

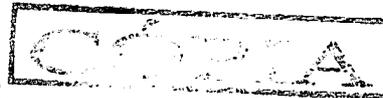


Supremo Tribunal Federal
06/03/2013 18:43 0009394

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 9415 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.103



REQUERENTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESTAURANTES E EMPRESAS DE ENTRETENIMENTO – ABRASEL NACIONAL

INTERESSADOS : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

: CONGRESSO NACIONAL

AMICI CURIAE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE TRÁFEGO – ABRAMET

: FUNDAÇÃO THIAGO DE MORAES GONZAGA

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 2º, 4º e 5º, III, IV e VIII, da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008 (“Lei Seca”). Proibição de venda e oferecimento de bebidas alcoólicas em rodovias federais. Fiscalização pela Polícia Rodoviária Federal. Redução do limite de alcoolemia para zero (art. 276 do CTB). Caracterização de infração pelos agentes de trânsito a partir de “outras provas em direito admitidas”. Preliminar. Perda de objeto. Redações conferidas pela Lei 11.705/08 aos artigos 277, §2º, e 306, da Lei 9.503/97. Promulgação da Lei 12.760/12. Mérito. Princípios constitucionais da isonomia, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade (vertente da proibição de excesso), individualização da pena, não autoincriminação, liberdade econômica e livre iniciativa, segurança jurídica. Competência constitucional da Polícia Rodoviária Federal (art. 144, caput e §2º, da CR). Direitos à vida, saúde e segurança no trânsito. Parecer pela procedência parcial do pedido, para a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, IV, da Lei nº 11.705/08, quando inclui o §3º no art. 277 da Lei nº 9.503/97.

RF

1. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face dos artigos 2º, 4º e 5º, III, IV e VIII, todos da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008 (denominada “Lei Seca”), que dispõem sobre restrições à comercialização e ao consumo de bebidas alcoólicas relacionados ao tráfego de veículos automotores, além da fiscalização por agentes de trânsito.

2. Eis o teor das normas impugnadas:

Art. 2º - São vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.

§ 1º - A violação do disposto no *caput* deste artigo implica multa de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

§ 2º - Em caso de reincidência, dentro do prazo de 12 (doze) meses, a multa será aplicada em dobro, e suspensa a autorização de acesso à rodovia, pelo prazo de até 1 (um) ano.

§ 3º - Não se aplica o disposto neste artigo em área urbana, de acordo com a delimitação dada pela legislação de cada município ou do Distrito Federal.

Art. 4º - Competem à Polícia Rodoviária Federal a fiscalização e a aplicação das multas previstas nos arts. 2º e 3º desta Lei.

§ 1º - A União poderá firmar convênios com Estados, Municípios e com o Distrito Federal, a fim de que estes também possam exercer a fiscalização e aplicar as multas de que tratam os arts. 2º e 3º desta Lei.

§ 2º - Configurada a reincidência, a Polícia Rodoviária Federal ou ente conveniado comunicará o fato ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT ou, quando se tratar de rodovia concedida, à Agência Nacional de

Transportes Terrestres - ANTT, para a aplicação da penalidade de suspensão da autorização de acesso à rodovia.

Art. 5º - A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes modificações:

(...)

III - o art. 276 passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.” (NR)

IV - o art. 277 passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.

277.

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

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

(...)

VIII - o art. 306 passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

.....

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de

PP

alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.” (NR)

3. Inicialmente, a requerente sustenta sua legitimidade ativa enquanto entidade de classe de âmbito nacional, por representar os estabelecimentos de bares, restaurantes e similares em 24 Estados da federação, como reconheceu o STF no julgamento da ADI-AgR 3.153¹, e que o objeto da ação atende ao requisito da pertinência temática.
4. No mérito, afirma que o art. 2º da Lei nº 11.705/08 viola o direito à isonomia (art. 5º, *caput* e I, da CR²), tendo em vista o tratamento diferenciado conferido aos estabelecimentos comerciais que vendem bebidas alcoólicas nas cidades e nas rodovias federais. Considera que se trata de medida desprovida de razoabilidade, proporcionalidade e equidade, pois já existem leis suficientes dispendo sobre o assunto. Também reputa vulnerado o devido processo legal substantivo, diante da não concessão de tempo adequado para os estabelecimentos se adequarem às novas normas.
5. Alega que o maior número de acidentes nas rodovias deve-se à falta de conservação das estradas. Deste modo, a restrição legal em questão opõe-se aos princípios da racionalidade e da proibição de excesso, punindo inocentes, como os estabelecimentos situados às margens das rodovias federais, que sempre comercializaram produtos lícitos. Assim, contrariam-se os fins sociais exigidos das leis, como preceitua o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil³.

1 Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, J. 12/08/2004.

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

3 “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

6. Tem por violados os princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa (art. 170 da CR⁴) e da “mínima intervenção estatal na vida privada”, pois o impedimento do comércio de bebidas alcoólicas reduz brusca e significativamente o faturamento dos estabelecimentos localizados nas rodovias, que há muito possuem autorização do Estado para o seu funcionamento. Conseqüentemente, atinge-se o princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI⁵, da CR), pois desconsiderado o direito adquirido à prática de comércio de produtos e serviços.

7. Considera que o art. 4º da Lei nº 11.705/08 viola o art. 144, *caput* e § 2º da CR⁶, por não se enquadrarem entre as atribuições constitucionais da Polícia Rodoviária Federal (“PRF”) as atividades de fiscalização e aplicação de multas referentes ao comércio de bebidas alcoólicas nas estradas. Reporta-se ao art. 20⁷ da Lei nº 9.503/97 e ao Decreto

4 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

5 Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

6 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

7 Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

II - realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;

III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito, as medidas administrativas decorrentes e os valores provenientes de estada e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

IV - efetuar levantamento dos locais de acidentes de trânsito e dos serviços de atendimento, socorro e salvamento de vítimas;

V - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de carga indivisível;

VI - assegurar a livre circulação nas rodovias federais, podendo solicitar ao órgão rodoviário a adoção de medidas emergenciais, e zelar pelo cumprimento das normas legais relativas ao direito de vizinhança, promovendo a interdição de construções e instalações não autorizadas;

VII - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre acidentes de trânsito e suas causas, adotando ou indicando medidas operacionais preventivas e encaminhando-os ao órgão rodoviário federal;

VIII - implementar as medidas da Política Nacional de Segurança e Educação de Trânsito;

nº 1.655/95, que dispõem de forma exaustiva sobre a competência da PRF e não preveem quaisquer hipóteses similares à da norma impugnada.

8. No tocante ao art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.705/08, que alterou a redação do art. 276 do CTB, entende que a punição ao motorista que apresente “qualquer concentração de álcool por litro de sangue” consiste em medida de extremo rigor, baseada em argumento falacioso. Afinal, *“os acidentes de trânsito provocados pela influência do álcool ocorrem somente a partir da concentração de 8 decigramas de álcool por litro de sangue, como é o limite em países mais civilizados, como os EUA e a Inglaterra”* (fl. 19 da inicial). Assim, atinge-se os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade.

9. Também argumenta que haveria violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II⁸, CR), em razão da contradição entre a norma secundária (nova redação do art. 276 do CTB⁹) e a primária (art. 165 do CTB¹⁰), relativas

IX - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;

X - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de pontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;

XI - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio, quando solicitado, às ações específicas dos órgãos ambientais.

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

9 Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Regulamento

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

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

Infração – gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

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

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

aos limites de alcoolemia. Enquanto esta última prevê sanções administrativas para a conduta de “dirigir sob a influência de álcool”, sem pormenorizar a quantidade, aquela admite que “qualquer concentração de álcool por litro de sangue” é suficiente para aplicação das mesmas sanções.

10. Entre tais sanções, considera exagerada a multa fixada em “cinco vezes”, pois desproporcional aos efeitos que um copo de vinho ou chope podem produzir na lucidez do motorista ao volante. Ademais, tal sanção repercute negativamente no âmbito da liberdade econômica e na livre iniciativa dos estabelecimentos comerciais, cujas relações com o Poder Público devem ser pautadas pelo princípio da mínima intervenção estatal na vida privada.

11. Ainda em relação ao art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.705/08, entende que viola os princípios da isonomia e da individualização das penas (art. 5º, XLVI¹¹, da CR) a sanção que pune com o mesmo rigor pessoas que incorreram na mesma regra, mas em intensidade e gravidade diferentes, como nos casos de embriaguez acidental e dolosa, incompleta e completa.

12. Quanto ao art. 5º, inciso IV, da Lei nº 11.705/08, que alterou a redação do 277, §2º do CTB¹², entende que houve delegação indevida de competência dos técnicos para os agentes de trânsito, no que tange à aferição do estado de embriaguez dos motoristas, para fins de caracterização da

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

11 Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

12 Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)

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

DD

infração prevista no art. 165 do CTB. Aduz tratar-se de medida equiparável ao chamado flagrante preparado, que simboliza a ênfase repressiva do modelo de Estado policial e caracteriza desvio de funções dos agentes de trânsito, violando o já mencionado art. 144, *caput* da CR.

13. A requerente também questiona outra alteração trazida pelo art. 5º, inciso IV, da Lei nº 11.705/08, referente ao §3º do art. 277, que prevê punição aos motoristas que se negarem a fazer o teste do bafômetro. Argumenta que essa sanção viola frontalmente o direito a não autoincriminação (art. 5º, LXIII¹³, da CR), além de representar medida irracional, irrazoável e anti-isonômica, pois corresponde à mesma punição aplicável a outra hipótese tida pela lei como muito mais grave (embriaguez ao volante). Por fim, aduz que os bafômetros são equipamentos sujeitos a falhas e podem incriminar sujeitos inocentes, pois acusam a presença de álcool mesmo quando consumidas substâncias lícitas e não etílicas como antissépticos bucais, bombons de licor etc.

14. O art. 5º, inciso VIII, da Lei nº 11.705/08 alterou o art. 306 do CTB, prevendo como crime de trânsito a condução de “veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”. A requerente considera que este limite fixo é irrazoável, violando os princípios da isonomia e da individualização da pena, vez que a mesma medida seria aplicável a pessoas de diferentes pesos e estaturas, elementos que influenciam diretamente na caracterização de estado de embriaguez em cada pessoa. Ademais, mostra-se inferior aos índices, admitidos em outros países, que correspondem a estado de embriaguez capaz de colocar em perigo a segurança no trânsito.

13 Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

15. Tem por desproporcional a pena cominada à prática daquela conduta (privação de liberdade de 6 meses a 3 anos), diante das consequências nocivas que pode gerar à sociedade, especialmente o aumento do número já elevado de detentos nos presídios. Entende que diante da quantidade de brasileiros que têm o hábito de beber (estimadamente 90 milhões), haveria afronta ao interesse público, à cultura popular e ao direito ao lazer, na medida em que se restringe o direito de consumir bebidas alcoólicas, sem se ter como contrapartida qualquer política eficiente de transportes públicos, capaz de oferecer meios alternativos de deslocamento a quem beber.
16. Por fim, argumenta que as medidas restritivas impostas pelos dispositivos legais impugnados produzem efeitos de dimensões gigantescas, que podem ocasionar a destruição de todo um setor econômico, com mais de um milhão de estabelecimentos comerciais que mantém inúmeras relações formais de emprego.
17. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 (fls. 111/112).
18. O Presidente da República (fls. 152/190) tem as normas impugnadas por constitucionais.
19. Em suas informações (fls. 341/353), o Presidente do Congresso Nacional afirma a impossibilidade jurídica do pedido quanto ao art. 5º, III, da Lei nº 11.705/08, entendendo que *“para a decretação de sua inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal teria de atuar como legislador positivo”*, em contrariedade ao decidido na ADI 1.755¹⁴. No mérito, entende pela improcedência dos pedidos.

14 Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 18/05/01.

20. A AGU manifestou-se (fls. 355/397) pela improcedência do pedido. Argumenta que ao se realizar uma interpretação sistemática da Constituição, ponderando-se os direitos fundamentais envolvidos no caso em questão, devem prevalecer os direitos à vida, à saúde e à segurança no trânsito, sendo legítimas as restrições às bebidas alcoólicas. Considera não haver desrespeito às atribuições da Polícia Rodoviária Federal.
21. Petição (fls. 493/499) da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego – ABRAMET requereu seu ingresso no feito na condição de “*amicus curiae*”, que foi deferido por decisão do Min. Eros Grau (fl. 873).
22. Petição (fls. 876/882) da ABRASEL NACIONAL requereu o deferimento da liminar pleiteada na inicial ou que seja julgada a ação o mais breve possível.
23. Petição (fls. 962/1000) da Fundação Thiago de Moraes Gonzaga requereu sua admissão no feito como *amicus curiae*, que foi deferido pelo despacho (fl. 1.271) do Min. Eros Grau.
24. O Min. Luiz Fux designou audiência pública, que foi realizada nos dias 7 e 14 de maio de 2012 e contou com a manifestação de 32 expositores, conforme o cronograma estabelecido no despacho de fls. 1334/1339 (fls. 1.292/1.294).
25. Também determinou o apensamento “destes autos aos da ADI n. 4.017 e aos da ADI n. 4.063, a fim de que o julgamento de ambos seja feito em conjunto” (fl. 1.346).
26. É o relatório.

RO.

27. Deve-se compreender, com largueza e generosidade, o requisito da legitimidade das entidades de classe na jurisdição constitucional, de modo a atender duplo objetivo: o de democratização no acesso ao controle concentrado de constitucionalidade e o de um papel mais destacado das organizações da sociedade civil na arena da hermenêutica constitucional.

28. Aliás, a ampliação do rol de legitimados no controle concentrado de constitucionalidade veio em resposta à crítica de que esse modelo, ao contrário do “*judicial review*”, trazia “*consigo um déficit de legitimidade, ao legalizar quase que exclusivamente órgãos estatais para a propositura de ações tais como a ADIn e a ADPF (art. 103 da CF) e a ADC (art. 103, § 4, da CF), excluindo a sociedade da discussão de questões centrais, num choque completo com as bases do Estado Democrático de Direito*”¹⁵.

29. Ao reconhecer a procedência dessa crítica¹⁶, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo de modo mais amplo o conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”, previsto no art. 103, IX, da CF, como forma de abertura da Corte ao exercício da democracia participativa pela sociedade civil, “como conseqüência de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle” (ADI 4.029).

15 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 321.

16 Em seu voto na ADI 4029, assim afirmou o Ministro Relator Luiz Fux: “O Ministro Gilmar Mendes, em obra elaborada em coautoria com Ives Gandra, noticia que até 28 de fevereiro de 2008 foram extintas por ilegitimidade ativa da entidade de classe 154 (cento e cinquenta e quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Op. cit. p. 175-185). Descrevendo a conjuntura por outro ângulo, Luís Roberto Barroso relata que até o final do ano de 2005 somente 34 (trinta e quatro) confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional tiveram seu direito de propositura reconhecido (O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148-149). O quadro relatado revela um descompasso entre as aspirações democráticas da Constituição e o rigor interpretativo do Pretório Excelso”. Cf. ADI 4.029, DJ-e 125, 27/6/12, p. 14.

30. Quanto à alegação de se tratar de entidade de composição heterogênea, embora a ABRASEL NACIONAL tenha entre suas associadas empresas que exploram atividades variadas, deve-se reconhecer a existência de homogeneidade no interesse que vincula tais pessoas àquela entidade, qual seja, a comercialização de produtos e serviços no ramo alimentício. Assim, a legitimidade da entidade, sob esse aspecto, decorre do nexo de afinidade existente entre suas associadas.

31. A heterogeneidade na composição de uma entidade de classe não é critério suficiente para descaracterizá-la como tal. É aliás bastante comum que os seus associados tenham filiações as mais diversas possíveis, mas que haja um interesse comum que os convoque para a realização do projeto coletivo.

32. Tal se dá pelo singelo fato de que temos identidades multifacetadas, e mobilizamos eventualmente uma delas para atingir um objetivo proposto. É o que se dá, por exemplo, com uma entidade de defesa dos direitos das mulheres. Estas podem pertencer a diferentes categorias profissionais e econômicas, mas se comungam pela sua condição de mulher, e isso é suficiente para afirmar a homogeneidade da composição dessa entidade de classe.

33. De fato, no verbete “classe” do “Dicionário de Política” de Bobbio, Matteucci e Pasquino¹⁷, consta que é praticamente impossível ter um conceito de classe social que conte com o consenso de todos os estudiosos ligados a diferentes tradições políticas e intelectuais. De acordo com Weber, prossegue o verbete, a classe só pode ser base de uma ação coletiva “quando se desenvolveu o sentimento de uma comunidade de interesses ou de uma

¹⁷ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, 2ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1986, p. 169/175.

comunidade de destino, e esse sentimento fomenta a ação comum em defesa de tais interesses”¹⁸.

34. E a sociologia contemporânea entende que *“para identificar uma Classe social, não basta isolar as características comuns aos membros dessa Classe; é necessário ainda observar se, além destas características, os indivíduos revelam um sentimento de comunidade e solidariedade, compartilham um destino comum e uma comum concepção da sociedade, se se reconhecem como iguais e consideram os que não pertencem à Classe como diversos*”¹⁹.

35. Disso se segue que a homogeneidade ou heterogeneidade é uma relação que se estabelece entre a condição do associado, seus pares e o objetivo perseguido pela entidade, de tal modo que o projeto coletivo é expressão do projeto individual de cada qual.

36. Por outro lado, “classe” distingue-se de “casta” porque *“o nascimento não é critério suficiente para fazer parte de uma classe social*”²⁰.

37. Todo o raciocínio até agora desenvolvido é suficiente para afirmar que a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento – ABRASEL NACIONAL caracteriza-se como entidade de classe. E, inclusive, cumpre o requisito da representatividade nacional estabelecido pela Constituição (art. 103, IX) e pela Lei 9.868/1999 (art. 2º, IX), pois conta com representantes em mais de nove Estados da federação²¹.

¹⁸ *Id.*, p. 173.

¹⁹ *Id.*, p. 174.

²⁰ *Id.*, p. 170.

²¹ A exigência de que, para comprovação do caráter nacional, a entidade tenha membros em pelo menos nove Estados da Federação resulta de aplicação analógica, feita pelo Supremo Tribunal Federal, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Cf: ADI 386, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 28/6/1991; e ADI 108, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 5/6/1992).

PO

38. O requisito da pertinência temática também se apresenta, pois o estatuto social da ABRASEL NACIONAL estabelece, em seu art. 1º, §1º, que lhe caberá “atuar em todo o território nacional e no exterior representando empresas legalmente constituídas que atuam no segmento de restaurantes, gastronomia, entretenimento, lazer, bares e similares, entidades afins comprovadamente ligadas ao setor, que sejam associadas às associações congêneres estaduais ou regionais, denominadas seccionais, que figurem em seus quadros como associados efetivos” (fl. 124). E os atos normativos objeto desta ação, no entender da autora, afetam diretamente as suas associadas.

39. A Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, alterou as redações dos artigos 165, 262, 276, 277 e 306, todos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Alguns desses dispositivos são objeto de impugnação nessa ação direta e nas ADIs 4.017 e 4.063. São eles os artigos 276, *caput*; 277, §2º; e 306, da Lei nº 9.503/97, com as redações dadas pela Lei nº 11.705/08.

40. Como a Lei 12.760/12 foi promulgada no curso desses processos, faz-se necessário abrir vista dos autos aos requerentes para manifestação acerca de eventual perda de objeto das ações diretas ou para que procedam ao aditamento das iniciais, tendo em vista a mencionada alteração legislativa.

41. Em homenagem ao princípio da economia processual, o Ministério Público Federal oferece, desde já, sua manifestação a esse respeito.

42. Para cotejo com os dispositivos questionados nas iniciais, cumpre verificar a sua atual redação, conferida pela Lei 12.760/12:

“Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

20 -

Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica.”(NR)

“Art. 277. (...)

§ 1º. (Revogado).

§ 2º. A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

.....
.

§ 1º. As condutas previstas no *caput* serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º. A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º. O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.”(NR)

43. Em relação ao *caput* do art. 276 da Lei 9.503/97, a Lei nº 12.760/12 agregou a expressão “ou por litro de ar alveolar” à redação dada pela Lei nº 11.705/08, visando a oferecer mais um parâmetro para a aferição

do consumo de substâncias proibidas por motoristas ao volante. Apesar de haver inovação no texto da norma, não se caracteriza alteração substancial no seu teor. Afinal, trata-se expressão similar à já constante da redação anterior (“por litro de sangue”), que mantém o sentido da norma, proporcionando medida idêntica, porém em estado gasoso, para a verificação da presença de álcool no organismo.

44. Quanto ao §2º do art. 277 da Lei 9.503/97, verifica-se a ocorrência de alteração substancial no sentido da norma. Através de análise literal das redações anterior e atual, já é possível depreender que a Lei 12.760/12 suprimiu a figura do “agente de trânsito”, a quem cabia identificar a prática da infração prevista no art. 165 da Lei nº 9.503/97. Ademais, acrescentou às “outras provas em direito admitidas” modalidades específicas de provas, quais sejam, “imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora”. Essas modificações atingem diretamente as questões relativas ao respeito ou à vulneração de garantias fundamentais dos motoristas, bem como aos limites da atuação administrativa das autoridades de trânsito.

45. Por fim, no que tange ao art. 306 da Lei nº 9.503/97, também caracteriza-se a hipótese de alteração substancial da norma. Inicialmente, registra-se que a Lei nº 12.760/12 suprimiu do texto do *caput* do art. 306 a expressão “na via pública”, ampliando o campo de abrangência das atividades de fiscalização. Também retirou a menção à dosagem mínima de álcool (= ou > 6 dg) por litro de sangue que caracteriza a prática da infração e a remeteu para um inédito § 1º, inciso I.

46. Por fim, a configuração da sistemática da norma foi modificada com a substituição do parágrafo único do art. 306 por três parágrafos, sendo os dois primeiros inéditos. Esses versam sobre os limites de dosagem de álcool no organismo e os meios de provas admitidos para a aferição do estado de embriaguez, também atingindo os temas das garantias fundamentais dos motoristas e dos limites da atuação administrativa das autoridades de trânsito.
47. Portanto, entende-se pela perda de objeto quanto às redações dadas pela Lei 11.705/08 aos artigos 277, §2º; e 306, da Lei 9.503/97.
48. No mérito, o pedido é parcialmente procedente.
49. De início, ressalta-se que a presente manifestação abarca as ADIs 4.063 e 4.017, nas quais são impugnadas normas da MP nº 415, de 21 de janeiro de 2008, convertida na Lei nº 11.705/08, também aqui questionadas.
50. De acordo com a doutrina de Canotilho, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como um “sistema aberto de regras e princípios”²². Em seu cerne está um valioso catálogo de direitos fundamentais, que consagra harmonicamente valores das tradições político-filosóficas liberal e social, tendo como referencial o princípio da dignidade da pessoa humana.
51. Em razão da natureza normativa dos princípios constitucionais – todos de igual hierarquia –, tornou-se ponto pacífico na dogmática constitucional a inexistência de direitos absolutos. Em havendo antinomias, todos os direitos fundamentais são passíveis de relativização, nos casos concretos, desde que respeitado seu núcleo essencial.
52. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais:

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

“(…) aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. (…) A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares, (…)”.²³

53. Assim ocorre com as liberdades dos cidadãos, sejam públicas ou privadas. Por mais centrais que sejam em um Estado Democrático de Direito, há hipóteses em que podem ser mitigadas em prol de outros valores. A medida em que isso ocorrerá depende das técnicas hermenêuticas e argumentativas utilizadas pelos intérpretes, tendo em vista as circunstâncias fáticas do caso concreto.

54. Como reconhece Virgílio Afonso da Silva:

“(…) o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e suas restrições (teorias externa ou interna)”.²⁴

55. Aventa-se nestes autos a inconstitucionalidade das restrições legais à comercialização e ao consumo de bebidas alcoólicas quando tais práticas estejam relacionadas ao tráfego de veículos automotores. Dois grupos de argumentos são contrapostos. Por um lado, a requerente aponta a violação aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, isonomia,

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2009, p. 402.

24 SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Apud SARLET, *Op. cit.*, p. 404.

PO.

individualização da pena, não autoincriminação, liberdade econômica, livre iniciativa e da segurança jurídica. Por outro, os requeridos e a AGU sustentam, em linha geral, a prevalência dos direitos à vida, à saúde e à segurança no trânsito.

56. Os dispositivos legais impugnados devem ser concebidos à luz da unidade da Constituição, por meio de interpretação sistemática com os dispositivos constitucionais que delimitam os graus de intervenção do Estado nas liberdades fundamentais dos cidadãos, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da proporcionalidade.

***Da proibição de venda e oferecimento de bebidas
alcoólicas em rodovias federais
(art. 2º da Lei nº 11.705/08)***

57. O art. 2º da Lei nº 11.705/08 impõe restrição ao comércio de produtos específicos (bebidas alcoólicas), apenas em determinadas localidades, atingindo um segmento específico de mercado, de modo a se reduzir o elevado número de acidentes ocorridos nas estradas em razão do consumo de álcool pelos motoristas.

58. Recente estudo realizado por uma equipe interdisciplinar de pesquisadores – composta por psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais e estatística – da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)²⁵ apresenta dados do Departamento de Polícia Rodoviária Federal²⁶ que

²⁵ PECHANSKY, Flávio; DE BONI, Raquel; DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; PAULA, Fernanda Cubas de; BENZANO, Daniela; DIEMEN, Lisia von; LEUKEFELD, Carl. Consumo de álcool e outras drogas entre motoristas privados e profissionais no Brasil. In: PECHANSKY, Flávio; DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; BONI, Raquel Brandini de (Orgs.). *Uso de bebidas alcoólicas e outras drogas nas rodovias brasileiras – e outros estudos*. Porto Alegre: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010, p. 54-62.

²⁶ *Idem*, p. 54.

apontam o Brasil como líder mundial de acidentes de trânsito nas estradas. A título ilustrativo, foram registradas nas rodovias brasileiras²⁷ 172.000 mortes entre os anos de 1999 e 2006, o que remete a um índice de 106 mortos por 1.000km, enquanto em outros países tem-se proporção muito mais baixa: Canadá (3,3 mortos / 1.000km), EUA (6,56 mortos / 1.000km) e Itália (10 mortos / 1.000km).

59. O consumo de álcool foi investigado entre 3.398 motoristas que trafegavam nas regiões metropolitanas das 26 capitais dos Estados e do Distrito Federal, sendo a maioria do sexo masculino (n=3.206, 94,3%), com média de 36,3 anos de idade. Entre os veículos abordados, 51% (n=1.735) eram veículos de passeio, 10% (n=344) ônibus ou similares, 9,9% (n=337) caminhões e 28,9% (n=982) motocicletas.

60. Os principais resultados da pesquisa são assim resumidos:

“Do total de participantes, 71,1% (n=2412) relataram ter consumido bebidas alcoólicas nos doze meses anteriores à coleta, sendo que apenas os motoristas de ônibus diferiram dessa proporção (61,1%). (...) Sobre consumo abusivo nos últimos doze meses (*'binge'*, ou seja, cinco doses ou mais para o sexo masculino e quatro ou mais para o sexo feminino), o estudo revelou que isto aconteceu em 73% do total de motoristas de carro, 79% dos motoristas de moto, 71% dos motoristas de caminhão e 61% dos motoristas de ônibus. A frequência principal de *binges* foi de menos de uma vez por mês (73,1% para o total de motoristas), enquanto que 25,3% dos motoristas relatou episódios de *binge* entre duas e até oito vezes por mês.

No momento da entrevista 309 motoristas (12,8%) relataram ter ingerido bebida alcoólica naquele dia

²⁷ As rodovias federais brasileiras correspondem a 74,3% do total pavimentado da malha rodoviária do país, que monta em 57.933 km.

(...). A maior parte dos que relataram ter bebido no dia o fizeram na sua casa ou de alguém (54,7%) ou em bares ou restaurantes (21%), (...) dos 309 sujeitos que reportaram haver bebido no dia da coleta, apenas 18 (6%) consideravam que sua habilidade para dirigir não estava afetada pelo seu consumo no dia”²⁸.

61. Em suma, tem-se uma estimativa de que 1/5 do consumo diário de álcool nas rodovias é proveniente de bebidas adquiridas e/ou consumidas em estabelecimentos comerciais como bares, restaurantes e armazéns situados nas estradas.

62. É certo que a livre iniciativa figura na Constituição Federal de 1988 como fundamento da República (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*), além de consistir em direito individual ínsito à cláusula geral de liberdade (art. 5º, *caput*). Entretanto, o seu exercício é condicionado pelo sistema constitucional à observância de outros elementos fundamentais a serem tutelados pelo Estado, por exemplo a “defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII, e art. 170, V).

63. As duas turmas do STF reconhecem que “o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor”²⁹. Portanto, admite-se a mitigação da liberdade econômica, através de intervenções restritivas da autonomia privada, de modo a se promover a maximização dos valores constitucionalmente assegurados em relação a parcela significativa dos cidadãos. Do mesmo modo ocorre em relação à matéria ambiental, como definido pelo STF no julgamento da ADI 3.540 MC³⁰:

28 PECHANSKY, Flávio *et alli*. *Op. cit.*, p. 59-60.

29 STF, 1ª Turma, AI 636.883 AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, J. 08/02/2011; e STF, 2ª Turma, RE 349.686/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 14/06/2005.

30 ADI 3.540 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006.

“(…) A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (...)”

64. Se ao Estado é permitido relativizar, pontualmente, a liberdade de comércio dos particulares para promover o (re)equilíbrio de mercado, com mais legitimidade ainda cabe-lhe fazê-lo quando a finalidade for a tutela de bens jurídicos de importância central no ordenamento constitucional, tais como a vida, a integridade física, a saúde e a segurança.

65. Em hipóteses similares, a legislação restringe o comércio, o consumo ou a utilização de produtos que, embora lícitos, não são imunes a embaraços em sua comercialização, pois nocivos aos bens jurídicos antes mencionados. Esse é o caso do tabaco, dos agrotóxicos e do amianto, entre outros³¹.

66. Esse tipo de restrição ao consumo de álcool geralmente guarda correspondência com a cultura de cada país. Em países como os Estados Unidos e a Austrália, cuja formação cultural e socioeconômica é baseada no liberalismo político, há regras drásticas que limitam a atividade econômica. Por exemplo, as que proíbem o consumo de bebidas alcoólicas em vias


³¹ Diversas leis estaduais foram editadas sob a chancela de “leis anti-fumo” e algumas são objeto de apreciação pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, notadamente a Lei nº 13.541/2009 do Estado de São Paulo, questionada na ADI 4.249.

públicas, parques e praias, inclusive durante o dia, além das que determinam o fechamento de bares, *pubs* e casas noturnas no início da madrugada.

67. No caso brasileiro, não há sequer uma colisão de normas que deva ser resolvida mediante ponderação de interesses. É a própria Constituição que traça os limites em que pode se desenvolver legitimamente a atividade econômica³².

68. Portanto, agiu corretamente o Congresso Nacional ao limitar o comércio, nas estradas federais, de substâncias etílicas que possam influenciar o grau de consciência e discernimento dos motoristas ao volante.

***Da legitimidade da Polícia Rodoviária Federal para as atividades de
fiscalização e aplicação de multas
(art. 4º da Lei nº 11.705/08)***

69. Nos termos do art. 144, § 2º, da CR³³, a Polícia Rodoviária Federal (“PRF”) encontra-se entre os órgãos estatais responsáveis pela promoção e garantia da segurança pública, incumbindo-lhe “o patrulhamento ostensivo das rodovias federais”, na forma da lei.

P.O

32 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 101-102.

33 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

70. A disciplina dessa norma constitucional consta do art. 20³⁴ da Lei nº 9.503/97 e do Decreto nº 1.655/95, que dispõem de forma minuciosa e exaustiva sobre as atribuições da PRF.

71. No caso em questão, cumpre analisar se estariam enquadradas naquelas hipóteses constitucionais e legais as atividades de fiscalização e aplicação de multas referentes ao comércio de bebidas alcoólicas nas estradas por estabelecimentos comerciais do gênero alimentício (bares, restaurantes e mercearias).

72. Ao se realizar uma interpretação sistemática do §2º com o *caput* do art. 144, depreende-se que cabe à PRF a promoção da segurança pública através de patrulhamento ostensivo voltado à tutela da “ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Esse “patrulhamento” refere-se a atividades de trânsito típicas e atípicas. Assim entendeu o legislador. No

34 Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

- I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;
- II - realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;
- III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito, as medidas administrativas decorrentes e os valores provenientes de estada e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;
- IV - efetuar levantamento dos locais de acidentes de trânsito e dos serviços de atendimento, socorro e salvamento de vítimas;
- V - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de carga indivisível;
- VI - assegurar a livre circulação nas rodovias federais, podendo solicitar ao órgão rodoviário a adoção de medidas emergenciais, e zelar pelo cumprimento das normas legais relativas ao direito de vizinhança, promovendo a interdição de construções e instalações não autorizadas;
- VII - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre acidentes de trânsito e suas causas, adotando ou indicando medidas operacionais preventivas e encaminhando-os ao órgão rodoviário federal;
- VIII - implementar as medidas da Política Nacional de Segurança e Educação de Trânsito;
- IX - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;
- X - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;
- XI - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 66, além de dar apoio, quando solicitado, às ações específicas dos órgãos ambientais.

primeiro caso, tem-se a fiscalização do respeito ao limite de velocidade, a realização de ultrapassagens em locais proibidos e/ou perigosas, o transporte interestadual de cargas perigosas etc.; no segundo caso, tem-se a fiscalização de condutas que, embora não sejam propriamente de tráfego, guardam relação direta com a prática de infrações de trânsito, pois influem no comportamento dos motoristas ao volante.

73. Esta é a hipótese da venda de bebidas alcoólicas nas rodovias, atividade que tangencia aspectos de trânsito e contribui incisivamente para a redução da segurança das pessoas que trafegam em pistas de alta velocidade, que exigem dos motoristas reflexos ainda mais apurado do que nas cidades.

74. Por fim, por mais que “a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local” não configurem condutas típicas de trânsito, justifica-se a atribuição da PRF para aplicação de multas. Afinal, trata-se de decorrência da atividade repressiva de fiscalização, que é ínsita ao poder de polícia da administração pública.

75. Como afirma José dos Santos Carvalho Filho³⁵:

“Não adiantaria deter o Estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse dos mecanismos necessários à fiscalização da conduta destes. Assim, o poder de polícia reclama do Poder Público a atuação de agentes fiscalizadores da conduta dos indivíduos. A fiscalização apresenta duplo aspecto: um **preventivo**, através do qual os agentes da Administração procuram impedir um dano social, e um **repressivo**, que, em face da transgressão da norma de polícia, redundando na aplicação de uma sanção. Neste último caso, é inevitável que a Administração, deparando a

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 82.

conduta ilegal do administrado, imponha-lhe alguma obrigação de fazer ou não fazer.” (grifos no original)

76. No caso da lei em questão, preenche-se o requisito da previsão normativa da conduta vedada e da indicação do órgão federal responsável pela sua fiscalização.

Da fixação de parâmetro zero para a concentração de álcool por litro de sangue admissível consumo às sanções do art. 165 do CTB (art. 5º, III, da Lei nº 11.705/08)

77. Há no direito comparado diversos exemplos de leis que ficaram conhecidas como de “tolerância zero”, editadas em caráter emergencial para lidar com situações sociais drásticas e estancar condutas perniciosas, cujas consequências fugiram do controle das autoridades estatais. Em geral, essas leis envolvem medidas temporárias de restrição a liberdades fundamentais, como parte de políticas mais amplas de segurança pública.

78. Cabe mencionar a 18ª Emenda³⁶ à Constituição dos EUA, de 16 de janeiro de 1919, que instituiu a famosa “lei seca” (*The Nobel Experiment*), vigente até 1933. Foram impostas restrições totais à fabricação, ao transporte, comércio e ao consumo de bebidas alcoólicas, como medida de segurança destinada à redução de conflitos sociais, tendo em vista os altos índices de violência e homicídios no país à época.

RO.

³⁶ “18th Amendment – US Constitution:

Section 1. After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited. Section 2. The Congress and the several States shall have concurrent power to enforce this article by appropriate legislation.

Section 3. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.”

79. De acordo com pesquisa³⁷ realizada pelo Centro Internacional para Políticas sobre o Álcool (*International Center for Alcohol Policies – ICAP*), os seguintes países adotam limites restritivos ao consumo de álcool ao volante: (i) tolerância zero: Armênia, Azerbaijão, Colômbia, República Tcheca, Etiópia, Hungria, Nepal, Panamá e Romênia; (ii) 0,1g/l: Albânia e Argélia; e (iii) 0,2g/l: Estônia, Mongólia, Noruega, Polônia, República Eslováquia e Suécia.

80. Em patamar menos restritivo, tem-se a maioria dos 82 países estudados, que adotam o limite igual ou aproximado a 0,5g/l, destacando-se os casos dos Estados Unidos (0,8g/l) e da União Europeia (0,5g/l como regra e 0,2g/l em hipóteses especiais).

81. Nessa linha, mostram-se relevantes diversos estudos realizados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que identificou que “o trânsito mata, por ano, 1,3 milhão de pessoas e deixa cerca de 50 milhões de feridos em todo mundo.”³⁸ Essa mesma pesquisa identificou, com base em dados colhidos em 178 países no ano de 2008, que mais de 90% das mortes em acidentes no trânsito ocorrem nos denominados países de baixo ou médio desenvolvimento, sendo metade dessas vítimas pedestres, ciclistas ou motociclistas.

82. O Brasil ocupa o 5º lugar (após Índia, China, EUA e Rússia) entre os países onde mais há acidentes de trânsito³⁹, atingindo um patamar preocupante:

37 Disponível

<http://www.icap.org/PolicyIssues/DrinkingandDriving/BACTable/tabid/199/Default.aspx99/Default.aspx>

38 Cf. <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/05/10/iluminacao-deixara-cristo-redentor-amarelo-para-campanha-de-reducao-de-mortes-no-transito>

39 De acordo com dados divulgados pelo CONTRAN em 20 de junho de 2010, ocorrem anualmente no Brasil 350 mil acidentes de trânsito, com 33 mil mortos e 400 mil feridos, constatando-se em 70% dos casos a participação de motoristas alcoolizados. Cf.

“Quantitativamente, os acidentes de trânsito representam o segundo maior problema de saúde pública no Brasil, só perdendo para a desnutrição. A Organização Mundial de Saúde alerta e prevê que nos próximos 20 anos os acidentes de trânsito representarão a terceira maior causa mundial de mortes. São 9 mortos para cada 10 mil veículos ou 16 mortos para cada 100 mil habitantes no Brasil. O Brasil urbano, com 3,3% da frota, contribui com 5,5% dos acidentes fatais no mundo. A incompatibilidade entre o ambiente construído, o comportamento dos motoristas, a fiscalização deficiente e o grande movimento de pedestres sob condições inseguras contribuem para aumentar estas estatísticas (PNMUS, 2004).

(...)

No Brasil, os acidentes de trânsito provocaram, em 2002, a morte de 32.739 pessoas nas ruas e estradas brasileiras, de acordo com dados da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) do Ministério da Saúde. O dado representa 25,7% de todas as mortes por causas externas registradas naquele ano. Do total dos óbitos por acidentes em vias terrestres, em 2002, cerca de 81,5% ocorreu entre homens na faixa dos 20 aos 39 anos considerada a parcela economicamente ativa do país”.⁴⁰

83. Diante desse quadro alarmante, a OMS batizou o período entre os anos de 2011 e 2020 como a “Década de Ações para Redução de Traumas no Trânsito”. Para atingir esse objetivo, a Organização tem promovido uma série de ações estratégicas junto aos países da comunidade internacional, entre os quais o Brasil⁴¹, contando com a colaboração da sociedade civil. No estudo intitulado “Beber e dirigir: manual de segurança viária para profissionais de

40 BAYERL, Elisângela. *Contribuição à análise dos acidentes de trânsito a partir da evolução da taxa de motorização e indicadores socioeconômicos no Brasil*. Dissertação de Mestrado (Engenharia de Transporte). Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Engenharia. UFRJ. 2006, p. 7-8.

41 O DENATRAN (órgão do Ministério das Cidades) e o Ministério da Saúde elaboraram, em 2011, o Pacto Nacional pela Redução de Acidentes no Trânsito – Pacto pela Vida, que instituiu uma política pública de promoção da segurança no trânsito. Cf. <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/05/11/denatran-e-ministerio-da-saude-lancam-pacto-nacional-pela-reducao-de-acidentes-no-transito>

trânsito e saúde”⁴², a OMS oferece uma pauta de seis princípios básicos para a redução dos índices mundiais de acidentes no trânsito motivados por ingestão de álcool, quais sejam:

“(i) forte determinação política em favor da prevenção do álcool ao volante; (ii) legislação que defina claramente os níveis de alcoolemia autorizados ao volante e as penalidades às quais os infratores estão sujeitos; (iii) implementação de 'boas práticas'; (iv) campanhas sólidas e amplamente divulgadas sobre a aplicação da lei; (v) conscientização da população para promover uma mudança de atitude em relação ao problema de beber e dirigir; e (vi) punição rigorosa e imediata de quem infringir a legislação.”⁴³

84. Com base nesses dados, a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados elaborou o estudo “Alteração do limite máximo de teor alcoólico da Lei Seca”⁴⁴. Este justifica a necessidade de restrição em grau máximo no Brasil, tendo em vista a relevante redução do elevando número de acidentes de trânsito, especialmente nas estradas, no marco de um ano de vigência da lei ora impugnada.

85. Confira-se excerto do referido estudo:

“O objeto da lei em questão é evitar os potenciais efeitos nocivos do uso do álcool por motoristas. Consideramos pertinente tal medida, uma vez que o Brasil apresenta alta incidência de eventos violentos relacionados a esse hábito. Além disso, é fato que

42 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Drinking and driving – an international good practice manual*. Geneve, Global Road Safety Partnership, 2007. Disponível na internet em: <http://www.who.int/roadsafety/projects/manuals/alcohol/en/> e http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9782940395088_por.pdf

http://www.abcdmaior.com.br/noticia_exibir.php?noticia=42860

43 Idem., p. 18.

44 CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *Alteração do limite máximo de teor alcoólico da Lei Seca*. Brasília, nov., 2008. Disponível na internet em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1230/alteracao_limite_viveiros.pdf?sequence=1

AO

nossa cultura estimula o consumo de bebida alcoólica. Nesse sentido, o rigor introduzido pela nova regulamentação parece-nos procedente. Por outro lado, em que pese a já mencionada variabilidade individual aos efeitos do álcool, a literatura aponta que os efeitos da alcoolemia de até 0,5g/l são bastante reduzidos na maioria das pessoas. Talvez com base nesse dado, grande número de países adota esse valor como limite. Em nosso meio, existem poucos dados correlacionando nível de alcoolemia e ocorrência ou gravidade de acidentes de trânsito. O estudo mencionado (Modelli *et al*, 2008) [realizado no ano de 2005 no Distrito Federal] demonstrou que mais de 40% das vítimas fatais de acidentes de trânsito apresentavam concentração de álcool no sangue superior 0,6g/l. Apesar de o estudo não esclarecer se tais vítimas estavam ou não dirigindo no momento do acidente, tem-se que quase metade das vítimas fatais no trânsito naquele período haviam ingerido quantidade significativa de álcool”

45

86. Os argumentos científicos acerca dos efeitos da ingestão de álcool no discernimento dos motoristas e os dados estatísticos dos acidentes de trânsito motivados por essa causa são fundamentais para a aferição, inicialmente do Legislador e agora do Supremo Tribunal Federal, dos limites constitucionais de restrição à autonomia individual em prol das liberdades públicas.

87. A lei ora impugnada vence, com folga, o teste da proporcionalidade em suas três vertentes: é adequada, porque apta⁴⁶ a atingir o propósito de diminuir os riscos e danos à vida, à integridade física e à

45 *Idem*, p. 8.

46 De acordo com informações do Ministério da Saúde, divulgadas em 2010, a “Lei Seca” reduziu 6,2% as mortes ocorridas em acidentes de trânsito.

Cf.

http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=1450&CO_NOTICIA=11454

RQ

segurança dos motoristas e pedestres; é necessária, uma vez que se revela o meio mais eficaz a reduzir, drasticamente, os índices de acidentes de trânsito fatais; e é proporcional em sentido estrito, já que o custo que ela gera, de não permitir que se dirija sob influência de álcool, é infinitamente inferior aos benefícios que acarreta à segurança viária.

***Das provas admitidas para a caracterização de infração de trânsito
(art. 5º, IV, da Lei nº 11.705/08, quando altera o
§2º do art. 277 da Lei 9.503/97)***

88. O sistema processual brasileiro está assentado no princípio do livre convencimento motivado dos magistrados (art. 93, IX⁴⁷, da CR). A partir das diretrizes constitucionais (art. 5º, LVI⁴⁸), a legislação processual civil e penal delimita o rol de provas admitidas em Direito para a formação da convicção dos julgadores.

89. As modalidades de provas tradicionalmente aceitas são as previstas no Capítulo VI (Das provas) do Código de Processo Civil, cujo artigo 332 assenta como premissa que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Portanto, tem-se uma abertura normativa que qualifica como meramente exemplificativo o rol de provas estipulado pelo CPC: documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial.

47 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

48 Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

90. Por seu turno, o Código de Processo Penal⁴⁹ disciplina o assunto em seu art. 157, *caput*, de forma vaga e um pouco mais restrita, ao considerar como provas ilícitas aquelas produzidas em violação a “normas constitucionais ou legais”. Nessa construção normativa invertida, qualquer meio legal de prova será admitido desde que não contrarie a Constituição Federal.

91. Consequentemente, o legislador deixa ao encargo dos magistrados a definição, no momento da interpretação casuística das normas penais e processuais penais, a definição dos parâmetros de provas admitidas para fins de comprovação da culpabilidade do acusado e justificação da aplicação da pena. Assim, tem-se um rol não exaustivo de provas legalmente estabelecido, previamente conhecido pelos cidadãos, que poderá ser complementado caso a caso, a depender do surgimento de novas técnicas ou tecnologias de investigação, desde que respeitados os valores constitucionais.

92. As mesmas exigências são aplicáveis aos órgãos e agentes investigadores e fiscalizadores da administração pública, quando atuam perante os particulares na aferição de elementos que, porventura, caracterizem atos ilícitos. É vedado à administração pública atuar fora dos estritos limites da legalidade⁵⁰, o que reforça a garantia dos cidadãos quanto às formas de aferição da sua culpabilidade para fins de aplicação de sanções pelo Estado.

20-

⁴⁹ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

⁵⁰ Ao comentar a função primordial do princípio da legalidade em relação à noção de Estado de Direito, Gustavo Zagrebelsky relembra a regra de que “para os órgãos do Estado, aos quais não era reconhecida nenhuma autonomia originária, tudo o que não era admitido, era proibido; para os particulares, cuja autonomia, inversamente, era pressuposta como regra, tudo o que não era vedado era permitido”. Cf. *Il diritto mite – legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, p. 31.

***Dos efeitos da recusa à realização de procedimentos de aferição de alcoolemia e o direito à não autoincriminação
(art. 5º, IV, da Lei nº 11.705/08, quando inclui o §3º no art. 277 da Lei 9.503/97)***

93. Com fundamento no direito geral de liberdade, na garantia do devido processo legal e das próprias regras democráticas do sistema acusatório de processo penal⁵¹, não se permite ao Estado compelir os cidadãos a contribuírem para a produção de provas que os prejudiquem.

94. Trata-se do chamado direito à não auto-incriminação, que possui previsão normativa no direito internacional, no direito comparado e no direito constitucional.

95. No primeiro plano, tem-se as seguintes normativas: artigo 14, 3, 'g'⁵², do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, da Organização das Nações Unidas (ONU); o artigo 8º, 2, 'g' e 3⁵³, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969; o artigo 1º⁵⁴ da

51 Cf. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

52 Art. 14, 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...)

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

53 Artigo 8º - Garantias judiciais
(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
(...)

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

54 "Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram."

Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Resolução nº 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas), de 1984; e o artigo 2^{o55} da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985. Todos esses documentos foram devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e encontram-se em vigor⁵⁶.

96. No âmbito do direito comparado, mostra-se referencial a experiência constitucional dos Estados Unidos, analisando-se conjuntamente a 5^a e a 14^a Emendas à Constituição, aprovadas em 1791 e 1868, respectivamente, que assim dispõem:

“(...) ninguém será compelido a testemunhar contra si próprio no curso de um processo criminal, nem privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; (...)”

“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado no qual residem. Nenhum Estado editará ou aprovará qualquer lei que reduza privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção perante as leis”.⁵⁷

55 “Artigo 2 - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.”

56 AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Campus, 2009, p. 52/53.

57 “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law

97. *Miranda vs. Arizona*⁵⁸, de 1966, foi o primeiro *leading case* na Suprema Corte dos EUA a relacionar o direito à não autoincriminação e a cláusula do devido processo legal. Na ocasião, a Corte apreciou a questão do alcance do dever estatal de informar aos investigados sobre seus direitos de permanecerem calados e de serem defendidos por advogado.

98. Entre os diversos pontos relevantes da decisão, proferida por 5 votos a 4, destacam-se os entendimentos (i) pela incidência da garantia da 5ª Emenda tanto em processos judiciais como em procedimentos extrajudiciais (leia-se, administrativos, como é o caso do inquérito policial); e (ii) pela vedação a métodos intimidatórios que induzam os cidadãos a emitir declarações e/ou praticarem condutas que produzam provas contra si próprios.

99. No Direito Constitucional brasileiro, a vedação à autoincriminação é identificada como princípio constitucional processual implícito, a partir da norma do art. 5º, LXIII⁵⁹, da CR, relacionada à cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, LV⁶⁰, da CR) e ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII⁶¹, da CR).

“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Cf. http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html

58 384 U.S. 436 (1966).

59 Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

60 Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

61 Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

100. Assim reconhecem tanto a doutrina especializada⁶² como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-1988, que se baseia no precedente *Miranda vs. Arizona*, desde o julgamento do HC 68.929-9/SP (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/8/92), para reconhecer que o direito ao silêncio incide no processo penal e nos procedimentos administrativos, como o inquérito policial e a sindicância disciplinar, da seguinte forma: “(a) o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (b) o direito de não declarar contra si mesmo; (c) o direito de não confessar e (d) o direito de não falar a verdade”⁶³.

101. No HC 73.035-3/DF, o STF assentou:

“Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor, não haja acusados. *A garantia contra a auto-incriminação* não tem limites espaciais nem procedimentais: *estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime*” (HC 73.035-3/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/96) (grifou-se)

102. Quanto às formas de manifestação dos acusados ou investigados, as duas turmas do STF possuem entendimento firme no sentido da inadmissibilidade de manifestação compulsória pelos meios escrito e/ou vocal. Confira-se: 

62 Cf. TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009; AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Campus, 2009; QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003; e ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação – extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; e FELÍCIO, Érick Vanderlei Micheletti. O princípio da vedação universal à auto-incriminação. In: *LEX – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais*. Brasília, nº 231, ano 20, nov., 2008, p. 9/15.

63 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível na internet em: www.lfg.com.br. Acesso em 03/10/2012.

“HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido”. (HC 77135/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 06-11-1998)

“HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. O privilégio contra a auto-

incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia”. (HC 83096/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie 2ª T., DJ 12-12-2003)

103. O legislador adotou essa mesma linha de raciocínio ao conferir nova redação ao *caput* e ao parágrafo único do art. 186 do CPP, destrinchando o princípio da vedação à auto-incriminação e rejeitando quaisquer efeitos negativos a partir da opção pelo silêncio:

“Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu *direito de permanecer calado e de não responder perguntas* que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. *O silêncio*, que não importará em confissão, *não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)” (grifou-se)

104. Assim, busca-se atingir as finalidades do princípio *nemo tenetur se detegere*, que consistem em “*desestimular as práticas inquisitórias que visam à obtenção forçada da confissão, proteger os direitos fundamentais que compõem o núcleo estrutural da dignidade humana, especialmente o instinto de autopreservação, assegurar a liberdade de*

consciência e de autodeterminação, inclusive estimulando o sujeito passivo a participar do processo, fortalecendo o princípio da ampla defesa”⁶⁴.

105. Em linha diametralmente oposta, o inciso IV do art. 5º da Lei nº 11.705/08 dispõe que serão aplicadas sanções administrativas “ao condutor que se recusar a se submeter a (...) procedimentos” que identificar estado de embriaguez (“testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame” – art. 277, *caput*, do CTB). Como visto, tais determinações não são admitidas pela normatividade constitucional e infraconstitucional, nem pela jurisprudência do STF e pela doutrina especializada.

Do crime de condução de veículo automotor em condição de embriaguez e o limite de concentração de 0,6 dg de álcool por litro de sangue (art. 5º, VIII, da Lei nº 11.705/08)

106. Apesar de constar no Código Brasileiro de Trânsito, a norma em questão tem natureza penal, pois institui crime de perigo abstrato⁶⁵ voltado à tutela dos bens jurídicos segurança no trânsito e direito à vida de motoristas e pedestres.

107. Seu referencial encontra-se na tabela de valores e interesses jurídicos protegidos pela Constituição Federal, cujo núcleo central assenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Além desse fundamento, cabe ao legislador identificar na realidade social as condutas atentatórias a esses valores e elaborar tipos penais que contribuam para a sua preservação.

64 ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação – extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 93.

65 SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; e GRECO, Luís. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 12, n.º 49, jul./ago., 2004, p. 89/147.

SD

108. Assim, adota-se uma base constitucional e sociológica na definição do bem jurídico penal⁶⁶, que, no entender de Luiz Flávio Gomes⁶⁷, representa uma:

“composição ou combinação entre as teorias sociológico-funcionalistas (fundadas na ‘danosidade social’) e as constitucionalistas, concebendo que a referência constitucional e a danosidade social são critérios complementares que poderiam, juntos, finalmente, determinar o catálogo dos bens jurídicos penalmente protegíveis, é dizer, ‘merecedores’ de tutela penal. (...) Está justificado o recurso à ameaça penal somente quando o bem jurídico é ‘constitucionalmente legítimo’ e conta com ‘importância social’.”

109. Nessa perspectiva, o direito penal é relacionado à concretização do Estado Democrático de Direito, ao tutelar os bens jurídicos listados pelo poder constituinte como prioritários para o bem-estar dos cidadãos na vida em sociedade⁶⁸.

110. No caso em questão, o legislador identificou a partir de dados concretos, representados pelos antes mencionados índices de acidentes de trânsito no Brasil envolvendo o consumo de álcool, a necessidade de se reforçar a proteção a bens jurídicos de natureza supraindividual (segurança no trânsito) e individual (direito à vida de motoristas e pedestres).

00

66 BELLO, Enzo. *Perspectivas para o Direito Penal e um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 125 e ss.

67 GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 99/101 e 102.

68 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, t. I, §2º, 1ª edición. Madrid: Civitas, 1997 (Reimpresión del 2000), p. 55/56. No mesmo sentido, confira-se: STRECK, Lênio; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição – A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 34; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999; e FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

111. Em recente acórdão, proferido no HC 104.410/RS⁶⁹, o STF ratificou a constitucionalidade da tipificação de crimes de perigo abstrato, nos seguintes termos:

“Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional”.

112. Cabe ao Judiciário avaliar esses critérios para aferir se há proteção deficiente ou excessiva, porém não lhe é permitido instituir novas regras, sob pena de agir como legislador positivo. Nessa avaliação, há de se considerar alguns dos argumentos antes expendidos para justificar o limite zero para ingestão de bebidas alcoólicas por motoristas.

113. Para tanto, elaborou tipo penal que se baseia na medida de 0,5dg de álcool por litro de sangue, adotada pela maioria dos países

⁶⁹ 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 27/3/2012, p. 2-3.

investigados no estudo da OMS antes mencionado, o que indica o preenchimento do requisito de proporcionalidade e razoabilidade para se atingir a finalidade de proteção à vida e à segurança, mediante critérios racionais e eficientes.

Da suposta afronta ao interesse público pela restrição ao consumo de bebidas alcoólicas

114. A requerente sustenta que haveria contrariedade ao interesse público pela restrição ao direito de se consumir bebidas alcoólicas, com base em dois argumentos: (i) ausência de uma política eficiente de transportes públicos voltada a oferecer à população meios alternativos de deslocamento; e (ii) geração de impactos negativos no livre exercício profissional de inúmeros trabalhadores e na economia do país.

115. Pergunta-se: estes são argumentos a serem considerados por essa Corte Constitucional?

116. É fato que a interpretação da Constituição possui peculiaridades decorrentes, por exemplo, do uso de princípios e de sua elevada carga axiológica, o que levou, no Brasil, doutrina e jurisprudência a conceberem outros instrumentos e princípios para esse propósito, tal como a ponderação de interesses e a razoabilidade⁷⁰.

⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. *Parâmetros para a Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Regulatórios em Matéria Econômica. In Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Coord: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 747-748.

117. Dentre outras teorias de interpretação constitucional, há aquela defendida pelo juiz Richard Posner, da Suprema Corte norte-americana, segundo a qual, nessa tarefa, o juiz deve realizar uma análise ampliativa dos fatos, levando em conta todos os argumentos, jurídicos ou não, e avaliar as consequências sistêmicas de sua decisão⁷¹.

118. A principal objeção a tal teoria é que ela é construída a partir de uma idealização do juiz, como um ser excepcional, com talento e sabedoria para julgar, com resultados ótimos, todo e qualquer caso⁷². Ao contrário, o que se observa, de ordinário, é que temas técnicos ou científicos de alta complexidade não têm no juiz o melhor árbitro, exatamente por falta de conhecimento específico.

119. Sunstein e Vermeule chamam a atenção para o fato de que os principais teóricos da hermenêutica constitucional passaram ao largo da questão relativa à capacidade institucional do Poder Judiciário tomar determinadas decisões e avaliar os efeitos sistêmicos delas decorrentes⁷³. Sugerem que se mude o foco que vem orientando, em larga medida, a interpretação judicial: ao invés de se perguntar “*como um texto deve ser interpretado?*”, deve-se perquirir “*como certas instituições, com suas distintas habilidades e limitações, podem interpretar certo texto*”.⁷⁴

120. O caso de que ora se cuida é paradigmático, uma vez que, além de o Judiciário, com as habilidades que lhe são próprias, não ser a instituição

71 POSNER, Richard. *Pragmatic adjudication. In The revival of pragmatism: new essays on social thought, law and culture*. Org: Durham Morris Dickstein. Londres: Duke University Press, 1998. Em sentido similar o também juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Stephen Breyer: *Economic reasoning and judicial review*. Disponível em: www.aei-brooking.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840

72 SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional. Pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. ob. cit.*, p. 317.

73 SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. *Interpretations and Institutions*. John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 156. Acessível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

74 *Ob. cit.*, p. 2.

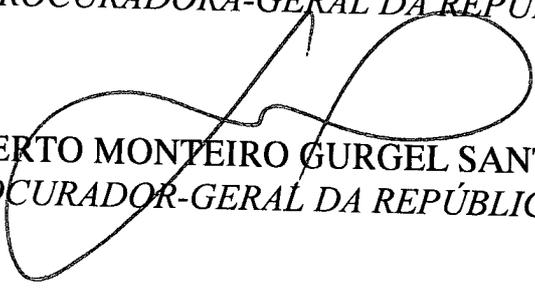
adequada para deliberar sobre questões técnicas de meio ambiente e economia, todas as implicações das medidas adotadas na Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, foram devidamente analisadas em debate amplo e democrático.

Ante o exposto, o parecer é, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação, por perda de objeto, quanto às redações conferidas pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008 aos artigos 277, §2º, e 306, ambos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997; e, no mérito, pela procedência parcial do pedido, para a declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, quando inclui o §3º no art. 277 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Brasília, 28 de fevereiro de 2013.


DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:


ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA