caso, suas nuances e peculiaridades, justamente com uma única intenção: se chegar à solução mais adequada ao conflito que se estabeleceu, sopesando-se todos os princípios que regem o Direito, interpretando a lei da forma menos gravosa possível para o cidadão de bem, e com especial atenção para o princípio também da proporcionalidade. Não há que se comparar uma sobremesa de licor com um litro de whisky. Seria a violação máxima da Carta Magna, que prevê logo no início, que todos são iguais perante a lei. E que lei seria essa, com diferenças tão gritantes???? O CTB, por exemplo. Penalidades exatamente iguais: (i) para uma pessoa que ingeriu um bombom de licor (caso isso tivesse sido realmente apurado), que nenhum risco ofereceu a pessoas ou coisas e (ii) a mesma penalidade para outra, que ingeriu um litro de whisky e colocou em risco pessoas e coisas ao seu redor.

E com esteio no que ora é ventilado neste voto, temos algumas decisões nesta Corte Estadual, *verbis* (**grifos nossos**):

“Apelação cível. Direito administrativo. Anulatória de auto de infração. DETRAN. Legitimidade. Lei seca. Sentença mantida. O DETRAN é parte legítima para figurar no polo passivo, já que é atribuída a titularidade do cadastro dos condutores e que em razão disso possui a atribuição para o registro e cancelamento de infrações de trânsito. No mérito, **trata-se de apelação cível face a sentença que julgou procedente o pedido de anulação de auto de infração e procedimento administrativo de perdimento de habilitação, diante da recusa do apelado em realizar o teste do bafômetro. Teste de alcoolemia não realizado diante da negativa do apelado. Aplicação do artigo 165 do CTB. Princípio do *nemo tenetur se detegere*. Impossibilidade de se presumir a embriaguez. Na aplicação da norma jurídica, deve o exegeta conciliar as diversas formas de interpretação.** Não se mostra possível, diante do que estabelece a Constituição da República, a aplicação da medida de recolhimento da habilitação, por recusa na realização do teste, se não estiver demonstrado por outros meios que o condutor se encontrava embriagado. **Inteligência do artigo 277 do CTB. Precedente do E. TJRJ. Auto de infração que não se encontra subscrito pelo apelado e muito menos não consta qualquer referência que tenha o mesmo se negado a assinar.** Honorários fixados de forma proporcional e razoável, em obediência ao

disposto no § 4º, do artigo 20 do CPC. Recurso a que se nega seguimento, nos termos do artigo 557, caput, do CPC” (**0014894-84.2014.8.19.0066 - APELAÇÃO - Des. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR - Julgamento: 17/03/2016 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL**).

“Apelação cível. Ação anulatória c/c indenizatória. Operação lei seca em 26/01/2014. Pedido de cancelamento de infração de trânsito e da suspensão de sua carteira de motorista. Sentença de improcedência. Irresignação do autor. 1- Em suas razões sustenta basicamente o autor/apelante que não foram encontrados nenhum indício de prova que pudesse reforçar a tese do agente de trânsito, nem sequer testemunha foi utilizada para constatar que estivesse sob o efeito do álcool de modo que é necessário o cancelamento da multa, bem como a determinação de suspensão de sua Carteira de Motorista. 2- Na hipótese, a Lavratura da autuação ocorreu em 26 de janeiro de 2014, quando da vigência da Resolução N° 432, de 23 de janeiro de 2013 do CONATRAN. 3- A referida Resolução definia os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência e prevê no parágrafo único do art. 6º: “Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB ao condutor que recusar a se submeter a qualquer um dos procedimentos previstos no art. 3º, sem prejuízo da incidência do crime previsto no art. 306 do CTB caso o condutor apresente os sinais de alteração da

capacidade psicomotora. **4- Compulsando os autos e das contrarrazões apresentadas pelo órgão de trânsito, verifica-se que nada há além da negativa da agravante em realizar o teste do bafômetro, ou seja, não há indicação de resistência ou qualquer outro sinal de que o motorista estaria embriagado a consubstanciar a lavratura do auto. 5- A atuação dos agentes da denominada Lei Seca se revelam legítimo exercício da Administração Pública no seu poder de polícia, visando à segurança da população em geral e do próprio condutor do veículo. O principal limitador do poder de polícia é a lei, pois embora seja um poder eminentemente discricionário, não está autorizada a Administração a extrapolar aquilo que a lei permite e em alguns casos incorrer em excesso ou desvio de poder. 6- *In casu*, ciente a autoridade da recusa ao teste do bafômetro - direito fundamental do indivíduo, deveria dispor de outros meios de provas para consubstanciar a sua atuação e a autuação, o que não fez. 7- Portanto, não apurando e não procedendo o Poder Público na forma prevista na lei vigente ao tempo da autuação impõe-se o acolhimento do recurso do autor. 8- Reforma da decisão de 1º GRAU. Provimento do recurso que se impõe ” (0003564-22.2015.8.19.0045 - APELAÇÃO - Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA - Julgamento: 07/06/2016 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL).**

Logo, por qualquer ângulo que se queira ver os fatos ocorridos e que deram causa à presente demanda, a conclusão só pode ser uma: procedência integral dos pedidos do autor. Deverá a autarquia ré, assim, proceder à retirada das anotações dos pontos negativos no prontuário do apelante, no prazo de 5 (cinco) dias, bem

como devolver o valor da multa paga pelo recorrente, devidamente corrigido, restando assegurado ao demandante, o direito de dirigir.

Atente-se para a observação de que a autarquia ré está isenta do pagamento das custas, haja vista o disposto no art. 17, inciso IX, da Lei 3.350/99, o que por sua vez, não abrange a taxa judiciária, impondo-se desde já o esclarecimento de que a isenção tributária prevista no art. 115 do CTE, somente pode se dar quando a autarquia postular no feito na condição de autor, e este não é o caso dos autos. Em se tratando de autarquia que figura na posição de ré e restou vencida integralmente na demanda, deverá recolher a taxa judiciária para o Fundo Especial, em conformidade com o Enunciado Administrativo nº 42 do Fundo Especial, a saber: “A isenção estabelecida no art. 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do art. 111, II, do Código Tributário Nacional, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo”.

Ex positis, meu voto é no sentido de ser **DADO PROVIMENTO AO RECURSO**, acolhendo-se a pretensão autoral, inclusive quanto à devolução do valor pago a título de multa, corrigido monetariamente a partir do efetivo desembolso, acrescido de juros legais, a partir da citação, na forma do art. 1º-F, da Lei 9494/97, com a alteração da Lei 11.960/2009. Ônus sucumbenciais, obviamente, invertidos. DETRAN, vencido, que está isento do pagamento das custas judiciais por força do disposto no art. 17, IX da Lei Estadual 3.350/99, mas deverá efetuar o recolhimento da taxa judiciária, atentando-se para o Enunciado Administrativo 42 do Fundo Especial.

RJ, ____/____/2017.

SIRLEY ABREU BIONDI

DES. RELATORA