

42
E

HC. Nº: 801049.5/1
COMARCA: SÃO PAULO
IMPTE. : PERCIVAL MENON MARICATO
IMPDO. : SECRETÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA DE SÃO PAULO E
OUTROS
FACTE. : PERCIVAL MENON MARICATO

Vistos, etc

Trata-se de "habeas corpus" preventivo, objetivando-se que o paciente não seja obstado em seu direito de ir e vir, não sendo obrigado a submeter-se ao chamado "bafômetro", nem tampouco penalizado por tal negativa.

Não há, na questão posta nos autos, conteúdo penal. Centra-se o remédio heróico na liberdade de ir e vir nem assim em penalidades administrativas.

Dentre as autoridades apontadas como coatoras, aparece o Secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo.

Dai a competência da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A lei 11.705, de 19/6/05, alterando diversos dispositivos do Código Brasileiro de Trânsito (lei n. 9.503/97), depois de dar nova redação ao seu art. 165 ("Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência"), punindo tal conduta com multa e suspensão do direito de dirigir por doze meses, se dá nova redação ao art. 276 ("Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código"), determina, no art. 277, § 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".

Em outras palavras, se houver recusa do condutor em submeter-se ao teste do bafômetro estará sujeito à multa de R\$ 955,00 (novecentos e cinquenta e cinco reais), à suspensão, desde logo, do direito de dirigir por doze meses, e retenção do veículo.

Ocorre, no entanto, que a Constituição Federal consagra princípio segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo. Discorrendo sobre o mesmo, verdadeiro complemento dos princípios do devido



processo legal e da ampla defesa, Antonio Magalhães Gomes Filho, citado por Alexandre de Moraes, afirma que "o direito à não-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis de repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional" (Constituição do Brasil Interpretada, Ed. Atlas, p. 400).

Ora, não se pode punir alguém, ainda que administrativamente, pelo fato de exercer direito constitucionalmente assegurado.

De fato, se a Constituição Federal assegura o direito de não fazer prova contra si mesmo, não se há de punir alguém que exerce tal direito.

A regra em questão, numa análise perfunctória, própria da cognição sumária que marca essa fase processual, se reveste de inconstitucionalidade.

Mas não é só. É preciso que se lembre do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que a doutrina, de forma unânime, considera consagrado na Constituição Federal.

Outrossim, expressões do princípio da proibição de excesso (tomado, neste passo, com limitador do poder normativo do Estado) são os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Porque o próprio princípio de proibição de excesso pode ser tido como de proporcionalidade em sentido amplo.

O princípio de adequação exige que toda e qualquer punição, seja ela de caráter penal, seja de caráter administrativo, apenas possa ser aquela apta para a tutela do bem jurídico e que a medida adotada seja também **adequada à finalidade perseguida.**

O princípio da necessidade, por sua vez, estabelece que as punições somente sejam aplicadas quando **necessárias.**

Por último, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito obriga a **ponderar a gravidade da conduta, o objeto da tutela, e a consequência jurídica.**

O princípio dirige-se tanto ao legislador, quando da elaboração da norma, como ao juiz, no momento de impor a sanção.

Ora, não se podem dizer adequadas, necessárias e proporcionais aquelas penalidades em relação ao motorista que seja surpreendido "com qualquer concentração de álcool por litro de sangue" (art. 276, caput).

Estarão sujeitos à mesma pena, nos termos da legislação em causa, tanto os motoristas que foram surpreendidos dirigindo **completamente embriagados,** como

43
7

aqueles que tiverem ingerido pequena dose, com o perfeito domínio de seus reflexos, sem representar qualquer perigo ao trânsito.

Não se está a negar a necessidade de severa punição aos motoristas que dirigem embriagados. Mas daí a punir, também com severidade, quem dirige após ingerir um copo de cerveja, ou um copo de vinho, exemplificativamente, vai uma larga distância.

Os jornais, as rádios e os canais de televisão têm mostrado os absurdos que estão sendo cometidos, com a detenção de motoristas que, embora com alguma concentração de álcool por litro de sangue, não se podem dizer embriagados.

Esse fato, por si só, caracteriza o justo receio que acomete o impetrante, e justifica a concessão da liminar.

Por tais razões, concedo, liminarmente, ordem de salvo conduto ao paciente para que, caso se negue a submeter-se ao bafômetro em diligência policial, não seja obrigado, por esse fato, a comparecer a repartição policial, não seja lavrada multa, não lhe seja imposta a penalidade administrativa de suspensão do direito de dirigir, e não seja apreendido o seu veículo.

Notifiquem-se as autoridades coatoras. Com as informações, ao vencido o prazo de apresentação, à Doutra Procuradoria da Justiça, para manifestação.

Expeça-se o salvo conduto.

Intimar.

São Paulo, 8 de Julho de 2.008.

MÁRCIO FRANKLIN ROQUEIRA
 RELATOR

44
 E