

***Habeas corpus* - Crime de trânsito - Embriaguez
ao volante - Teste de alcoolemia - Violação
ao princípio da não-auto-incriminação -
Inconstitucionalidade - Ilegitimidade passiva -
Autoridade coatora - Teoria da encampação -
Inaplicabilidade - Cerceamento de locomoção -
Ausência de prova pré-constituída -
Denegação da ordem**

Ementa: *Habeas corpus*. Lei 11.705/2008. “Lei Seca”. Exclusão do Secretário de Estado da Defesa Social da lide. Ilegitimidade passiva. Impossibilidade de aplicação da teoria da encampação, por inexistir vinculação hierárquica. Recusa do condutor a assoprar o bafômetro. Direito constitucionalmente assegurado de não-auto-incriminação. Risco de detenção e indiciamento pela recusa. Não-comprovação. *Writ* mal instruído. Denegação.

- A teoria da encampação consiste, basicamente, em superar a originária ilegitimidade passiva em sede de ação de mandado de segurança, quando a autoridade apontada como coatora, em que pese alegar preliminarmente a ilegitimidade passiva, enfrenta o mérito e defende o ato tido como ilegal, desde que haja vinculação hierárquica entre a autoridade apontada como coatora e a autoridade que deveria ter constado do pólo passivo do *mandamus*.

- No que diz respeito à embriaguez decorrente de álcool, somente será levado preso aquele condutor que for flagrado cometendo a infração penal - e nunca no caso de infração administrativa - e simultaneamente colocando em risco a segurança viária.

- O condutor de veículo automotor não poderá ser obrigado a proceder a testes de alcoolemia ou de sangue, em homenagem ao princípio constitucionalmente consagrado da não-auto-incriminação.

- Na ação de *habeas corpus*, o ônus da prova não só incumbe ao impetrante, como mister se faz que seja pré-constituído, devendo o mesmo instruir a inicial com todos os documentos comprobatórios das assertivas constantes da missiva.

Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.08.481054-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: Beatriz Boechat Barros - Autoridades coadoras: Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Secretário de Defesa Social do Estado de Minas Gerais, Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER PARCIALMENTE DA IMPETRAÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2008. - Alexandre Victor de Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Relatório.

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em causa própria pela paciente Beatriz Boechat Barros, buscando sanar suposto constrangimento ilegal perpetrado contra

ela, tendo sido apontadas como autoridades coadoras o Secretário de Defesa Social do Estado de Minas Gerais, o Comandante da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e o Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

Aduz a impetrante/paciente que a Lei 11.705/2008 "tem conteúdo abusivo e inconstitucional, sendo, portanto, ilegítima, além de excessivamente draconiana, ferindo princípios basilares do Direito e da Justiça, atentando contra garantias e liberdades elementares do impetrante-paciente" (f. 02).

Sustenta que quem se recusa a assoprar o bafômetro é multado, tem o carro apreendido e perde o direito de dirigir por um ano, sendo que, "em muitos casos, o cidadão é detido, levado à delegacia, preso em flagrante e indiciado em inquérito, como tem sido divulgado pela mídia" (f. 02).

Pleiteia a impetrante a expedição de salvo-conduto, para que ela possa gozar livremente de seu direito de ir e vir, sem ser obrigada a assoprar bafômetros e, se não o fizer, sofrer constrangimento e ser punida como se alcoolizada estivesse, correndo o risco de ser punida e presa.

A inicial, de f. 02/26, veio desacompanhada de quaisquer documentos.

O pedido liminar foi indeferido pelo eminente Desembargador Adilson Lamounier, em plantão de finais de semana e feriados (f. 12/13), que determinou a redistribuição do feito na forma regimental.

Vieram-me, então, os autos conclusos, quando determinei a colheita de informações das autoridades impetradas e a abertura de vista para a Procuradoria de Justiça se manifestar (f. 18/21).

Requisitadas as informações de praxe das dotas autoridades apontadas coadoras, estas foram prestadas às f. 59/69 (Secretário de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais), f. 40/48 (Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais) e f. 34/39 e 50/58 (Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais).

Instada a manifestar-se, a Procuradora de Justiça oficiante no feito opinou pelo indeferimento da inicial ou, se deferida, pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Defesa Social e, no mérito, pela denegação da ordem (f. 73/79).

À f. 81, determinei a reatuação dos autos, que haviam sido erroneamente atuados como revisão criminal.

Deferi, à f. 87, o cadastramento do nome da ilustre Procuradora do Estado de Minas Gerais, Dr.ª Heloíza Saraiva de Abreu, nos presentes autos, para que a mesma seja intimada de todos os atos relativos ao mesmo.

Após receber os presentes como *habeas corpus*, determinei sua colocação em Mesa, para julgamento (f. 89/90).

É o relatório.

Conhecimento.

Considero que o *mandamus* deva ser conhecido.

Foi inicialmente impetrado o presente *mandamus* como mandado de segurança.

Conforme ressaltei na decisão de f. 89/90, o mandado de segurança é remédio constitucional que se presta a

[...] proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e art. 1º da Lei 1.533/51).

In casu, insurge-se a impetrante contra a novel Lei 11.705/08, que, a seu sentir, fere o seu direito de não ser obrigada a produzir provas contra si mesma, podendo, caso ela produza tais provas, provocar a situação em que “o cidadão é detido, levado à delegacia, preso em flagrante e indiciado em inquérito” (f. 02). Vê-se que o objeto da impetração é amparado por *habeas corpus*, por comportar matéria atinente ao direito de locomoção da paciente.

Assim, sendo o direito, ao qual a impetrante pretende proteção, amparado por *habeas corpus*, não há que se falar em exame do mandado de segurança impetrado, nos termos dos dispositivos supramencionados.

Todavia, por se tratar de matéria urgente, e em homenagem ao princípio da fungibilidade, recebi os presentes autos como *habeas corpus*.

Passo à análise do conhecimento do *habeas corpus*.

Embora a impetrante se insurja contra a aplicação de sanções administrativas eventualmente impostas àqueles que se recusarem a assoprar o bafômetro, ou a submeter-se a qualquer outro dos procedimentos previstos no *caput* do art. 277, sanções estas que refogem do âmbito do *habeas corpus* e nem sequer podem ser discutidas por magistrado com competência exclusivamente criminal, o pedido da paciente vai além, porquanto ela supõe a existência de uma ameaça, ainda que mínima, à sua liberdade de locomoção, o que, evidentemente, é objeto de apreciação pela via do remédio constitucional.

Assim, necessário é o conhecimento da impetração.

Também não vejo razões para o não-conhecimento da matéria, em face da suposta impossibilidade de discussão de lei, em tese, em sede de *habeas corpus*, embora reconheça ser esta uma questão deveras tormentosa.

Isso porque é certo que não existe referência direta e imediata ao emprego do *habeas corpus* como meio de discussão de inconstitucionalidade de lei em tese. Entretanto, há casos de configuração de constrangimento ilegal que somente podem ser sanados, dentro da urgência que o caso requer, através desta ação constitucional.

Assim, entendo que, dada a amplitude de conhecimento da ação de *habeas corpus*, e em se tratando de

matéria que envolve, tão-somente, questão de direito e nenhuma questão de prova, é perfeitamente cabível a discussão acerca da inconstitucionalidade de norma legal, ainda que se trate de norma de caráter geral e abstrato, com efeito *erga omnes*.

Nesse sentido os seguintes julgados:

É possível a arguição de inconstitucionalidade de norma legal mediante *habeas corpus*, porque, de forma indireta, poderá ser atingida a liberdade de ir e vir do paciente (STF - 2ª Turma - RHC 76.946, Relator: Ministro Carlos Velloso - j. em 27.04.1999 - *Inf. STF* 147/2).

É possível aferir a constitucionalidade de lei pela via extrema do *habeas corpus*, uma vez que se trata de exame de questão de direito, e não de prova (TACrimSP - *Habeas corpus* - Relator: Juiz Ivan Marques - RJD 24/435).

Possibilidade de discussão da constitucionalidade de norma legal no processo do *habeas corpus*. Precedentes do STF (STF - Relator: Ministro Carlos Velloso - RHC 76.946 - *Inf. STF* 152, de 11.06.1999, e RT 768/502).

Assim, nesse mister, a meu ver, o presente *mandamus* deveria ser integralmente conhecido.

Vislumbro, todavia, uma inadequação quanto à legitimidade das autoridades apontadas coatoras pela impetrante.

Inicialmente, saliento que entendo, assim como os tribunais superiores, que, em se tratando de *habeas corpus*, a indicação genérica ou a inadequação na indicação não podem obstar a análise do mérito da impetração, por se tratar de remédio constitucional, de caráter urgente, que se presta a tutelar um dos principais direitos do cidadão, depois da vida - o seu direito à liberdade de locomoção.

Nesse sentido julgados deste Sodalício, de tribunais federais e do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A indicação inadequada da autoridade coatora, malgrado possa ensejar o não-conhecimento de *habeas corpus*, não o obstaculiza, em face de preceito constitucional que determina a apreciação de toda e qualquer ameaça ou lesão de direito (art. 5º, XXXV, da CF) (TJMG - *Habeas Corpus* nº 313.803-9/000 - Relator: Desembargador Tibagy Salles - j. em 27.12.2002).

É irrelevante, em sede de *habeas corpus*, a incorreta indicação da autoridade coatora, ou a existência de outros lapsos na peça de impetração. Remédio maior do ordenamento, o *habeas corpus* pode ser concedido até de ofício, de modo que fácil a superação de óbices processuais (TRF 2ª Região - *Habeas Corpus* nº 98.02.32648-8 - Relator: Desembargador Guilherme Couto de Castro - j. em 02.02.1999 - DJU de 02.03.1999 - RT 764/690).

O *habeas corpus* é remédio de índole constitucional, previsto com a finalidade de proteger o cidadão de eventual ameaça ilegal em seu direito de ir e vir. Eventual ocorrência de erro na indicação da autoridade coatora não pode obstar

o exame do mérito da impetração (STJ - *Habeas Corpus* nº 23.162 - Relator: Ministro Gilson Dipp - j. em 05.08.2003 - DJU de 29.09.2003, p. 287).

Assim, em princípio, não vislumbro razões para o não-conhecimento do pedido com base, tão-somente, na incorreta indicação da autoridade coatora, especialmente se levarmos em conta a especificidade do remédio constitucional com toda a sua informalidade, a qual possibilita, até mesmo, a concessão da ordem *ex officio*.

Mas entendendo também que não podemos manter na lide uma autoridade visivelmente ilegítima, cuja competência, nem mesmo remotamente, autorizaria tal autoridade a cometer o ato ilegal ou abusivo de que se defende o impetrante. Embora tal indicação errônea não impeça o conhecimento do *mandamus*, a autoridade ilegítima deve ser excluída da lide e, em seu lugar, devem responder as autoridades legitimadas passivas.

Nesse sentido é que passo à análise da legitimidade das autoridades coatoras apontadas pelo impetrante, a saber, o Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, o Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais e o Secretário de Estado da Defesa Social do Estado de Minas Gerais.

O trânsito de qualquer natureza, nas vias terrestres, abertas à circulação, rege-se pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro.

O referido Código de Trânsito Brasileiro estabelece, em seu art. 7º, quais os órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito nos âmbitos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. São eles o Conselho Nacional de Trânsito (Contran), os Conselhos Estaduais de Trânsito (Cetran) e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal (Contrandife); os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; a Polícia Rodoviária Federal; as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal e as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações (Jari).

Os arts. 19 a 24 estabelecem as competências do órgão máximo executivo de trânsito; da Polícia Rodoviária Federal; dos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; dos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal; das Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e dos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios. E dentre todos estes órgãos, aqueles que têm competência para cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições, e estabelecer diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito, executando a fiscalização, autuando e aplicando as penalidades, são o órgão executivo de trânsito do Estado, que na circunscrição do Estado de Minas Gerais é exercido pelo

Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Detran-MG e pela Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

Assim, quanto à Polícia Militar, não me restam dúvidas de que o Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais possa ser apontado como legitimado passivo da presente ação.

Já quanto ao Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Detran-MG, seria a pessoa de seu Diretor o legitimado a responder o presente *writ*. Todavia, sendo a sua chefia exercida pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, e atento à teoria da encampação, hei por bem conhecer da ação mandamental também em relação ao Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado.

A teoria da encampação consiste, basicamente, em superar a originária ilegitimidade passiva em sede de ação de mandado de segurança quando a autoridade apontada como coatora, em que pese alegar preliminarmente a ilegitimidade passiva, enfrenta o mérito e defende o ato tido como ilegal. Deve-se somar a isso, todavia, a necessária vinculação hierárquica entre a autoridade apontada no mandado de segurança (e que enfrenta o mérito - no caso o Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais) e a autoridade que deveria ter constado do pólo passivo do *mandamus* (o Diretor do Detran-MG).

Nesse sentido a jurisprudência:

Processual civil e administrativo. Cebas. Cancelamento de isenção. Necessidade de dilação probatória.

1. São três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedente da Primeira Seção: MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado.

[...] (Mandado de Segurança nº 12.779/DF - Relator: Ministro Castro Meira - j. em 13.02.2008 - DJ de 03.03.2008, p. 1).

Agravo regimental. Administrativo. Processual civil. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Teoria da encampação. Aplicação.

[...].

2. A despeito da indicação errônea da autoridade apontada como coatora, se esta, sendo hierarquicamente superior, não se limitar a alegar sua ilegitimidade, ao prestar informações, mas também defender o mérito do ato impugnado, encampa referido ato, tornando-se legitimada para figurar no pólo passivo da ação mandamental. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no REsp nº 697.931/MT - Relatora: Ministra Laurita Vaz - j. em 28.02.2008 - DJ de 07.04.2008, p. 1).

Tributário. Contribuição de melhoria. Alegada ilegitimidade passiva *ad causam* do Prefeito do Município de Canoinhas. Impossibilidade. Teoria da encampação. Autoridade coatora que, além de invocar a prefacial, sustenta o mérito do ato atacado. Preliminar rejeitada. - Se a autoridade impetrada, além de invocar a prefacial, também incursiona sobre o

mérito da impetração, revela que encampou o ato coator praticado, preenchendo aquela condição da ação (TJSC - Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2006.040485-9 - Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz - j. em 15.03.2007).

Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Delegado federal. Legitimidade da autoridade apontada como coatora. Teoria da encampação. Conclusão de curso de formação por força de medida liminar. Ausência de direito líquido e certo à nomeação.

1. De acordo com a teoria da encampação, adotada por este Superior Tribunal de Justiça, a autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, que defende o mérito do ato impugnado ao prestar informações, torna-se legitimada para figurar no pólo passivo do writ.

[...]

5. Mandado de segurança denegado (STJ - RE no Mandado de Segurança nº 11.727/DF - Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins - j. em 30.01.2007).

In casu, não obstante tenha sido apontado como autoridade coatora o Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, e não o Diretor do Detran-MG, este é hierarquicamente subordinado àquele. E aquele, na pessoa do Dr. Marco Antônio Monteiro de Castro (f. 34/39), muito embora tenha suscitado preliminar de ilegitimidade passiva, adentrou no mérito da impetração e enfrentou toda a fundamentação constante da missiva, tendo, pois, embora ilegítimo, encampado o ato da autoridade que lhe é subordinada, tornando-se legitimado para figurar no pólo passivo do remédio constitucional.

Já em relação à Secretaria de Estado e Defesa Social do Estado de Minas Gerais, não vislumbro meios de aplicar a teoria da encampação à indicação errônea da autoridade coatora.

À Secretaria cabe “planejar, organizar, coordenar, articular, avaliar e otimizar as ações operacionais do sistema de defesa social, objetivando a promoção da segurança da população”, competindo-lhe, dentre outras atribuições, “coordenar as políticas estaduais de segurança pública, elaborando-as e executando-as em conjunto com a Polícia Militar, a Polícia Civil, o Corpo de Bombeiros Militar, a Defensoria Pública e entidades da sociedade civil organizada”.

Consoante salientado pelo ilustre Secretário de Estado de Defesa Social, Dr. Maurício de Oliveira Campos Júnior (f. 59/69),

[...] não pode o Secretário de Estado de Defesa Social exercer, em nenhum momento, ato coativo ilegal ou abusivo de poder que ameace ou restrinja a liberdade de locomoção das pessoas. Entre as atribuições do Secretário não figura a fiscalização do cumprimento da Lei, nem tampouco a elaboração da mesma.

Dessarte, não está tal autoridade legitimada a permanecer no pólo passivo da presente ação.

E, nesse caso, não há que se falar em flexibilização do requisito formal exigido para a regular impetração do

pedido admitindo-se a indicação errônea de autoridades coatoras em atenção à teoria da encampação.

É que, como dito alhures, um dos requisitos para a aplicação da teoria da encampação é a existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado, o que, *in casu*, não se observa. O Secretário de Defesa Social não é hierarquicamente superior ao Comandante-Geral da Polícia Militar ou ao Diretor do Detran-MG. Dessa forma, ele não pode encampar o ato da autoridade coatora, tornando-se legitimado para figurar no pólo passivo do remédio constitucional, visto que esta autoridade não lhe é subordinada.

Assim, a meu ver, as autoridades coatoras do presente remédio constitucional são, tão-somente, o Diretor do Detran-MG (encampado pelo Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais) e o Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, devendo ser excluído da lide o Secretário de Estado da Defesa Social.

Saliento que, até então, eu vinha aceitando a inclusão do Secretário de Estado da Defesa Social na lide, exatamente em homenagem ao princípio da informalidade que norteia a impetração do *habeas corpus*. Todavia, já em uma oportunidade anterior, reposicionei-me para conhecer do *mandamus*, tão-somente, quanto às outras duas autoridades apontadas coatoras, pelos motivos exaustivamente expostos linhas acima.

Assim, em relação ao Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais e ao Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, conheço do pedido, por vislumbrar presentes os pressupostos de admissibilidade do pedido.

Fundamentação de mérito.

Insurge-se a impetrante contra a Lei 11.705/08, que alterou alguns dispositivos da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da Lei 9.294/96 (que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas).

Alega ser a novel Lei inconstitucional, porquanto a paciente “pode ser, a qualquer momento, parada em qualquer lugar da cidade, ser obrigada a assoprar bafômetros e, se não o fizer, e em regular exercício de direito constitucional, será punida, podendo ser levada detida e indiciada em inquérito” (f. 06).

Pleiteia a expedição de salvo-conduto “para que possa gozar livremente de seus direitos constitucionais, sem ser obrigada a assoprar bafômetros e, se não o fizer, sofrer constrangimento e ser punida como se alcoolizada estivesse” (f. 06).

Prima facie, insta salientar que o cabimento da ação constitucional do *habeas corpus* ocorre “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por

ilegalidade ou abuso do poder” (art. 5º, LXVIII/CR). A mesma redação se observa no art. 647/CPP.

In casu, não vislumbro qualquer ameaça ao direito de locomoção da paciente.

É necessário que fique bem clara a diferença que existe entre a infração administrativa e a infração penal, cominadas àqueles que são flagrados dirigindo sob a influência do álcool.

A primeira - infração administrativa - é disciplinada pelo art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe que constitui infração de trânsito:

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.

Tal infração, nos ditames do art. 277, § 2º, do CTB, “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”.

O § 3º do mesmo artigo estabelece que “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.

Segundo o excerto do ilustrado professor Damásio de Jesus, juntado pela própria impetrante às f. 05/06, o elemento subjetivo do tipo da infração administrativa

[...] não se perfaz com a simples direção de veículo após o condutor ingerir álcool ou substância similar. É necessário que o faça ‘sob a influência’ dessas substâncias. Assim, [...] não há infração administrativa quando o motorista realiza o tipo sem esse elemento subjetivo [...].

Dirigir veículo automotor, em via pública, “sob a influência” de álcool ou substância similar significa, sofrendo seus efeitos, conduzi-lo de forma anormal, fazendo ziguezagues, “costurando” o trânsito, realizando ultrapassagem proibida, “colado” ao veículo da frente, passando com o sinal vermelho, na contramão, com excesso de velocidade etc.

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

Assim, a infração administrativa somente será aplicada ao motorista que for flagrado sob a influência do álcool, ou seja, conduzindo o veículo de forma “anor-

mal”, ou se recusar a fazer os testes de alcoolemia elencados no *caput* do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro.

De qualquer forma, não há, nestes dispositivos, qualquer possibilidade de detenção do condutor do veículo, sendo aplicadas, tão-somente, medidas administrativas. E sendo tais medidas de cunho administrativo, a sua discussão refoge do âmbito do *habeas corpus*, nem sequer podem ser discutidas por magistrado com competência exclusivamente criminal.

Já a infração penal - que seria de competência desta Câmara para julgamento - é prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, situado na seção II, do Capítulo XVIII, que trata dos crimes em espécie.

Tal artigo, com a redação alterada pela Lei 11.705/08, disciplina que constitui crime, porquanto passível de processamento de ação penal, “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”.

A pena cominada a tal delito é de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Vê-se que o elemento objetivo do tipo é encontrar-se o condutor do veículo com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas.

Assim, se o motorista apresentar nível inferior a seis decigramas, não há crime. Se o nível for igual ou superior, há que se observar a presença do elemento subjetivo que é “dirigir sob a influência”. Ainda segundo o professor Damásio (f. 07):

Não é suficiente que o motorista tenha ingerido bebida alcoólica ou outra substância de efeitos análogos para que ocorra o crime. É preciso que dirija o veículo ‘sob a influência’ dessas substâncias (elemento subjetivo do tipo; Ganzenmüller, Escudero e Frigola). O fato típico não se perfaz somente com a direção do motorista embriagado. É imprescindível que o faça ‘sob a influência de álcool’, etc. Não há, assim, crime quando o motorista, embora provada a presença de mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue, dirige normalmente o veículo.

Depreende-se do exposto que, no que diz respeito à embriaguez decorrente de álcool, não constitui crime dirigir veículo automotor, em via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, mas estando com esta concentração e simultaneamente colocando em risco a segurança viária. E somente neste último caso há o risco de ser o condutor detido. É que o objetivo da lei, obviamente, não é proibir o consumo de bebida alcoólica de forma arbitrária e autoritária, mas promover a segurança no trânsito.

Vê-se, pois, que, para configurar tanto a infração administrativa, quanto a infração penal, é preciso estar presente o elemento subjetivo do tipo estar “sob a influência” do álcool.

De se salientar que o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é um crime de perigo concreto, e não abstrato. A infração administrativa pode admitir o perigo abstrato, mas, em hipótese nenhuma, a infração penal, sob pena de inaceitável ofensa ao princípio da ofensividade. Admiti-la no âmbito do Direito Penal seria, nas palavras do ilustrado professor Luiz Flávio Gomes, perpetuar o direito penal do inimigo:

Contentar-se, no âmbito penal, com o simples perigo abstrato significa dar curso ao abominável Direito penal do inimigo, que pune o agente sem o devido respeito às garantias mínimas do Direito penal (estando, dentre elas, o princípio da ofensividade). O Direito penal nazista fez muito uso dessa técnica legislativa consistente na infração de perigo abstrato (ou seja: mera desobediência à norma, sem nenhuma preocupação com a ofensa ao bem jurídico). Não podemos repetir o que historicamente se tem como abominável. Não podemos conceber como válida uma interpretação nazista do Direito penal (GOMES, Luiz Flávio. *Lei seca: acertos, equívocos, abusos e impunidade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 14/08/2008>).

Passando à análise do caso em questão, a paciente alega que ela “pode ser, a qualquer momento, parada em qualquer lugar da cidade, ser obrigada a assoprar bafômetros e, se não o fizer, e em regular exercício de direito constitucional, será punida, podendo ser lavada detida e indiciada em inquérito” (f. 06).

Em parte, ela está correta: caso se recuse a assoprar o bafômetro, ela pode, sim, ser punida administrativamente, nos termos do § 3º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro - obviamente que terá todo o seu direito ao contraditório e à ampla defesa assegurados em um eventual recurso, podendo até mesmo alegar a ilicitude da prova colhida.

Conforme ressaltai quando da análise do pedido liminar, estas são regras e conseqüências administrativas, que refogem do âmbito do *habeas corpus*, nem sequer podem ser discutidas por magistrado com competência exclusivamente criminal.

Contudo, muito embora ela possa ser eventualmente punida administrativamente caso se recuse a assoprar o bafômetro, em hipótese nenhuma ela poderá, por esse motivo, ter o seu direito de ir e vir tolhido. Tal hipótese somente será admissível caso ela esteja dirigindo sob a influência do álcool, ou seja, visivelmente colocando em risco a segurança viária.

Caso seja detida sem estarem presentes tanto o tipo subjetivo quanto o objetivo, a prisão deverá ser imediatamente relaxada pelo magistrado oficiante no feito, tão

logo dela tome conhecimento, porquanto se trata de uma prisão ilegal. Em assim não procedendo o juiz, aí, sim, caberá a impetração de *habeas corpus* liberatório perante esta 2ª instância, com a comprovação de todo o alegado.

In casu, não houve tal ameaça à liberdade de locomoção da paciente; embora se ache ameaçada de sofrer violência ou coação em seu direito de ir e vir, ela não trouxe aos autos indícios sérios e fundados que comprovem tal suspeita, limitando-se a narrar o seu temor, sendo impossível, pois, o acolhimento de seu pleito. A concessão de salvo-conduto, neste caso, somente seria possível se houvesse, de fato, um risco iminente de a paciente ser detida por simplesmente se recusar a assoprar o bafômetro. O simples receio de a paciente vir a ser presa não se mostra suficiente para a expedição do salvo-conduto. Nesse sentido os seguintes julgados:

Ementa: *Habeas corpus* preventivo. Não-cabimento. Inexistência de violação ou ameaça iminente à liberdade de ir e vir. Receio infundado do paciente que não justifica a concessão do salvo-conduto. Ordem denegada (TJMG - HC nº 1.0000.04.405111-8/000 - Relator: Desembargador Sérgio Resende - j. em 11.03.2004 - pub. em 24.03.2004).

Ementa: *Habeas corpus* preventivo. Prisão. Decreto. Eventualidade. Constrangimento ilegal. Salvo-conduto. Temor infundado. - A insinuação de eventual decreto de prisão traduzida em mero temor e receio, infundados, do paciente, em nada ameaçado em seu direito de ir e vir, desautoriza-lhe o alcance de salvo-conduto pretendido em *habeas corpus* preventivo.

Habeas corpus que se denega (TJMG - HC nº 1.0000.04.-409998-4/000 - Relator: Desembargador Tibagy Salles - j. em 08.07.2004 - pub. em 03.08.2004).

Ementa: *Habeas corpus* preventivo. Inexistência de lesão ou ameaça de lesão ao direito de ir e vir do paciente. Falta de interesse de agir. Não-conhecimento.

- O pedido de *habeas corpus* somente será necessário na hipótese de ocorrência de restrição da liberdade de pessoa física ou ameaça de sua ocorrência, mesmo que remota.

- Entretanto, se pelo teor da impetração, ou das informações prestadas pela autoridade apontada coatora, ficar evidenciado que a coação não existe ou sequer pode vir a ocorrer, faltar-lhe-á interesse de agir (TJMG - HC nº 1.0000.04.413252-0/000 - Relatora: Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires - j. em 11.11.2004 - pub. em 07.12.2004).

Certo é que não existem motivos para a paciente ser levada presa sem a comprovação da execução de uma infração penal, e a recusa em assoprar o bafômetro não constitui infração penal.

Não há, nos autos, um único documento que comprove esse risco de detenção. Seria necessário existir, conforme assinaei na análise do pedido liminar, alguma comprovação de que os agentes de trânsito estivessem agindo de forma arbitrária, efetuando prisões de quem simplesmente se recusasse a assoprar o bafômetro, tal

como publicações de jornais sobre o *modus operandi* das operações de trânsito, testemunhos de pessoas que tivessem sofrido os constrangimentos referidos na inaugural, vídeos de emissoras de televisão que tivessem captado as operações da forma como alegado pelo impetrante etc.

Sabe-se que o *habeas corpus* é medida urgente, de cognição sumaríssima, em que a prova, feita unilateralmente, há de ser preconstituída. Cabe exclusivamente ao impetrante o ônus de produzir toda e qualquer prova em favor do paciente.

Dessarte, nas palavras do eminente colega Desembargador Antônio Armando dos Anjos,

[...] limitando-se o paciente a fazer abstratas conjecturas sobre a nova Lei nº 11.705/08, não havendo qualquer referência ou princípio de prova no sentido de que as apontadas autoridades coatoras teriam cometido qualquer ilegalidade ou abusividade contra o direito de ir e vir do paciente, ou que estariam na iminência de fazê-lo, ainda que através de seus comandados ou subordinados, impõe-se a denegação da ordem, pois a concessão de um salvo-conduto só se justifica quando existirem sérios e fundados receios, o que não se vislumbra na hipótese em julgamento (TJMG - HC nº 1.0000.08.478874-4/000 - Relator: Desembargador Antônio Armando dos Anjos - j. em agosto de 2008, mas ainda não publicado).

Aliás, bastante pertinente a observação do nobre colega, no mesmo julgado, quando diz que o pedido deduzido na peça de ingresso - que é idêntico ao dos autos em análise -,

[...] traduz-se em verdadeira pretensão de conseguir do Poder Judiciário um salvo-conduto genérico para livremente dirigir veículo automotor sob a influência ou não de bebida alcoólica, escapando, injustificadamente, do regular poder de fiscalização que a lei em discussão confere às autoridades de trânsito.

Por todo o exposto, não havendo a demonstração concreta do iminente risco de violência ou coação na liberdade de locomoção da paciente, não há que se falar em concessão de *habeas corpus* preventivo, motivo pelo qual denego a ordem impetrada.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e PEDRO VERGARA.

Súmula - CONHECERAM PARCIALMENTE DA IMPETRAÇÃO E, NA PARTE CONHECIDA, DENE-GARAM A ORDEM.

• • •