

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0319040-96.2014.8.19.0001

APELANTE : THIAGO NICOLAY (autor)

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

RELATORA: DES. SIRLEY ABREU BIONDI

Ação anulatória c/c repetição de indébito e obrigação de fazer. Detran/RJ no pólo passivo. Operação realizada na rua, conhecida como “lei seca”, em 01/09/2013, em rua da cidade de Petrópolis. Condutor de veículo automotor parado pelo agente público, negando-se a realizar o popularmente chamado “teste do bafômetro”. Informação dada quanto à ingestão de apenas um “bombom de licor”. Sentença de improcedência. Decisão monocrática prestigiando a decisão de Primeiro Grau. Agravo Interno. Reconsideração pela Relatoria, incluindo-se o feito em pauta, para julgamento pelo Colegiado. Discussão a respeito da legalidade ou não, das sanções aplicadas ao condutor do veículo, consistentes na suspensão por 1 ano, do direito de dirigir, pagamento de multa e recolhimento da carteira de motorista, tendo por base a negativa em se submeter ao teste do “bafômetro”. Inteligência dos arts. 277 e 165 do CTB, com a redação da Lei nº 12.760/2012. Mudança de entendimento da Relatoria, após o reexame minucioso dos autos. *In casu*, a negativa do

condutor a se submeter ao teste do “bafômetro” afigura-se como legítima, diante da legislação aplicável à espécie na época do evento, sendo certo que ninguém está obrigado a produzir prova contra si. Inexistência de provas atestando indícios de ingestão de bebida alcoólica, bem como de atos perpetrados de modo a colocar em risco a incolumidade física do autor, de outros condutores de veículo ou transeuntes. Inquestionável discrepância no tocante à proporcionalidade e razoabilidade na punição aplicada ao administrado. Simples afirmativa quanto à ingestão de um “bombom de licor”, que não pode ser considerada conduta violadora dos dispositivos legais previstos no CTB, se desacompanhada de prova concreta a respeito da presença de álcool na corrente sanguínea do motorista. Não observância do princípio *nemo tenetur se detegere*. Solução encontrada pela Julgadora de Primeiro Grau, que mais se coaduna com a redação atual do art. 165-A do CTB, introduzido pela Lei nº 13.281/2016, cuja vigência se deu em novembro de 2016, não podendo ser aplicado de forma retroativa ao caso narrado nos autos. Em que pese o fato do art. 165-A do CTB não estar sendo formalmente questionado na presente ação, vale o registro de que o exame minucioso, “caso a caso”, deve ser empregado com a devida atenção às suas nuances e peculiaridades, justamente para que seja aplicada a solução mais adequada ao conflito estabelecido, sopesando, o Judiciário, todos os princípios que regem o Direito, interpretando a lei de forma teleológica, axiológica e sistemática, zelando pela correta aplicação da lei no tempo e no espaço, levando em conta, sempre, a razoabilidade e proporcionalidade. Precedente

desta Corte, na mesma direção. **PROVIMENTO DO RECURSO**, invertendo-se os ônus da sucumbência, acolhendo-se os pedidos contidos na inicial. Sem pagamento de custas pela autarquia, vencida, que deverá apenas recolher a taxa judiciária. Devolução do valor da multa paga indevidamente, com juros de mora a partir da citação e correção monetária a partir do efetivo desembolso. Pontuação negativa no prontuário do autor que deverá ser retirada no prazo de 5 dias.

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

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

RELATÓRIO

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

VOTO

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

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

Conforme visto, a sentença foi de improcedência, vindo aos autos, o recurso de apelação do autor, buscando, por óbvio, o acatamento da sua tese inicial. E através de decisão monocrática, a r. sentença foi mantida. Ingressou o autor, em seguida, com Agravo Interno, devidamente recebido, sendo determinado o julgamento pelo Colegiado.

Assim, em sendo submetido o recurso do autor, à apreciação do Colegiado, necessária se faz a reapreciação da matéria pela Relatoria. E após novo exame minucioso de todos os argumentos apresentados pelas partes, entendo assistir inteira razão ao recorrente.

Importante destacar, nesta oportunidade, que a mudança de posicionamento da Relatoria se dá justamente por conta das peculiaridades do

caso em estudo, principalmente no tocante à lacuna da **legislação que regulava a matéria na época dos fatos**. E o que ocorreu? A explanação de motivos pela parte autora, a forma como se deu a abordagem, as penalidades que lhe foram impostas, tudo isso leva a uma mera presunção, no sentido de que o agente administrativo entendeu que o autor havia ingerido bebida alcoólica. Entretanto, conforme já assinalado, nada há nos autos que demonstre ou autorize inequivocamente, a aplicação das penalidades previstas no CTB, pela autarquia.

Vejamos, pois.

Consta dos autos, e de forma clara, que **o autor foi autuado em 01/09/2013** (mov.000022), na Praça Rui Barbosa, na cidade de Petrópolis, às 02h:10min, por “**dirigir sob a influência de álcool**”... havendo menção expressa a uma declaração feita pelo autor, no local, de “**ter ingerido um bombom de licor**” e sua recusa em ser submetido ao teste do etilômetro.

Inconformado com as penalidades que advieram em decorrência da simples recusa em se submeter ao teste proposto, o autor ingressou em Juízo, visando a anular a multa e a suspensão que lhe foi imposta, restringindo o seu direito de dirigir durante 12 meses, além de buscar também, a retirada da anotação negativa de pontos em seu prontuário, tudo por conta da recusa em soprar o aparelho conhecido como “bafômetro”.

Pois bem.

Alega o apelante: I - não ter ingerido bebida alcoólica; II - não ter sido constatado que ele apresentava estar alcoolizado; III - não ter praticado nenhuma manobra arriscada com o veículo; IV - não ter causado transtorno a quem quer que seja. O único ato praticado pelo

autor, segundo sua narrativa, teria sido a sua negativa em fazer uso do etilômetro.

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

Neste ponto, impõe-se esclarecer o inteiro teor de dispositivos citados na douda decisão, trazendo à baila a redação atualizada, com a devida menção ao texto em vigência na época do fato narrado nos autos (**grifos nossos**):

Art. 277 - **O condutor de veículo automotor** envolvido em acidente de trânsito ou que **for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste**, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

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

Infração - gravíssima

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência) **(LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016:** Art. 7º Esta Lei entra em vigor: I - na data de sua publicação, em relação aos arts. 3º e 4º; e II - após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial (publicação oficial em 05/05/2016), em relação aos demais artigos).

Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no *caput* em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Em assim sendo, a nosso ver, a interpretação empregada pelo nobre sentenciante nos gera a impressão de que condutas diferentes entre si podem sofrer, ao arrepio do princípio da proporcionalidade, a mesma punição, indistintamente.

Este o quadro com o qual nos deparamos:

Pessoa que ingere bebida alcoólica e se submete ao teste do etilômetro – sofre penalidades previstas no CTB

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

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

Logo, a interpretação dos dispositivos previstos nos arts. 277 e 165 do CTB, com a redação de 2012, tem sido num único sentido, mesmo que a realidade fática demonstre que as condutas individualmente praticadas sejam absolutamente diversas entre si, traduzindo verdadeira injustiça. E o espírito da lei não é esse. Ao contrário, a intenção do legislador é punir quem deve ser punido, desde que o condutor do veículo tenha violado comprovadamente a lei. Da forma como consta na r. sentença, não há diferença de tratamento entre quem ingere bebida alcoólica e quem não ingere, presumindo-se culpa absoluta do indivíduo, caso

ele não concorde em passar pelo teste do etilômetro. Ora, as penalidades existem e DEVEM ser aplicadas para quem apresenta efetivamente álcool no sangue e NÃO para aqueles que não apresentam.

Em verdade, o argumento constante da sentença no sentido de que **“a recusa da parte autora em se submeter ao teste de etilômetro fez com que a Administração lhe aplicasse as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB”**, não pode prosperar, à medida que, ainda que o próprio autor tenha admitido ter ingerido um bombom de licor, tal fato por si só, **não autoriza o agente público a deduzir, imaginar, presumir ou admitir por conta própria**, que existe álcool no organismo do administrado. No mínimo, seria necessário o agente descrever, com minúcias, o tipo de abordagem feita, a reação do condutor, de modo a permitir uma conclusão segura no tocante à ingestão de bebida alcoólica, sua permanência no organismo, a ponto de ser detectada pelo aparelho etilômetro. Entretanto, nada consta dos autos, e incumbia ao órgão responsável pela punição aplicada ao autor, deixar evidenciada a legalidade do ato administrativo praticado, a teor do disposto no art. 333, II do antigo CPC.

De suma importância registrar o princípio da irretroatividade da lei, não sendo possível aplicar a literalidade da norma do art. 165-A do CTB, que entrou em vigor somente em novembro de 2016, à conduta praticada antes da sua existência.

Não é demais lembrar que o art. 276 do CTB, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, estabelece que qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor do veículo às penalidades previstas no art. 165 (na redação de 2012). Sim. Contudo, no parágrafo único do referido artigo **está previsto que o CONTRAN disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição,**

observada a legislação metrológica (na redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012).

Não se pode deixar de mencionar, que no ano seguinte, ou seja, em 23/01/2013, veio a Resolução Contran 432, no intuito de regular a aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503/97, valendo notar que a Resolução **é anterior à existência do art. 165-A do CTB.** A própria Resolução determina que, para a caracterização da infração administrativa ou crime relativo à conduta de “beber e dirigir”, é necessária a realização de pelo menos um procedimentos que determina. O autor não realizou o teste do etilômetro, mas não houve menção do agente a qualquer outro procedimento de verificação. Repita-se: a recusa ao exame do etilômetro não poderia ser tida como determinante para a lavratura do auto de infração porque não havia, na época dos fatos, lei formal nesse sentido, não podendo matéria que é de competência legislativa da União ser regulada por simples ato administrativo.

Atente-se para os dispositivos da Resolução n. 432 do CONTRAN, ao menos, os que são de suma importância para este caso:

Art. 3º. **A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:**

I - **exame de sangue;**

II - exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

III - teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar **(etilômetro);**

IV - **verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora** do condutor.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados **prova testemunhal, imagem, vídeo** ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se **priorizar a utilização do teste com etilômetro**.

§ 3º **Se o condutor apresentar sinais de alteração** da capacidade psicomotora na forma do art. 5º **ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro** e houver encaminhamento do condutor para a **realização do exame de sangue ou exame clínico**, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

DO TESTE DE ETILÔMETRO

Art. 4º. O etilômetro deve atender aos seguintes requisitos:

.....
.....

Parágrafo único. **Do resultado do etilômetro (medição realizada) deverá ser descontada margem de tolerância**, que será o erro máximo admissível, conforme legislação metrológica, de acordo com a "Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro" constante no Anexo I.

DOS SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Art. 5º. Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:

I - exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou

II - constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.

§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, **deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor**.

§ 2º **Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico** que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6º. **A infração prevista no art. 165 do CTB será caracterizada por:**

I - exame de sangue que apresente qualquer concentração de álcool por litro de sangue;

II - **teste de etilômetro** com medição realizada igual ou superior a 0,05 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,05 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da "Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro" constante no Anexo I;

III - **sinais de alteração da capacidade psicomotora obtidos na forma do art. 5º.**

Parágrafo único. **Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB ao condutor que recusar a se submeter A QUALQUER UM dos procedimentos previstos no art. 3º, sem prejuízo da incidência do crime previsto no art. 306 do CTB caso o condutor apresente os sinais de alteração da capacidade psicomotora. (não existe só o etilômetro como modo de aferição)**

DO AUTO DE INFRAÇÃO

Art. 8º. Além das exigências estabelecidas em regulamentação específica, o auto de infração lavrado em decorrência da infração prevista no art. 165 do CTB deverá conter:

I - no caso de encaminhamento do condutor para exame de sangue, exame clínico ou exame em laboratório especializado, a referência a esse procedimento;

II - no caso do art. 5º, os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o Anexo II ou a referência ao preenchimento do termo específico de que trata o § 2º do art. 5º;

III - no caso de teste de etilômetro, a marca, modelo e nº de série do aparelho, nº do teste, a medição realizada, o valor considerado e o limite regulamentado em mg/L;

IV - conforme o caso, a identificação da (s) testemunha (s), **se houve fotos, vídeos ou outro meio de prova complementar, se houve recusa do condutor, entre outras informações disponíveis.**

Art. 12º. Ficam convalidados os atos praticados na vigência da Deliberação CONTRAN nº 133, de 21 de dezembro de 2012, com o reconhecimento da margem de tolerância de que trata o art. 1º da Deliberação CONTRAN referida no caput (0,10 mg/L) como limite regulamentar.

Art. 14º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação

A conclusão a que se chega, e de forma lógica, é que a lacuna na lei formal impede por óbvio, a automática presunção de culpa do condutor do veículo apenas com base na negativa de realização do teste do etilômetro. Logo, a conduta do agente público apresenta-se irregular, extrapolando os limites do exercício do poder de

polícia, o que invalida, por si só, as penalidades que foram impostas ao autor, ao apelante.

Registre-se que a norma contida no art. 165-A do CTB não está sendo questionada no presente momento, apontando-se tão somente para a impossibilidade da sua aplicação retroativa. Contudo, é de conhecimento do homem médio que a tolerância ao álcool não se apresenta exatamente igual para todas as pessoas. Marcadores variantes como sexo, peso, altura, índice de massa corporal, alimentos ingeridos no dia, podem influenciar no surgimento ou não dos sintomas de embriaguez no organismo de cada indivíduo.

Além dos fatores já mencionados, é também admissível que a recusa do motorista possa estar lastreada no receio quanto à exatidão do aparelho. A preocupação merece guarida, tanto que a própria Resolução Contran 432, em seu artigo 4º., assim estabelece:

“Art. 4º. O etilômetro deve atender aos seguintes requisitos:

I - ter seu modelo aprovado pelo INMETRO;

II - ser aprovado na verificação metrológica inicial, eventual, em serviço e anual realizadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;

Parágrafo único. **Do resultado do etilômetro (medição realizada) deverá ser descontada margem de tolerância**, que será o erro máximo admissível, conforme legislação metrológica, de acordo com a "Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro" constante no Anexo I”.

De tal sorte, a desconfiança de que o aparelho apresentado para a realização do exame não preencha todos os requisitos de segurança exigidos, pode sim, gerar o comportamento negativo por parte do motorista. Entretanto, nada impede a autoridade local, responsável pela abordagem, na rua, de obter outros modos de aferição da embriaguez, ou simples ingestão de bebida alcoólica, conforme já mencionado anteriormente.

De suma importância deixar claro, que diante da recusa do autor, em ser submetido ao teste do “bafômetro”, tinha o agente público, condições de lavrar o termo de forma circunstanciada como deve ser... podia ter descrito com minúcias o comportamento do condutor do veículo, o que não ocorreu.

Cumprе lembrar a esta altura, que “cada caso é um caso”. Como já anteriormente mencionado, um organismo pode reagir diversamente de outro, no que tange à ingestão e tolerância da substância alcoólica na corrente sanguínea. Diversificando a leitura a respeito do assunto, nos deparamos com explicações das mais diversas. Chega-se ao comentário de que “uma cerveja demora a sair do organismo, enquanto uma sobremesa com licor ou conhaque tem sua concentração apenas na boca, desaparecendo em seguida do organismo”. Também há menção ao fato de que “em uma mulher de 50 kg, 3 bombons e meio com 6 ml de licor já influencia o nível de álcool no sangue, enquanto para um homem de 70 k, tal limite é atingido apenas depois de consumidos seis bombons”. E a explicação dada é que o organismo feminino produz menos enzimas que digerem o álcool, tornando maior e mais duradoura a sua concentração no sangue. Da mesma forma, “o peso também contribui sobremaneira nessa parte, concluindo-se que, quanto menor a pessoa, maior a concentração de álcool encontrado no corpo”.
[\(http://mundoestranho.abril.com.br/alimentacao/bombom-de-licor-pode-ser-identificado-no-bafometro/\).](http://mundoestranho.abril.com.br/alimentacao/bombom-de-licor-pode-ser-identificado-no-bafometro/)

Sim, a mudança de posicionamento pelo Poder Judiciário se faz necessária. E por quê? Porque até 2016 a legislação, que possuía lacuna geradora de interpretação duvidosa, vinha sendo integrada por ente que não possui competência para regular a matéria, não podendo resolução, mero ato administrativo, dizer mais do que disse a própria lei.

Em prosseguimento, conforme assinalado, no caso de recusa do condutor em se submeter a qualquer dos exames ou testes, a autoridade de trânsito responsável poderá detectar o estado de embriaguez ou uso de substâncias entorpecentes através de outros meios de prova, nos termos estabelecidos pela Resolução CONTRAN nº 432, que estabelece os requisitos necessários à constatação da presença de álcool, substância entorpecente, tóxica ou de efeito análogo no organismo humano, bem dá as diretrizes para os procedimentos que devem ser adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes.

Exemplificando: ingestão de cerveja e de um bombom de licor. A diferença é que **a cerveja** vai demorar a sair do organismo. Já um **bombom contendo licor**, é apenas a concentração que ficou na boca após comer, e que em poucos minutos desaparece. Para uma mulher de 50 kg, três bombons e meio – cada um com 6 ml de licor – bastariam para elevar o nível do álcool no sangue além do limite da “lei seca” brasileira. No caso de um homem de 70 kg, o limite sobe para seis bombons. A diferença deve-se ao fato de o organismo feminino ter menos enzimas que digerem o álcool, tornando maior e mais duradoura sua concentração no sangue. O peso também contribui: quanto menor a pessoa, mais álcool concentrado no corpo. Logo, impossível se aferir o teor alcoólico após a ingestão de uma sobremesa, tal como uma banana flambada, um creme brulée com licor de laranja, uma fatia de torta holandesa com licor de cassis ou de torta de nozes com licor de cacau. São os comentários que nos deparamos na internet -

<http://mundoestranho.abril.com.br/alimentacao/bombom-de-licor-pode-ser-identificado-no-bafometro/>.

Outra reportagem bem interessante, é a que diz respeito ao beijo que se dá em quem ingeriu bebida alcoólica... Inacreditável !!!! Já existe comprovação via elitômetro, de que se a pessoa que não bebeu, beijar na boca a pessoa que bebeu, ao ser submetida ao teste do "bafômetro", haverá registro de teor alcoólico. Deveras Interessante, as reportagens e a demonstração do que ocorre com quem não ingeriu bebida alcoólica, mas beijou quem havia ingerido, via TV Serra Dourada.

<http://www.tvsd.com.br/noticias/jmd/bafometro-pega-quem-nao-bebe>

<http://www.g17.com.br/noticia/lei-seca/homem-passa-a-noite-beijando-mulher-bebada-e-acaba-sendo-barrado-pelo-bafometro.html>

Não obstante o Poder Judiciário ser sensível aos perigos trazidos pela combinação da condução de veículos e ingestão de bebidas alcoólicas pelo condutor, o mesmo Judiciário, cuja missão principal é a busca da justiça, deve também se pautar pelos critérios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Não se pode deixar à margem deste arrazoado a observação de que, hoje, o regime de "tolerância zero" não admite que o condutor possa consumir um bombom de licor ou uma sobremesa flambada, mas admite a possibilidade de transporte no interior do veículo, pelos mesmos condutores submetidos ao CTB, de álcool, querosene, gás engarrafado, instrumentos perfurocortantes, medicamentos de uso controlado, cujas bulas recomendam que o paciente não pratique a direção de veículo automotor durante o período de tratamento.

Realmente, no caso em estudo, o autor confirmou que ingeriu um bombom de licor. Entretanto, o comportamento do autor, no momento da abordagem na rua, se negando a ser submetido ao teste proposto pelo agente administrativo, não possui o condão de autorizar a Administração, a levar adiante a presunção de que efetivamente havia certo teor alcoólico na corrente sanguínea do autor, impondo-lhe severas medidas coercitivas. E é o que se tem nos autos, ou seja, nenhuma outra prova ou indício a respeito de ingestão de “álcool”, pelo autor. O fato é que o autor foi penalizado de forma imediata e prematura em razão da interpretação dada pela Administração às normas previstas nos arts. 277 e 165 do CTB, com a redação de 2012. E, cumprindo seu papel institucional de intérprete da lei, o Judiciário pode afirmar, sem risco de invasão de competência, que se existiam outros meios de aferição de eventual embriaguez do autor, e se não havia, na época dos fatos, previsão legal expressa no sentido de que a conduta negativa do uso do etilômetro gerava a penalidade imediata, a Administração extrapolou tanto no exercício do poder de polícia, bem como regulamentar, imiscuindo-se na função do legislador.

Deveras importante, diante do contexto apresentado nos autos, ser destinada a devida atenção ao disposto no art. 8º do novo CPC, que apenas repetiu a redação do já consolidado art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. E isso, porquanto cabe ao Poder Judiciário, na interpretação e aplicação fiel das leis, **atender aos fins sociais a que elas se dirigem e às exigências do bem comum.**

E com esteio no que ora é ventilado neste voto, de acordo com as especificidades do caso concreto, merece ser citado o precedente deste Sodalício a respeito da matéria, da lavra do eminente Des. Guaraci de Campos Vianna (**grifos nossos**):

“Apelação cível. Ação anulatória c/c indenizatória. Operação lei seca em 26/01/2014. Pedido de cancelamento de infração de trânsito e da suspensão de sua carteira de motorista. Sentença de improcedência. Irresignação do autor. 1- Em suas razões sustenta basicamente o autor/apelante que não foram encontrados nenhum indício de prova que pudesse reforçar a tese do agente de trânsito, nem sequer testemunha foi utilizada para constatar que estivesse sob o efeito do álcool de modo que é necessário o cancelamento da multa, bem como a determinação de suspensão de sua Carteira de Motorista. 2- Na hipótese, a Lavratura da autuação ocorreu em 26 de janeiro de 2014, quando da vigência da Resolução N° 432, de 23 de janeiro de 2013 do CONATRAN. 3- A referida Resolução definia os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência e prevê no parágrafo único do art. 6º: “Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB ao condutor que recusar a se submeter a qualquer um dos procedimentos previstos no art. 3º, sem prejuízo da incidência do crime previsto no art. 306 do CTB caso o condutor apresente os sinais de alteração da capacidade psicomotora. **4- Compulsando os autos e das contrarrazões apresentadas pelo órgão de trânsito, verifica-se que nada há além da negativa da agravante em realizar o teste do bafômetro, ou seja, não há indicação de resistência ou qualquer outro sinal de que o**

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

Logo, por qualquer ângulo que se queira ver os fatos ocorridos e que deram causa à presente demanda, a conclusão só pode ser uma: procedência integral dos pedidos do autor. Deverá a autarquia ré, assim, proceder à retirada das anotações dos pontos negativos no prontuário do apelante, no prazo de 5 (cinco) dias, bem como devolver o valor da multa paga pelo recorrente, devidamente corrigido, restando assegurado ao demandante, o direito de dirigir, portando sua carteira de motorista.

Atente-se para a observação de que a autarquia ré está isenta do pagamento das custas, haja vista

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

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

RJ, 05/04/2017.

**SIRLEY ABREU BIONDI
DES. RELATORA**