

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
MARCELO BAZILIO NUNES

BEBIDA ALCOÓLICA E DIREÇÃO VEICULAR: OS AVANÇOS E RETROCESSOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FORMIGA-MG

2013

MARCELO BAZILIO NUNES

BEBIDA ALCOÓLICA E DIREÇÃO VEICULAR: OS AVANÇOS E RETROCESSOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
UNIFOR-MG como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Altair Resende de Alvarenga

FORMIGA-MG

2013

N972 Nunes, Marcelo Bazilio.

Bebida alcoólica e direção veicular: os avanços e retrocessos no ordenamento jurídico brasileiro / Marcelo Bazilio Nunes. - 2013.

100 f.

Orientador: Altair Resende de Alvarenga.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -

Marcelo Bazilio Nunes

BEBIDA ALCOÓLICA E DIREÇÃO VEICULAR: OS AVANÇOS E RETROCESSOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Prof. Eniopaulo Batista Pieroni
UNIFOR-MG

Prof. Adriana Costa Prado de Oliveira
UNIFOR-MG

Formiga-MG, ____ de junho de 2013.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois ele é a base da minha vida.

Em segundo lugar, a minha família, meus pais Antonio e Rosângela, pelos exemplos de educação, honestidade e trabalho, pelo incentivo na busca de meus sonhos e pelo apoio incondicional nos momentos mais difíceis. Aos meus irmãos Rodrigo e Felipe, pelo permanente companheirismo e amizade.

À minha noiva Ana Patrícia, pelo incentivo e apoio nesta caminhada.

A todos os amigos, colegas de classe, e por todos aqueles que de uma forma ou de outra contribuíram e torceram pelo meu sucesso.

Ao meu professor orientador Altair Resende de Alvarenga, pela paciência e dedicação, que através de sua vasta experiência jurídica, pode proporcionar-me base para o êxito do presente trabalho.

“ Nas grandes batalhas da vida,
o primeiro passo para a vitória
é o desejo de vencer. ”

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

Apresenta a evolução normativa disciplinadora do binômio bebida alcoólica e direção veicular. Alcoolismo, seus efeitos no organismo e suas consequências quando aliado à direção de veículo automotor. As estatísticas trágicas dos acidentes de trânsito no Brasil. Os dispositivos normativos no âmbito penal e administrativo no combate e prevenção da embriaguez no volante. Formação das provas para configuração do delito de trânsito. Os avanços, retrocessos, e as polêmicas geradas pela lei seca, e seus reflexos na aplicabilidade da referida norma no Brasil. Não obrigatoriedade do teste de alcoolemia em face do princípio da não incriminação. Inconstitucionalidade da aplicação da sanção administrativa ao condutor que recusar a realizar o teste de alcoolemia. Correntes doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil sobre o tema. O combate e punição ao condutor que dirigir e beber no direito comparado.

Palavras Chaves: Bebida alcoólica e direção veicular. Evolução normativa. Penal e administrativo. Polêmicas.

ABSTRACT

Displays the evolution of the disciplinary rules binomial alcohol and driving vehicle. Alcoholism effects on the body and its consequences when combined with the direction of a motor vehicle. The tragic statistics of traffic accidents in Brazil. The regulatory provisions under criminal and administrative law in combating and preventing drunk driving. Formation of the evidence for configuring traffic offense. Advances, setbacks and controversies generated by prohibition, and their reflections on the applicability of that rule in Brazil. No obligation breath test in the face of the principle of non-incrimination. Unconstitutional application of the administrative penalty to the driver who refuses to perform the breath test. Current doctrine and jurisprudence on the subject in Brazil. The combat and punish the driver to drive and drink in comparative law.

Keywords: Alcoholic beverage and direction vehicular. Regulatory evolution. Criminal and administrative. Controversies.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO – EVOLUÇÃO NORMATIVA	13
	2.1 Primeiras leis de trânsito.....	13
	2.2 Lei 9.503/97 (CTB).....	16
	2.3 Lei 11.705/08 (Lei Seca).....	18
	2.4 Lei 12.760/12.....	20
3	ALCOOLISMO.....	21
	3.1 Álcool e seus efeitos no corpo humano.....	21
	3.2 Embriaguez e direção veicular.....	23
	3.3 Estatísticas dos acidentes de trânsito no Brasil.....	24
4	ASPECTOS PENAIS.....	26
	4.1 Código Nacional de Trânsito (CNT) – 1966.....	26
	4.2 Código de Trânsito Nacional (CTB) – Lei 9.503/97.....	26
	4.3 Lei 11.705/08 – Lei Seca.....	27
	4.4 Lei 12.760/12.....	29
5	ASPECTOS ADMINISTRATIVOS.....	32
	5.1 Código Nacional de Trânsito (CNT).....	32
	5.2 Código de Trânsito Nacional (CTB).....	32
	5.3 Lei 11.275/06.....	33
	5.4 Lei 11.705/08 – Lei Seca.....	34
	5.5 Lei 12.760/12.....	35
6	PROVAS.....	38
	6.1 Conceito.....	38
	6.2 Meios e elementos de provas.....	39
	6.3 Classificação dos meios probatórios.....	41
	6.3.1 Prova direta e indireta.....	41
	6.3.2 Prova plena e não plena.....	41
	6.3.3 Prova real e pessoal.....	42
	6.3.4 Prova testemunha, documental e material.....	42
	6.3.5 Prova lícita.....	43
	6.3.6 Prova ilícita.....	43

6.3.7	Prova ilegítima.....	44
6.4	A licitude do teste de alcoolemia.....	45
6.5	Das perícias.....	46
6.5.1	Exame do corpo de delito.....	47
6.6	Prova testemunhal.....	49
6.6.1	Conceito.....	49
6.6.2	Características.....	50
6.6.3	Impedimentos.....	50
6.6.4	Valor probatório – testemunho policial.....	51
7	POLÊMICAS DA NORMA ATUAL.....	54
7.1	Infração administrativa.....	54
7.1.1	Suspensão do direito de dirigir.....	54
7.1.2	Recusa ao teste de alcoolemia.....	56
7.1.2.1	Inconstitucionalidade do art. 277, § 3º, CTB.....	56
7.1.2.2	Constitucionalidade do art. 277, § 3º, CTB.....	60
7.2	Infração Penal.....	63
7.2.1	Formação das provas no crime de embriaguez no volante.....	63
7.2.2	Prova exclusivamente testemunhal por agente fiscalizador....	64
7.2.3	Local do crime de embriaguez no volante.....	64
7.2.4	Natureza jurídica do crime de embriaguez no volante.....	65
7.2.4.1	Crime de perigo.....	66
7.2.4.2	Crime de dano.....	69
7.3	Classificação do crime de embriaguez ao volante.....	69
7.3.1	Após a lei 9.503/97 (CTB).....	69
7.3.2	Após a lei 11.705/08 (Lei Seca).....	70
7.3.3	Após a lei 12.760/12.....	72
8	DIREITO COMPARADO.....	73
8.1	Lei Seca no mundo.....	73
8.1.1	Canadá.....	73
8.1.2	Estados Unidos.....	75
8.1.3	México	75
8.1.4	Reino Unido.....	75
8.1.5	Portugal.....	76

8.1.6 Espanha.....	76
8.1.7 França.....	77
8.1.8 Áustria.....	77
8.1.9 Alemanha.....	77
8.1.10 Itália.....	78
8.1.11 Suécia.....	78
8.1.12 Noruega.....	78
8.1.13 Japão.....	79
8.1.14 Austrália.....	79
9 CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS.....	85
ANEXO A – Resolução nº 432/12 do Contran	92

1 INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta atualmente um grande problema social que assola toda a sociedade. Milhares de pessoas morrem vítimas de acidentes de trânsito todos os anos, tendo como fator primordial a associação da bebida alcoólica com direção de veículo automotor.

A sociedade cansada de tantas tragédias envolvendo o binômio álcool e direção exigiu do poder governamental uma solução normativa para a diminuição desta grave epidemia que agrava a cada ano em nosso país.

Por isso em 2008, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a lei 11.705/2008, também chamada de Lei Seca, que trouxe alterações legislativas importantes ao Código de Trânsito Brasileiro de 1997, com modificações tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito criminal, para prevenção e combate à direção de veículo automotor após ingestão de bebida alcoólica.

Entretanto, o Estado em uma tentativa rápida de solucionar este grave problema social, editou uma norma importante, mas que na prática encontrou muitas barreiras, dentre elas a mais polêmica, a não obrigação da realização do teste de alcoolemia pelo condutor embriagado em face do princípio da não incriminação, segundo a qual ninguém estaria obrigado a criar provas contra si mesmo.

Diante deste quadro foi promulgada no final do ano passado a lei 12.760/2012, que trouxe a ampliação das formas de se provar a embriaguez no volante, em uma tentativa de contornar os equívocos legislativos criados anteriormente, deixando a norma ainda mais rigorosa no combate do binômio álcool e direção.

No primeiro capítulo o presente trabalho fará uma abordagem sobre a evolução histórica, desde as primeiras leis de trânsito no mundo, até o atual cenário legislativo nacional.

No segundo capítulo será mostrado os efeitos no álcool no organismo humano, os sintomas, as estatísticas dos acidentes de trânsito no Brasil, e as consequências de seu uso indiscriminado como fator prejudicial na condução de veículo automotor.

No terceiro capítulo será realizado um estudo da evolução normativa brasileira da ingestão de bebida alcoólica e direção de veículo automotor no âmbito criminal, mostrando a evolução normativa, os avanços e problemas enfrentados para eficácia da norma.

No quarto capítulo, assim como no capítulo anterior, mas agora no âmbito administrativo, será feita uma abordagem evolutiva normativa, mostrando os equívocos legislativos de certos dispositivos, os progressos, e as barreiras para sua aplicabilidade.

No quinto capítulo, será feito um estudo “das provas” ligadas ao tema, o seu conceito, meios de provas, características, classificação, e sua importância para a configuração do crime de embriaguez no volante.

No sétimo capítulo serão debatidas as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais geradas pela lei seca, desde sua criação, até os dias atuais, e das que porventura virão, seja no âmbito administrativo ou no âmbito penal.

No oitavo capítulo será mostrado como os outros países do mundo enfrentam este grave problema social, de beber e dirigir, suas normas e consequências jurídicas.

O tema que será abordado neste trabalho é de suma importância para se entender as causas e as consequências jurídicas da ingestão da bebida alcoólica e direção veicular, mostrando a evolução das leis, tanto na seara administrativa, quanto na criminal, revelando os avanços, os retrocessos legislativos e as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais criadas a partir de cada alteração normativa.

2 LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Primeiras leis de trânsito

Do simples andar a pé do homem primitivo, quando as tribos deslocavam-se para outras áreas em busca de alimentos, depois a criação da roda, a domesticação dos animais e o uso destes como meios de transporte, das carroças de carga, carruagens de passageiros, e após a revolução industrial com a criação da máquina a vapor, a invenção do motor a combustão, o motor elétrico, o homem foi capaz de desenvolver uma máquina revolucionária capaz de ir de um ponto a outro com rapidez e comodidade: o automóvel.

ORTEGA Y GASSET ¹ *apud* SILVA faz uma reflexão ao tema dizendo:

O homem... dispara um novo tipo de fazer que consiste em produzir o que não estava aí na natureza, seja porque em absoluto não esteja, seja porque não está quando faz falta ... Assim faz fogo quando não há fogo, faz uma caverna, isto é, um edifício, quando não existe na paisagem, monta um cavalo ou fabrica um automóvel para suprimir espaço e tempo. [*sic*]. (SILVA, 2008, p.24).

No início, como poucas pessoas tinham condições financeiras para adquirir um automóvel, pelo fato do alto custo de sua produção, e ainda, o homem usasse muito mais cavalos e carroças como meios de transporte, naquele momento, a sociedade ainda não exigia a necessidade da implementação de leis de trânsito. Após a fabricação dos automóveis em larga escala, e pela globalização, a instalação de diversas montadoras quase em todas as partes do mundo, o veículo automotor passou a ser um objeto almejado pela maioria das pessoas.

Em toda a história da humanidade, as normas foram criadas pela necessidade do homem em organizar e disciplinar a vida em harmonia na sociedade. Na medida em que aumentavam o número de veículos circulando, surgiu então a necessidade da criação de leis para a regulamentação de sinais, de fiscalização e punição, para garantir a segurança de todos nas ruas e calçadas de nossas cidades.

¹ ORTEGA Y GASSET, José. Meditação da técnica. Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1963.

CINTRA (1997) ensina que em 1836, na Inglaterra, foi promulgada a primeira lei de trânsito chamada Lei da Bandeira Vermelha. Na época, a velocidade máxima deveria limitar-se a 10 (dez) quilômetros por hora, obrigava a que o carro fosse precedido por um homem portando uma bandeira vermelha para alertar os pedestres, há no mínimo 60 metros de distância.

A lei mais antiga que se conhece no Brasil é datada de 25 de maio de 1853, criada pela Câmara Municipal da Corte e aprovada pelo então imperador D. Pedro II, a lei que tratava sobre o tráfego de carros, *seges*² *tílburis*³ e outros veículos, no Rio de Janeiro, instalando-se também, no mesmo dia, a 1ª inspetoria de veículos no Brasil. E em uma das leis já havia uma exigência: nenhuma pessoa poderia dirigir um veículo sem que portasse uma habilitação perante uma comissão de peritos nomeados pelo Chefe de Polícia. (CORPAS, 2002).

Em 1900, o então prefeito da cidade de São Paulo, Antônio Prado, instituiu leis regulamentando o uso do automóvel na cidade, criando uma taxa para o uso da via pública. Em 1903, a prefeitura paulistana tornou obrigatória a inspeção de veículos para o fornecimento de uma placa de identificação, que seria afixada na parte traseira. Naquela época a velocidade máxima permitida nos lugares onde havia acúmulo de pessoas era de um homem a passo. Além disso, em nenhum local a velocidade poderia ser superior a 30 km/h. (LEITE, 2009).

A título de curiosidade, o primeiro acidente automobilístico no Brasil, envolveu grandes personagens de nossa história, o abolicionista José do Patrocínio e o poeta Olavo Bilac. José do Patrocínio comprou um carro em 1903, período este em que o automóvel estava longe de ser um produto de massa no País. Poucos veículos circulavam pelas ruas brasileiras. O primeiro havia sido trazido pela família de Santos Dumont, em 1892. Como se pode imaginar, o “trânsito” guiava-se mais pelo bom-senso dos motoristas do que por regras estabelecidas. O abolicionista convidou o poeta Olavo Bilac para experimentar o possante veículo movido a vapor. O modelo do francês *Serpollet* seguia padrão inglês: Bilac sentou-se à direita, no banco do motorista, e José do Patrocínio acomodou-se à esquerda, no de passageiro. Por alguns quilômetros, o poeta seguiu com o veículo levemente desgovernado, deixando os transeuntes apavorados. No final, à incrível velocidade de três quilômetros por hora, perdeu o

² Sege: carruagem com duas rodas e um assento.

³ Tílburis: carruagem com duas rodas e dois assentos.

controle da alavanca de direção e colidiu em cheio a uma árvore. Ambos saíram ilesos, mas o carro teve perca total. (PESCIOTTA, 2011).

Dezoito anos após a chegada ao Brasil do primeiro automóvel, foi publicado o Decreto n.º 8.324, de 27 de outubro de 1910, o qual aprovou o regulamento para o serviço subvencionado de transporte por automóveis. Nesse decreto, os motoristas eram ainda chamados de “motorneiros”, e se exigia que mantivessem constantemente senhores da velocidade do veículo, devendo diminuir a marcha do veículo ou mesmo parar, toda vez que o veículo pudesse causar acidente. (LEITE, 2009).

Em 1929, o governo brasileiro ratificou a Convenção de Paris de 1.909, através do Decreto nº 19.038, de 17 de dezembro de 1.929, disciplinando a circulação internacional de automóveis e a sinalização de trânsito. (BRASIL,1929).

Contudo, o primeiro código de trânsito do Brasil só foi aprovado em 1941, através do Decreto-Lei nº 2.994, de 28 de janeiro de 1941, quase duas décadas após a implantação da indústria automobilística no Brasil. Entretanto, essa norma foi revogada oito meses depois pelo Decreto-Lei n.º 3.651, de 25 de setembro de 1941, que deu nova redação ao Código, criando o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), subordinado diretamente ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, e os Conselhos Regionais de Trânsito (CRT), nas capitais dos Estados, subordinados aos respectivos governos estaduais.

Em meados e final da década de 60, de 1956 a 1961, o Brasil esteve governado por Juscelino Kubitschek (JK), período este em que houve uma grande evolução na área do desenvolvimento industrial. Abrindo a economia para o capital internacional, atraiu o investimento de grandes empresas. Foi no governo JK que entraram no país grandes montadoras de automóveis como, por exemplo, Ford, Volkswagen, Willys e GM (General Motors). Estas indústrias instalaram suas filiais na região sudeste do Brasil, principalmente, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e ABC (Santo André, São Caetano e São Bernardo). Nessa época, o Brasil vivia um período de urbanização, marcado pela industrialização e pela expansão econômica, ocorrendo um grande crescimento da frota de veículos em circulação no país.

Esse fato exigiu uma revisão das leis em vigor, culminando com a aprovação da Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966, instituidora do Código Nacional de Trânsito (CNT), que vigorou durante 31 anos.

Nas décadas seguintes, 70, 80 e 90, o número de acidentes no trânsito cresceu assustadoramente, ceifando muitas vidas, e fazendo com que a sociedade exigisse

mais rigor nas penas impostas aos infratores das leis de trânsito. Num contrassenso, o CNT não previa nenhum crime de trânsito, fazendo que, sempre que necessário, fosse utilizado o Código Penal Brasileiro para qualificar os crimes mais graves cometidos no trânsito, tais como homicídio e lesão corporal. (ALMEIDA, 2009, p. 14).

O desenvolvimento da sociedade, com o aprimoramento da tecnologia dos veículos automotores, e o grande número de acidentes de trânsito, aliado a uma norma ineficaz e ultrapassada, levou o legislador a criar um novo código de trânsito.

Foi nesse contexto, visando, sobretudo a preservação da vida humana, que foi aprovada em 23 de setembro de 1997, a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, também chamada de o “novo” Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

2.2 Lei nº 9.503/97 (CTB)

A lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, chamada de Código de Trânsito Brasileiro (CTB), foi criada com objetivo de criar instrumentos e condições para assegurar a circulação de bens e pessoas com segurança, eficiência, fluidez e conforto, trazendo consigo a previsão legal dos crimes de trânsito, dentre eles, o crime de embriaguez na direção veicular.

O CTB, ao longo dos seus 341 artigos, organizados em 20 capítulos trouxe em sua primeira parte normas com disposições de caráter claramente operacional, preventivo e pedagógico. Neste contexto, não só foram introduzidas regras gerais sobre o Sistema Nacional de Trânsito, seus objetivos, composição e distribuição de competência, como também se estabeleceram normas acerca da circulação e conduta de pedestres e motoristas, novos regramentos para a obtenção ou renovação da carteira de habilitação para conduzir veículo automotor, disposições sobre sinalizações e quanto às condições necessárias para um veículo poder entrar ou se manter em circulação, declarando ser direito de todos e dever dos componentes do Sistema Nacional de Trânsito elaborar normas voltadas especificamente para o planejamento e ampliação de ações relacionadas à educação no trânsito.

No entanto, foi na função punitiva que esta norma logrou maior sucesso e destaque, tanto é verdade que a maior parte das discussões e estudos sobre o trânsito,

após a promulgação deste Código, centrou-se nessa temática. Foram criados onze delitos, devidamente tipificados entre os artigos 302 e 312, além de disposições gerais.

Em vigor há pouco mais de 15 anos, o CTB já foi alterado várias vezes, todavia, para o tema deste trabalho, serão destacadas as modificações advindas das leis 11.275/06, 11.705/08 e 12.760/12. Estas leis serão detalhadas posteriormente.

Além dessas modificações, o CTB tem sido constantemente complementado administrativamente por Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) a fim de acompanhamento da evolução do trânsito em nosso país.

O crime de trânsito de dirigir sob influência do álcool, tipificado pelo art. 306⁴, CTB, era considerado em sua primeira redação como de perigo concreto, pois o condutor só seria preso se fosse demonstrado o perigo causado, seja trafegando em zigue-zague, envolvido em acidente, transitando em calçadas, ou qualquer outro fato que comprovasse o real perigo daquele condutor. No entanto, pela dificuldade da prova, na maioria dos casos, ficavam impunes estes infratores.

O CTB completou no ano de 2007, dez anos de vigência, e que ao longo dessa década esta norma não foi capaz de estagnar ou até mesmo diminuir o número de vítimas de acidentes de trânsito no Brasil, que cresce a cada ano que passa.

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 2007, o Brasil era o 5º país do mundo em número de mortes causados por acidentes de trânsito, com 35,1 mil mortes todos os anos, estando atrás somente de Índia (105,7 mil), China (96,6 mil), Estados Unidos (42,6 mil) e Rússia (35,9 mil). (CZERWONKA, 2012).

Diante deste cenário alarmante, e como forma de estancar a tendência de crescimento de mortes no trânsito causadas por motoristas dirigindo sob influência de álcool foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 11.705 em 2008, vulgarmente conhecida como a “Lei Seca”, que veio com o objetivo de resolver o problema do crescimento do número de acidentes, trazendo normas mais rígidas no que tange ao binômio álcool e direção.

⁴ Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

2.3 Lei nº 11.705/08 (Lei Seca)

Diante do crescente número de acidentes envolvendo condutores dirigindo sob influência do álcool, entrou em vigor no dia 20 de junho de 2008, a Lei nº 11.705/2008, também chamada de Lei Seca que trouxe modificações tanto na Lei nº 9.264/1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, e principalmente no Código de Trânsito Brasileiro, alterando de maneira relevante a redação dos artigos que disciplinam a infração administrativa e o ilícito penal, ambos relacionados à direção de veículo automotor sob a influência de bebida alcoólica.

Com o claro objetivo de inibir o consumo de bebida alcoólica pelo condutor de veículo automotor, foi editada pelo Poder Executivo a Medida Provisória nº 415, publicada em 21 de janeiro de 2008, que previa, em síntese, a proibição da comercialização de bebidas alcoólicas nas rodovias federais, sob pena de multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), bem como a obrigação de fixar, em local de ampla visibilidade, aviso indicativo daquela vedação, também sob pena de multa em caso de descumprimento, além de alterações de alguns artigos do Código de Trânsito Brasileiro relacionados à punição dos motoristas alcoolizados.

Após algumas emendas na Câmara dos Deputados, a referida MP foi encaminhada ao Senado Federal como Projeto de Conversão nº 13/2008, e aprovado com sete emendas do relator-revisor.

Convertida na Lei Ordinária nº 11.705/2008, o texto final definiu, em resumo, dois objetivos: estabelecer índice de alcoolemia zero para os condutores de veículos automotores e impor penalidades mais severas para quem optar por dirigir sob a influência do álcool, sendo ambos tendo por fim diminuir os índices de acidentes automobilísticos, número de mortos e feridos causados por estes condutores.

Dentre as alterações promovidas pela “Lei Seca”, aquelas que mais geraram polêmica fazem referência ao crime de embriaguez ao volante, que exigiu a comprovação do teor alcoólico para comprovação da embriaguez e às sanções administrativas previstas ao condutor que se recusar ao teste de alcoolemia.

Com relação ao novo tipo penal de embriaguez ao volante a controvérsia gira em torno da classificação do delito, se este é de perigo concreto, de perigo abstrato ou de dano. Quanto à discussão das penalidades impostas aos que se recusarem ao teste

do “etilômetro” a divergência decorre da não obrigatoriedade do referido teste e da consequente inconstitucionalidade de tais penalidades.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) definiu o tipo penal do art. 306, CTB, com a nova redação dada pela lei 11.705/08, como crime de perigo abstrato, bastando somente a comprovação do teor alcoólico para a tipificação do crime:

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109269-MG. Habeas Corpus. Penal. Delito de embriaguez ao volante. Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Alegação de inconstitucionalidade do referido tipo penal por tratar-se de crime de perigo abstrato. Improcedência. Ordem Denegada. Impte.: Defensoria Pública da União. Pacte.: Juliano Pereira. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª turma, 27 set. 2011.

Ainda, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que somente o etilômetro ou exame de sangue seria capaz de aferir o teor alcoólico do condutor, tendo em vista que o tipo penal expressamente prever um valor objetivo para que seja considerado crime de trânsito:

Superior Tribunal de Justiça. RE nº 1111566-DF. Processual Penal. Averiguação do índice de alcoolemia em condutores de veículos. Vedação à autoincriminação. Determinação de elemento objetivo do tipo penal. Exame pericial. Prova que só pode ser realizada por meios técnicos adequados. Decreto regulamentador que prevê expressamente a metodologia de apuração do índice de concentração de álcool no sangue. Princípio da legalidade. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Luiz Ferreira. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Seção, 28 mar. 2012.

Após a decisão do STJ anteriormente mencionada, a lei que ora foi introduzida no ordenamento jurídico como forma de diminuição de acidentes e preservação da vida, tornou-se ineficaz tendo em vista que o condutor não estaria obrigado a realizar o teste de alcoolemia sobre o pálio do princípio de que ninguém seria obrigado a criar provas contra si mesmo.

Com isto a lei, pelo menos na esfera penal, tornou-se desmoralizada e desacreditada perante a sociedade.

2.4 Lei nº 12.760/12

Como alternativa jurídica de não ferir princípio constitucional, e tornar eficaz uma lei de extrema importância para o país foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro

no final do ano de 2012, a lei nº 12.760/12, a qual trouxe a exclusão do nível do teor alcoólico do tipo penal incriminador, além do aumento da multa, que antes era multiplicada por 5 a multa gravíssima, agora é multiplicada por 10, e passa de R\$957,70 para R\$1.915,40. Além disso, quem for flagrado dirigindo alcoolizado pela segunda vez, no período de 1 ano, pagará o dobro do valor, ou seja, R\$ 3.830,80. (DPRF, 2012).

A nova Lei Seca não alterou somente os valores das penalidades, mudou também os métodos para se comprovar a ingestão de álcool por parte dos motoristas. Agora, além do exame de sangue, exame clínico e do popular “teste do bafômetro”, os agentes de trânsito poderão lançar mão de provas testemunhais, vídeos, fotos e constatação de sinais visíveis de embriaguez. (DPRF, 2012).

Com a nova redação do art. 306, CTB, o condutor sob influência do álcool dirigindo veículo automotor, recusando ao teste de alcoolemia, continuará a ser punido administrativamente com multa, suspensão do direito de dirigir por 1 ano, e o veículo retido até apresentação de condutor habilitado que esteja sóbrio. Haverá o recolhimento da CNH imediata, no entanto, será devolvida ao condutor após o mesmo não estiver mais sob a influência do álcool. E ainda, poderá ser preso e conduzido à autoridade policial a partir de outras provas, vídeo, imagens ou testemunhas.

A maior polêmica que se forma é quanto à punição administrativa, pois o condutor através do princípio não incriminação, não estaria obrigado a criar provas contra si mesmo, entretanto, atualmente, mesmo o condutor fazendo uso deste direito, sofrerá sanção administrativa quando da recusa ao teste de alcoolemia.

Na seara criminal, se o condutor recusar aos testes de alcoolemia, a prova testemunhal por terceiros, ou pelo próprio agente fiscalizador, seriam capazes de provar a alcoolemia do condutor? O agente fiscalizador ou terceiros teriam capacidade técnica para formarem tal prova? Estas são algumas indagações, que serão fomentadas a partir desta nova lei, e que serão discutidas mais detalhadamente nos capítulos seguintes.

3 ALCOOLISMO

No Brasil quando se fala em drogas logo imagina-se as drogas ilícitas, como maconha, crack, ecstasy, cocaína, entre tantas outras. Entretanto, o grande vilão está camuflado sob o manto do socialmente aceitável. O álcool não é considerado uma droga que causa dependência física e psicológica por grande maioria das pessoas. Sua venda sofre restrições pelas leis, mas na realidade é pouco fiscalizado. O álcool integra a cultura atual ligada ao lazer e à sociabilidade, como por exemplos, em reunião na casa de amigos, ou depois do trabalho, na balada nos finais de semana, tudo isto não têm sentido sem a bebida alcoólica.

3.1 Álcool e seus efeitos no corpo humano

Segundo FERREIRA (2008), o álcool em sua essência química é uma classe de compostos orgânicos que possui na sua estrutura, um ou mais grupos de hidroxilas (-OH) ligados a carbonos saturados. É, usualmente, utilizado como combustível, solvente e esterilizante. É o componente principal das bebidas alcoólicas.

O médico LARANJEIRA (2013), coordenador da Unidade de Pesquisa em Álcool e Drogas na Escola Paulista de Medicina na Universidade federal de São Paulo explica o trajeto do álcool no organismo até sua eliminação:

O álcool quando ingerido pelo ser humano é absorvido rapidamente pelo estômago e duodeno e, em instantes, cai na circulação sanguínea. Na primeira passagem pelo fígado, começa a ser parcialmente metabolizado, ou seja, o organismo procura formas para livrar-se dele, destruindo suas moléculas e expelindo pequena porcentagem delas pela urina, suor, hálito. O que sobra desse metabolismo inicial vai exercer sua ação em todo o organismo, pois são necessárias várias passagens pelo fígado para que ele seja destruído completamente. É no fígado, portanto, que a estrutura química do álcool é alterada e ele é decomposto em gás carbônico e água. Dentro do processo de entrar álcool e sair CO₂, existe a formação de uma substância intermediária, o acetaldeído, que é muito mais tóxica e lesiva para o fígado e para o organismo como um todo do que o próprio álcool.

O referido médico esclarece ainda os efeitos desta substância no organismo humano dizendo que:

O efeito relaxante das doses iniciais do álcool desaparece com o aumento do consumo. Se o convívio com uma pessoa embriagada incomoda, isso não é nada diante dos males que o álcool pode causar e que não se restringem às doenças do fígado. A labilidade emocional que num instante transforma o alcoolista risonho num indivíduo violento é responsável não só pelo aumento da criminalidade, mas também pela desestruturação de muitas famílias. (LARANJEIRA, 2013).

Para DEL-CAMPO (2008, p.286-288), o alcoolismo agudo, ou seja, a embriaguez alcoólica pode ser normal ou patológico. Na embriaguez normal, comum, o usuário desenvolve os sintomas em três fases distintas. Inicialmente, mostra-se desinibido e eufórico, com vivacidade mental e motora (fase da excitação ou do macaco). A intoxicação progride e surgem comportamentos antissociais, como irritação e agressividade. Os pensamentos tornam-se confusos e comumente refletem quadro depressivo (fase da confusão ou do leão). Finalmente, o ébrio não mais consegue manter-se em pé e cai em sono profundo, que, na dependência da quantidade de álcool ingerida, pode acarretar coma e morte (fase siderativa ou comatosa ou porco).

A grande dúvida para as pessoas que bebem e dirigem seria quanto tempo tem que aguardar para que o nível alcoólico do organismo seja totalmente eliminado. Esta é uma dúvida complicada de responder. DEL-CAMPO (2008) diz que o tempo de eliminação varia de pessoa para pessoa, influenciando não apenas a quantidade de álcool ingerido, como também o tipo de bebida, o consumo conjunto de alimentos, o porte físico, a idade, o sexo.

STRAUSS (1998), presidente da Associação Latino-americana para estudo do fígado, diz que:

Na mulher, as enzimas que metabolizam o álcool são menos ativas. Com isso, quase tudo vai para a circulação. Os magros também ficam embriagados com mais facilidade porque o álcool se dissolve com a gordura. Os gordos absorvem melhor. A duração da embriaguez também depende do hábito de beber. Aqueles acostumados desenvolvem uma certa resistência.

Como a eliminação do álcool no organismo depende de vários fatores, o farmacêutico SANTOS (2013) explica esta questão tomando como base o perfil de um homem médio de 70 kg. Segundo este autor, o corpo elimina cerca de uma dose de álcool por hora. Esta dose pode ser de uma lata de cerveja, um chope, uma taça de vinho, ou um copinho (70-80 ml) de algum destilado, como por exemplo, aguardente de cana, uísque, conhaque. Portanto, se este homem consumir 04 (quatro) latas de cervejas, terá que esperar no mínimo 04 (quatro) horas para dirigir. Caso tenha tomado 06 (seis) taças de vinho terá que esperar 06 (seis) horas, e assim, sucessivamente.

Importante salientar que este tempo de espera deverá ser prolongado caso este homem ingira bebida alcoólica com estômago vazio.

Ingerir bebida alcoólica com moderação é possível, mas difíceis são as pessoas que reconhecem estar fazendo uso exagerado e nocivo do álcool. Muitos ainda não são dependentes, mas incidem em riscos que deveriam e poderiam ser evitados. Não se pode esquecer de que a grande maioria dos acidentes de trânsito ocorrem quando está no volante uma pessoa alcoolizada.

Segundo estatísticas da Revista Exame⁵, mais da metade dos adolescentes brasileiros com idades entre 16 e 17 já experimentou bebida alcoólica. O primeiro contato acontece predominantemente em reuniões de família: 74% disseram beber espumantes e vinhos em datas comemorativas como Natal, Reveillon e Páscoa, segundo pesquisa do Instituto *QualiBest*, que ouviu 183 jovens na faixa etária entre 13 e 17 anos das classes A,B e C, e analisou o comportamento nos temas álcool, drogas e sexo. (MEDEIROS, 2013).

O consumo de bebida alcoólica é um problema de saúde pública que contribui para o aumento da criminalidade nas ruas, conflitos familiares, além de ser um contribuinte fatal para aquele que bebe e dirige.

3.2 Embriaguez e direção veicular

As alterações fisiológicas provocadas pelo álcool aumentam consideravelmente os riscos de acidentes, tanto para os condutores de veículos automotores ou motocicletas como para os pedestres. Beber e dirigir é apontado como um dos fatores mais graves e determinantes para acidentes de trânsito e para a gravidade de lesões e sequelas por esses acidentes em países em que os veículos motorizados são amplamente utilizados. (SILCOCK *et al.*, 2007, p. 7).

⁵ EXAME.COM. 74% dos adolescentes experimentaram bebida alcoólica em casa. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/saude/noticias/74-dos-adolescentes-experimentaram-bebida-alcoolica-em-casa74-dos-adolescentes-experimentaram-bebida-alcoolica-em-casa>>.

Pesquisas realizadas nas últimas décadas mostram de forma irrefutável que os condutores alcoolizados correm um risco muito maior de acidentes de trânsito que os condutores que não tenham ingerido bebidas alcoólicas. (SILCOCK *et al.*, 2007, p. 3).

Ao contrário do que se supõe, não é somente o condutor visivelmente embriagado o responsável pelos acidentes de trânsito, muitas pessoas que consomem quantidades relativamente baixas de álcool se envolvem em acidentes quando, por terem suas habilidades de condução prejudicadas, não conseguem reagir adequadamente a situações inesperadas. Estudos realizados na Europa sobre o tema álcool e direção comprovam cientificamente que pequenas doses de álcool são suficientes para prejudicar as habilidades de condução. Afirmam, ainda, que os itens considerados mais importantes, como: visão, atenção, habilidades psicomotoras, processamento de informação e habilidade de atenção difusa são sensivelmente prejudicados pela influência do álcool. (DEPARTAMENTO DE POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, 2012)⁶.

3.3 Estatísticas dos acidentes de trânsito no Brasil

A Organização Mundial de Saúde divulgou uma pesquisa realizada em 2009, em 178 países, e estimou que 1,3 milhões de pessoas morrem todos os anos vítimas de acidentes de trânsito. (BRASIL, 2011).

No Brasil em 2010, segundo estatísticas realizadas pelo Sistema de Informações de Mortalidade do Ministério da Saúde, mais de 42 mil pessoas morreram vítimas de acidentes de trânsito. Ainda segundo este Ministério, foram gastos em 2011, mais de R\$ 200 milhões com as 155 mil internações no Sistema Único de Saúde devido aos acidentes de trânsito. (PORTAL BRASIL, 2013).

Os acidentes automobilísticos podem ser comparados como uma grave epidemia que mata milhares de pessoas todos os dias. No entanto, por ocorrerem isoladamente não têm a mesma repercussão que as tragédias coletivas, como por exemplo, a queda de um avião.

⁶ DPRF. Conhecendo a Lei seca: por que a lei está mais rígida ?. Disponível em:<<http://www.dprf.gov.br/extranet/portalst/leiseca2012.pdf>>.

O problema é tão grave que fazendo uma comparação com o número de mortes ocorridas em acidentes de trânsito em um ano no Brasil, seria como se mais de 200 aviões lotados caíssem todos os anos ou se mais de 13 atentados terroristas do porte do dia 11 de setembro de 2001 ocorrido nos Estados Unidos acontecessem todos os anos nas ruas, calçadas e estradas do nosso país.

Conforme dados da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (Abramet), através de um estudo realizado por ADURA, F.E. *et al* (2008, p.5) em salas de emergências em São Paulo mostrou que 28,9% das vítimas de trauma atendidas apresentaram alcoolemia positiva.

O problema é grave, e precisa ser combatido de maneira séria e equilibrado, através de uma política de combate ao álcool e direção veicular, com leis claras e eficazes, com o objetivo único de garantir a paz no trânsito, e não deixar que milhares de vidas sejam ceifadas todos os anos em consequência deste problema.

4 ASPECTOS PENAIS

4.1 Código Nacional de Trânsito (CNT) – 1966

Antes da entrada em vigor do atual Código de Trânsito Brasileiro de 1997, existia no ordenamento jurídico brasileiro o Código Nacional de Trânsito de 1966, que disciplinava várias regras de trânsito, no entanto, não previa nenhuma infração penal.

Apesar de não existir à época tipificação específica para o crime relativo à associação da ingestão de bebida alcoólica e a condução de veículo automotor, o antigo texto legal abria margem a uma possível responsabilização penal do infrator que conduzisse veículo automotor embriagado, era o art. 199, inciso II, § 5º⁷, do Regulamento do Código Nacional de Trânsito (RCNT), que estatuiu que o condutor embriagado poderia ser conduzido à autoridade policial para a apuração de sua responsabilidade penal.

Como o CTN de 1966 não previa os crimes cometidos na direção de veículo automotor, o Código Penal Brasileiro era utilizado para qualificar os crimes mais graves causados no trânsito, tais como homicídio e lesão corporal.

4.2 Código de Trânsito Brasileiro (CTB) – Lei nº 9.503/97

Somente após a lei 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, que os crimes de trânsito passaram a ser previstos, dentre eles o crime de embriaguez na direção de veículo automotor, tipificado pelo art. 306⁸.

⁷ Art.199, II, § 5º (RCNT): A apreensão do documento de habilitação far-se-á quando o condutor: [...]. II - Dirigir em estado de embriaguez alcoólica ou sob efeito de substância tóxica de qualquer natureza, devidamente comprovada; (grifo meu).[...].§ 5º Nos casos dos itens I, II, III, V, VII, VIII, XI e XII o agente da autoridade de trânsito deverá diligenciar a apresentação do condutor à autoridade policial competente, a fim de que resolva sobre a apuração da consequente responsabilidade penal. (grifo meu).

⁸ Art. 306 (CTB): Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. (grifo meu).Penas: detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Na primeira redação desse artigo, o crime de embriaguez no volante era um crime de perigo concreto, exigindo para sua configuração a prova do dirigir embriagado colocando em risco a incolumidade de outrem, ou seja, deveria o condutor estar dirigindo sob influência do álcool de maneira anormal, como por exemplo, em zigue-zague, transitando em calçadas, contramão, ou envolvido em algum acidente. Caso o condutor estivesse dirigindo normalmente, mesmo estando sob influência do álcool, não poderia sofrer qualquer sanção penal.

Diante do quadro alarmante de mortes no trânsito no Brasil, e sendo o álcool e direção uma das principais causas destes acidentes, a sociedade exigia mudança na lei, a fim de garantir maior rigor para aqueles que bebessem e dirigissem.

4.3 Lei nº 11.705/08 – Lei Seca

Em 2008, foi promulgada a lei nº 11.705, também chamada de Lei Seca, a qual trouxe novas alterações normativas, dentre elas, regras sobre a venda de bebidas alcoólicas em estabelecimentos comerciais, que não é o foco do presente trabalho, e a principal e mais polêmica, a modificação da redação do crime de embriaguez na direção de veículo automotor. Foi retirada a parte final da redação do tipo penal anterior, ou seja, a exposição de dano potencial a incolumidade de outrem, estabelecendo agora que para a caracterização do crime de embriaguez no volante, o condutor deverá ter excedido o limite objetivo de 6 decigramas de álcool por litro de sangue para que o mesmo seja punido no tipo penal do art. 306.

Para grande parte da doutrina, o crime passou a ser crime de perigo abstrato, tendo em vista que basta o condutor ser flagrado com quantidade de álcool acima do limite previsto pelo artigo para o mesmo ser punido penalmente.

O doutrinador Bitencourt (2002) ensina que o perigo abstrato seria um perigo presumido⁹, ou seja, não precisa ser provado, basta que seja realizada uma ação que pressuponha a situação de perigo.

⁹ Perigo presumido: “*Juris et de jure*” - De direito e por direito. Presunção que não admite prova em contrário. Presunção absoluta.

Infelizmente, quando o legislador alterou a redação do tipo penal do art. 306¹⁰, CTB, cometeu um erro grave, pois prevendo limite objetivo de álcool no tipo penal incriminador, passou então ser terminantemente necessária a prova material para a caracterização do crime, ou seja, somente mediante o teste de alcoolemia, seja por instrumento do etilômetro, também chamado de bafômetro, ou por exame de sangue, seria capaz de dizer se o condutor excedeu ou não o limite dos 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

Diante deste novo quadro normativo, o condutor que estiver dirigindo de forma anormal, colocando em risco a incolumidade alheia não poderia ser punido criminalmente pelo tipo penal do art. 306, se não for comprovado que o mesmo excedeu o limite objetivo de alcoolemia previsto no *caput* do referido artigo.

Como no Brasil, diante do princípio da não incriminação (*Nemo tenetur se detegere*), ninguém é obrigado a criar provas contra si mesmo, o condutor recusando aos testes de alcoolemia, não mais poderia ser punido penalmente.

Para CAPPEZ (2010, p. 345) a redação do art. 306, CTB, prevista lei 11.705/08, tornou-se em tese praticamente inaplicável frente à proteção gerada pelo princípio da não incriminação, na qual diz que:

Dessa forma, a prerrogativa individual contida na Constituição Federal, em seu art. 5º, LXII, poderá, em tese, ser estendida ao condutor embriagado, o qual terá o direito de ser informado acerca da não obrigatoriedade do uso do etilômetro (bafômetro) ou da realização de exame de sangue, muito embora essa garantia possa esvaziar o tipo penal, pois todo motorista embriagado faltamente lançará mão dessa prerrogativa, a fim de inviabilizar a persecução penal, tornando letra morta o art. 306, CTB.

Diante do cenário normativo formado pela referida redação do art. 306, CTB, na época, foi debatido pelo meio jurídico, com objetivo de salvar o tipo penal em questão, se seria possível a admissão de outras formas de provas para a configuração do crime em tela, além usuais dos testes de alcoolemia.

Para dirimir esta polêmica, a 3ª Seção do STJ, em uma votação não unânime, por cinco votos a quatro, decidiu manter a obrigatoriedade do teste do bafômetro ou do exame de sangue, rejeitando outros tipos de prova (como exame clínico e depoimento

¹⁰ 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: (*grifo meu*).Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

de testemunhas) para se comprovar a embriaguez de motoristas ao volante em processo criminal:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE nº 1111566-DF. Processual Penal. Averiguação do índice de alcoolemia em condutores de veículos. Vedação à autoincriminação. Determinação de elemento objetivo do tipo penal. Exame pericial. Prova que só pode ser realizada por meios técnicos adequados. Decreto regulamentador que prevê expressamente a metodologia de apuração do índice de concentração de álcool no sangue. Princípio da legalidade. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Luiz Ferreira. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Seção, 28 mar. 2012.

Diante deste cenário, a sociedade cansada de tantas mortes no trânsito envolvendo condutores embriagados, o poder legislativo promulgou no final do ano de 2012, a lei 12.760/12, a nova lei seca.

4.4 Lei nº 12.760/12

Em uma tentativa de resolver o equívoco legislativo formado pela redação anterior do tipo penal do art. 306, CTB, e garantir a eficácia de uma norma de extrema importância para o Brasil foi promulgada no final de 2012 a nova lei seca com objetivo de deixar ainda mais rígida a legislação nacional sobre o tema.

Em uma primeira análise das mudanças ocorridas através desta nova lei, houve a supressão do termo “em via pública” quando da condução de veículo automotor como elementar do tipo penal, ou seja, anteriormente a esta norma, o crime de embriaguez no volante tipificado pelo art. 306, CTB, só estaria configurado se ocorresse em via pública, ou seja, se o motorista estivesse embriagado em vias particulares não poderiam ser punido. Agora diante da nova redação, o crime em tela, em tese, poderá ocorrer tanto em vias públicas quanto em vias particulares.

Além desta, a lei nº 12.760/12 alterou sobremaneira o tipo penal do art. 306¹¹, CTB, prevendo agora além dos testes de alcoolemia, outras provas em direito, como por exemplos: as provas testemunhais, exames clínicos, periciais, imagens e vídeos.

¹¹ Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 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 miligramas de álcool por litro de ar alveolar; ou; (grifo meu). II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da

A partir de agora, diante da nova redação, os condutores mesmo recusando aos testes de alcoolemia, como bafômetro ou exame de sangue poderão ser presos a partir de outras provas, como em uma filmagem, ou prova testemunhal realizada até mesmo pelo próprio agente da fiscalização através dos visíveis sinais de embriaguez, como por exemplos: quanto à aparência: sonolência, olhos vermelhos, odor etílico; quanto à atitude: agressividade, ironia, falante; exaltação; quanto à orientação: saber onde está, saber a data e a hora; quanto à memória: saber seu endereço; quanto à capacidade motora e verbal: dificuldade no equilíbrio, fala alterada. Neste caso, o teste de alcoolemia, como o bafômetro, passará a ser solicitado pelo condutor como forma de contra provar que o mesmo não estaria sob influência do álcool.

No que tange aos sinais notórios de embriaguez mencionados, devido à subjetividade da formação destas provas pelas testemunhas, seja policial, ou não, estas devem ser observadas com cautela. Por exemplo, olhos vermelhos, sonolência, também podem ser sinais de cansaço físico e não de embriaguez. Da mesma forma que odor etílico pode ser consequência de alguma doença, como a diabetes. Fala alterada poderia ser proveniente de um problema vocal; falta de equilíbrio poderia ser oriundo de algum problema físico do indivíduo. E ainda, pelo nervosismo da própria ocasião da abordagem pelo policial em fiscalização, a pessoa poderia apresentar sinais de nervosismo, de ironia, arrogância, não saber onde está, não saber as horas, esquecer seu endereço, etc., sem no entanto, estar efetivamente sob efeito do álcool ou outra substância psicoativa.

A lei prevendo agora várias formas para se provar a embriaguez do condutor quando na direção de veículo automotor, tornará mais fácil sua constatação pelo agente fiscalizador e conseqüentemente sua punição na esfera penal, entretanto, deverá realizá-la com cautela e responsabilidade afim de não se cometer nenhuma injustiça.

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

5. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

Assim como foi realizado no capítulo anterior, os aspectos administrativos da lei seca, também serão analisados a partir da evolução história da norma, a fim de entender sua atual conjuntura jurídica.

5.1 Código Nacional de Trânsito (CNT)

O antigo e revogado Código Nacional de Trânsito (CNT) de 1966 era menos rigoroso na penalização da condução de veículo automotor associada à ingestão de bebida alcoólica. O CTN em seu art. 89¹² estabelecia como penalidade administrativa para o condutor em estado de embriaguez alcoólica a multa do grupo I (gravíssima) e a apreensão do veículo e da Carteira Nacional de Habilitação (CNH).

A Resolução do CONTRAN nº 737/1989, em seu art. 2º¹³, definia a concentração de 8 (oito) decigramas de álcool por litro de sangue como o limite máximo de alcoolemia.

5.2 Código de Trânsito Nacional (CTB)

Em 1997, com o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei n.º 9.503/97, o art. 165¹⁴ passou a prever a infração de trânsito de dirigir sob influência do álcool veículo automotor.

¹² Art. 89. É proibido a todo o condutor de veículo: [...]. III - Dirigir em estado de embriaguez alcoólica ou sob o efeito de substância tóxica de qualquer natureza. Penalidade: Grupo 1 e apreensão da Carteira de Habilitação e do veículo.[...]. Grupo 1 - Art. 107.[...]: I – As infrações do Grupo “1” serão punidas com multas de valor entre cinquenta por cento e cem por cento do salário-mínimo vigente na região.

¹³ Art. 2º: Art. 2º Fica estabelecido que a concentração de oito decigramas de álcool por litro de sangue, ou de 0,4 mg por litro de ar expelido dos pulmões, comprovam que o condutor de veículo se acha sob a influência do estado de embriaguez alcoólica. (*grifo meu*).[...].

¹⁴ Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (*grifo meu*). Infração - gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir; Medida

O limite de alcoolemia foi alterado de 8 (oito) decigramas para 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, a multa passou de $\frac{1}{2}$ - 1 salário mínimo para R\$ 957,70 e 7 pontos na carteira de habilitação, ficando mais rigorosa a referida punição administrativa.

Este limite de alcoolemia era usado como referência pelo art. 276¹⁵ do CTB para comprovar que o condutor se achava impedido de dirigir veículo automotor: O *caput* do art. 277¹⁶ do CTB, com redação determinada pela Lei n.º 9.503/97, também adotava o limite de seis decigramas de álcool por litro de sangue para impor ao motorista os testes e exames para apuração de seu estado alcoólico, quando em fiscalização ou envolvido em acidente de trânsito.

No entanto, devido à dificuldade da prova para a constatação do nível alcoólico no condutor foi necessária a alteração da referida norma.

5.3 Lei nº 11.275/2006

A esperada alteração veio com a Lei n.º 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, que alterou o *caput* do art. 165, CTB, na qual suprimiu do referido dispositivo o trecho que determinava o nível de álcool para configurar a infração. Diante dessa lei, bastasse o motorista estar dirigindo sob a influência do álcool para incorrer na infração aludida anteriormente.

Portanto, a partir deste momento, o art. 165¹⁷ passou a prever infração administrativa de embriaguez no volante, estando o condutor com qualquer nível de álcool no organismo. Da mesma forma que o referido artigo, o art. 277¹⁸, CTB, também

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

¹⁵ Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.

¹⁶ Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, 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. (*grifo meu*).

¹⁷ Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

¹⁸ 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

sofreu alterações no que tange aos níveis de consumo de álcool. Houve também a supressão do nível alcoólico, bastando agora somente a suspeita do condutor estar dirigindo sob a influência de qualquer quantidade de álcool para ser submetido aos testes e exames que comprovem sua alcoolemia.

Importante frisar que por esta redação normativa, o condutor só seria submetido aos testes, exames e perícias elencados no artigo supracitado, se fosse alvo de fiscalização e estivesse sob suspeita de dirigir embriagado ou então envolvido em acidente de trânsito.

Outra mudança trazida pela Lei n.º 11.275/06 foi a criação do § 2º do art. 277¹⁹. Tal parágrafo trazia a possibilidade de recusa por parte do condutor em submeter-se à realização dos testes de alcoolemia, no entanto, admitia ao agente de trânsito obter outras provas em direito para comprovação do teor alcoólico do motorista através dos sinais notórios de embriaguez:

A redação do art. 277 foi dada com o intuito de facilitar a abordagem e a fiscalização pelos agentes de trânsito e autoridades competentes. No entanto, ao acrescentar o § 2º ao dispositivo, a Lei n.º 11.275/06 propiciou aos infratores envolvidos em acidentes de trânsito ou quando parados em fiscalização, a possibilidade de recusa à realização dos testes de alcoolemia. Esse preceito da lei desencadeou uma crescente falta de colaboração dos motoristas que passaram a não realizarem os testes de alcoolemia sob o pálio do princípio de ninguém estaria obrigado a criar provas contra si mesmo.

5.4 Lei nº 11.705/08 – Lei Seca

Em 2008, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a chamada lei seca, que trouxe grandes modificações nos art. 276 e 277, do CTB, no que tange a tolerância zero para a infração de trânsito quando flagrada por exame de sangue e a

alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (*grifo meu*).

¹⁹ § 2º - No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor. (*grifo meu*),

possibilidade da presunção de alcoolemia para os condutores que recusassem aos referidos testes.

O art. 276²⁰ do Código de Trânsito Brasileiro passou a prever a tolerância zero para alcoolemia no sangue. (*grifo meu*).

O art. 277, na tentativa de contornar a situação da impunidade para os condutores que recusassem aos testes de alcoolemia introduziu o parágrafo 3º²¹.

Neste ponto surgiu então a grande polêmica na seara doutrinária e jurisprudencial, sobre a obrigatoriedade ou não da realização dos testes de alcoolemia por condutores que forem flagrados sob a influência do álcool dirigindo veículo automotor em face ao direito de ninguém estaria obrigado a produzir prova contra si mesmo.

5.5 Lei nº 12.760/12

No final do ano passado, como já havia sido mencionado em seções anteriores, o Código de Trânsito Brasileiro sofreu alterações com o fim de tornar mais rígidas as punições para quem fosse flagrado dirigindo sob efeito de álcool. A chamada Nova Lei Seca é rígida agora pela Lei nº 12760, de 20 de dezembro de 2012.

Com as mudanças na Lei, através do art. 165²², a multa, que antes era multiplicada por 5 o valor da infração gravíssima (R\$ 191,54), agora é multiplicada por 10, e passa de R\$ 957,70 para R\$ 1.915,40. Além disso, quem for flagrado dirigindo

²⁰ Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. (*grifo meu*).

²¹ 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. [...]. § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165²¹ deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (*grifo meu*).

²² Art. 165 (CTB): 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. (*grifo meu*). 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. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (*grifo meu*).

alcoholizado pela segunda vez, no período de 1 ano, pagará o dobro do valor, ou seja, R\$ 3.830,80.

A nova Lei Seca não alterou somente os valores das penalidades, mas também os métodos para se comprovar a ingestão de álcool por parte dos motoristas. Atualmente, além do exame de sangue, e do popular “teste do bafômetro”, os agentes de trânsito poderão utilizar outras provas como por exemplos: testemunhais, vídeos, fotos, perícias, exames clínicos e pela constatação de sinais visíveis de embriaguez pelo próprio agente fiscalizador.

O art. 276²³, CTB, que na redação anterior previa a tolerância zero para a infração administrativa do art. 165, CTB, quando comprovado o teor alcoólico no organismo pelo exame de sangue, agora passou a prever também a tolerância zero para os testes do bafômetro.

Caberia ao Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) disciplinar as margens de tolerância quando a referida infração for apurada por meio de aparelho de medição. Esta regulamentação foi realizada através da Resolução 432/2013 do Contran.²⁴

Na prática atualmente ocorre o seguinte: se o condutor que estiver sendo fiscalizado realizar o teste do bafômetro e o resultado for de 0.05 mg/l (margem de tolerância técnica do aparelho) até 0.33 mg/l, o agente de trânsito aplicará a penalidade administrativa, qual seja: multa, recolhimento da carteira de habilitação e a retenção do veículo. Além disso, o condutor poderá ter seu direito de dirigir suspenso por 1 (um) ano através de processo administrativo realizado posteriormente pelo Detran.

Caso o resultado do teste seja igual ou superior a 0.34 mg/l, o condutor incorrerá em crime de trânsito, previsto no artigo 306 do CTB, cuja pena é detenção de 6 meses a 3 anos, além das penalidades administrativas citadas anteriormente.

Todavia, se o motorista estiver com sinais visíveis de embriaguez: como odor de álcool no hálito, olhos avermelhados, dificuldade de equilíbrio, fala alterada, entre outros, e recusar-se a soprar o bafômetro ou a submeter-se a qualquer outro exame, o agente ainda assim poderá conduzi-lo à autoridade policial (Delegacia) e aplicar as penalidades administrativas e penais, baseando se na constatação dos sinais apresentados, seja por vídeos, por exames clínicos realizados por médico perito ou através de provas testemunhais.

²³ 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”. (grifo meu).

O art. 277²⁵ do CTB é o dispositivo legal cuja previsão passou a prever outras provas em direito admitidos além dos usuais testes de alcoolemia, do bafômetro ou exame de sangue para constatação da infração administrativa aos condutores que forem alvos de fiscalização pelos agentes de trânsito ou envolvido em acidentes.

Através da análise deste dispositivo, o legislador além de admitir outras provas em direito para a constatação da embriaguez no volante, manteve o dispositivo do parágrafo 3º, alvo de tantas críticas sobre sua eventual inconstitucionalidade, tendo em vista que em tese o condutor não poderia ser punido ainda que administrativamente quando da recusa aos testes de alcoolemia previstos.

Esta discussão acerca da eventual inconstitucionalidade deste dispositivo normativo será discutida em capítulos posteriores, através da opinião de vários doutrinadores, juristas e conhecedores da matéria.

Importante salientar que apesar do avanço da norma prevendo outras provas em direito para configuração da embriaguez no volante, o legislador equivocou-se quando da edição da lei, na medida em que inseriu matéria eminentemente processual (meios de provas) dentro de uma norma de natureza penal.

No capítulo seguinte será realizado um estudo sobre a matéria de “provas” em direito processual penal a fim de subsidiar o conhecimento sobre tal assunto, tendo em vista ser de extrema importância o entendimento da formação destas provas nos crimes e infrações originadas pelo consumo de álcool e direção de veículo automotor.

²⁴ Resolução nº 432/2012 do Contran : Anexo – A.

²⁵ 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. *(grifo meu)*. § 2º A infração prevista no art. 165 também podrá 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. *(grifo meu)*. § 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. *(grifo meu)*.

6 PROVAS

Como já mencionado em capítulos anteriores, após a promulgação da lei 12.760/12, houve modificação de vários artigos do Código de Trânsito Brasileiro relacionados à direção de veículo por condutores sob influência do álcool, dentre eles os art. 165, 276 e 277, na seara administrativa, e principalmente o art. 306, que trata do crime de embriaguez no volante, suprimindo do tipo penal anterior, o nível de teor alcoólico que ora dificultava a formação da prova material indispensável para sua configuração, seja por bafômetro ou exame de sangue. Diante da nova redação, a lei prevê agora além dos testes de alcoolemia citados, outras provas em direito admitidas como testemunhas, perícias, exames clínicos, imagens, vídeos.

Desta maneira, neste capítulo será estudado “as provas”, seu conceito, classificação, os meios e elementos de provas, e sua importância para o desenvolvimento e entendimento do presente trabalho.

6.1 Conceito

O Código Processual Penal regulamenta “a prova” no Título VII, a partir do artigo 155.²⁶

CAPPEZ (2009, p. 297) define prova como :

Prova vem do latim *probatio*, e é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

Para GUIMARÃES (2007, p.462-463) prova seria: “Meios regulares e admissíveis em lei, utilizados para demonstrar a verdade ou falsidade de fato conhecido ou controvertido ou para convencer da certeza de ato ou fato jurídico.”

Durante a instrução, é feita à apuração de determinados fatos, a fim de

²⁶ Art.155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

convencer o juiz que o acusado deverá ser condenado.

MIRABETE (2007, p. 21) explica que: “Essa demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova”.

Contudo, o que constitui a prova seriam todos aqueles fatos, acontecimentos, coisas, e circunstâncias relevantes e úteis para a formação da convicção do magistrado para o julgamento do evento ocorrido.

6.2 Meios e elementos da prova

Previstos no direito processual, os meios probatórios são mecanismos que trazem os elementos aos autos, ou seja, são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa.

Os meios pelos quais o juiz recebe esses elementos ou motivos de prova podem ser apresentados, dentre outros, através de documentos, testemunhas, vídeos, imagens, depoimentos das partes.

O código de processo penal (CPP) traz vários meios de provas em seus artigos 158 a 250. São meios úteis para formação direta ou indireta, da verdade real, ou seja, tudo quanto possa comprovar o fato ou afirmação. São fenômenos internos do processo e do procedimento, realizados na forma regulada pela lei, que prevê como se desenvolve cada uma das técnicas utilizadas.

Todas as provas obtidas por meios lícitos são admitidas, e não somente aquelas previstas no CPP, pois estas são apenas exemplificativas. As provas que não estão expressas no código de processo penal são chamadas de provas inominadas.

Existem espécies de provas que são proibidas por lei, ou seja, as provas ilícitas. Estas são obtidas com desrespeito à norma de direito material, tais como provas obtidas mediante práticas de delitos criminais, civis, comerciais, administrativos ou que são contrárias a princípios constitucionais.

Ainda existem aquelas obtidas por derivação das ilícitas, conhecidas como a Teoria dos frutos da árvore envenenada.

Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 90376, explica a questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada dizendo:

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.

CAPPEZ (2009, p. 304) entende não ser razoável a atual postura inflexível do STF de desprezar sempre e qualquer prova ilícita, dizendo que:

Pois em alguns casos, o interesse que quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar uma mal maior, como por exemplo, a condenação injusta ou impunidade de perigosos marginais.

Grande parte da doutrina admite provas obtidas ainda que por meios ilícitos, mas só quando utilizadas para a defesa do próprio réu, pois este estaria agindo em legítima defesa. Por exemplo: a gravação clandestina pela vítima de conversa com o estelionatário, não seria prova ilícita, pois a vítima estaria agindo em sua legítima defesa.

Neste sentido, MORAES (2010, p.116) diz:

[...] aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

A respeito disto, NUCCI (2009, p.357) explica:

Se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser, a todo custo, evitado. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes sustentam que, quando o próprio réu colhe a prova ilícita para sua absolvição está, na realidade agindo em legítima defesa, mas não deixam de destacar que essa aceitação é fruto da proporcionalidade.

Portanto, no direito pátrio, apenas será permitido o uso da prova ilícita *pro reo*, em razão do princípio constitucional da não culpabilidade também chamado de presunção de inocência.

6.3 Classificação dos meios probatórios

Na busca pela verdade processual devem ser utilizadas todas as espécies de provas existentes e possíveis para o caso, de forma a permitir ao juiz um conhecimento amplo acerca do mérito da ação.

Existem várias classificações para as provas na doutrina. Será atribuída a classificação dada por CAPEZ (2009, p.330-331), o qual classifica as provas em:

6.3.1 Prova direta e indireta

O objeto da prova nada mais é do que o fato cuja existência carece ser demonstrada. Assim, a prova pode ser:

a) Prova direta quando, por si, demonstra um fato, ou seja, refere-se diretamente ao fato probando. Ex: por testemunhas, documentos.

b) Prova indireta: quando alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, porém relacionados com o primeiro, como, por exemplo, no caso de um *álibi*²⁷.

6.3.2 Prova plena e não plena

Em razão de seu *efeito ou valor*, a prova pode ser:

²⁷ Álbi: meio de defesa em que o réu prova sua presença, no momento do delito, em lugar diverso daquele onde este foi cometido.

a) Plena: trata-se de prova convincente ou necessária para a formação de um juízo de certeza no julgador, por exemplo, a exigida para a condenação; quando a prova não se mostrar inverossímil, prevalecerá o princípio do *in dúbio pro reo*.

b) Não plena ou indiciária: trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio *do in dúbio pro societate*. Exemplo: prova para o decreto de prisão preventiva. Na legislação aparece como indícios veementes, fundadas razões.

6.3.3 Prova real e pessoal

Relativamente ao *sujeito ou causa*, pode ser:

a) Real: são provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex: o lugar, o cadáver, a arma);

b) Pessoal: são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas por declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais).

6.3.4 Prova testemunhal, documental e material

Quanto à *forma ou aparência*, a prova é:

a) Testemunhal: resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos de seu conhecimento pertinentes ao litígio;

b) Documental: produzida por meio de documentos;

c) Material: obtida por meio químico, físico ou biológico (ex: exames, vistorias, corpo de delito).

6.3.5 Prova lícita

Prova lícita é aquela produzida em conformidade com a lei, sem infringir qualquer norma, seja no âmbito processual civil ou processual penal.

Todavia, nem toda prova, ainda que lícita, poderá ser produzida pelas partes, ainda que de grande importância para a solução do litígio. A sua produção tem um limite dentro da lei, que não pode ser desrespeitado, mesmo no caso do direito penal, onde a busca pela verdade real é algo trabalhoso e incessante.

MIRABETE (2003, p.206) ensina acerca das provas lícitas:

A busca da verdade real e o sistema de livre convencimento do juiz, que conduzem ao princípio da liberdade probatória, levam também a doutrinar a concluir que não se esgotam nos artigos 158 a 202 do Código de Processo Penal, os meios de prova permitidos na nossa legislação. A previsão legal não é, portanto exaustiva, mas exemplificativa, sendo admitidas às chamadas provas inominadas, aquelas não previstas expressamente na legislação. Entretanto, essa ampla liberdade da prova encontra limites além daqueles estabelecidos no art. 155 do CPP e em outros dispositivos da lei processual. Segundo a doutrina, são também inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com o princípio de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, aos meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. Lembra-se também a proibição de invocação ao sobrenatural.

Desta maneira, pode-se dizer que prova lícita seria aquela que não esteja formada a contrariar alguma norma ou moralidade.

6.3.6 Prova ilícita

Nossa carta magna em seu art. 5º, inciso LVI, CR/88, e o art. 157 do Código de Processo Penal preceituam que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.²⁸

CAPPEZ (2009, p.301) conceitua provas ilícitas como:

Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou

²⁸ Art. 5º, inciso LVI, CR/88 – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Art. 157 (CPC). São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação normas constitucionais ou legais.

Administrativo, bem com aquelas que afrontem princípios constitucionais. [...]. Assim, por exemplo, uma confissão com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96) e assim por diante.

Neste sentido, NUCCI (2009, p. 347) complementa:

Em relação aos meio ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos em lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais do direito.

Assim sendo, a prova ilícita fere o direito material, podendo ser conceituada no sentido de que abrange não apenas as provas que afrontam a Constituição, como também as contrárias às leis ordinárias e aos bons costumes, sendo vedadas e inadmissíveis no processo.

6.3.7 Prova ilegítima

A prova ilegítima fere o direito processual, diferentemente da prova ilícita que fere direito material como mencionado na seção anterior.

Portanto, quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será declarada ilegítima.

CAPPEZ (2009, p. 300) cita em sua obra, alguns exemplos de provas ilegítimas:

O depoimento prestado com violação à regra proibitiva (sigilo profissional); a confissão realizada em substituição ao exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, como a título de exemplo se houve uma lesão corporal consistente em uma fratura de um antebraço, nem mesmo a radiografia, a ficha médica do paciente, depoimento dos médicos poderá suprir a falta do exame de corpo de delito, devido a exigência processual do art. 158 do Código Penal.²⁹

É importante observar, porém, como faz GRINOVER³⁰ *apud* MIRABETE a qual diz:

[...] que determinadas provas, ilícitas porque constituídas mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo

²⁹ Art. 158, CPP: Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame do corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976. p.128-129

tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede sua produção em juízo. (MIRABETE, 2008, p. 253).

A lei 11.690/08 que alterou o art. 157 do Código de Processo Penal, citado na seção anterior, passou a dispor as provas ilícitas em sentido amplo abrangendo àquelas que violam tanto disposições de direito material e processual.

O código de processo penal quando se refere à expressão provas ilícitas, na verdade, o legislador quis dizer todas as provas proibidas, abrangendo tanto as provas ilícitas em sentido estrito como as ilegítimas.

6.4 A licitude do teste de alcoolemia

No ordenamento jurídico pátrio o acusado ou investigado tem o direito de não criar prova contra si mesmo. Este princípio que não está expresso em nossa carta magna seria decorrente da interpretação do *princípio da presunção de inocência*³¹ e do *direito ao silêncio*³², estatuídos pelo art. 5º, inciso LVII, e inciso LXIII, ambos da CR/88, advindos do art. 8º, do Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969, assinado pelo Brasil e inserido em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678/1992, na qual diz que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, e que durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena Igualdade, de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Sem adentrar à discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil se são normas de patamares constitucionais, supralegais ou ordinárias, e apesar da omissão do legislador constitucional quanto à hierarquia dos tratados internacionais ratificados antes da EC nº 45/2004, Alexandre de Moraes (2003, p. 136) coaduna com o entendimento de que os tratados internacionais, como por

³¹ Princípio da presunção da inocência está diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art.5º, inciso LVII, CR/88).

³² Direito ao silêncio: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado(artigo 5º, inciso LXIII,CR/88).

exemplo, o pacto San José da Costa Rica, são considerados normas de hierarquia constitucional com base no Art. 5º, parágrafo 2º, CR/88.³³

REZEK (2011, p.133) também pactua com este entendimento dizendo:

[...] é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional.

Portanto, o direito da qual ninguém é obrigado a criar provas contra si mesmo previsto pelo Pacto San José Costa Rica, cujo Brasil é signatário, ao ser considerado princípio constitucional, o condutor de veículo automotor dirigindo sob influência do álcool quando parado em fiscalização, tem o direito de não realizar o teste de alcoolemia, seja por instrumento do bafômetro ou exame de sangue, pois estaria protegido por tal direito.

Como prova ilícita é aquela que viola um direito material, seja constitucional ou infraconstitucional, e o condutor estando protegido pelo direito constitucional retro mencionado, se o mesmo quiser submeter ao teste de alcoolemia, sem ser coagido ou obrigado a fazê-lo, a prova será lícita e conseqüentemente válida, agora, se o condutor negar-se a fazer o exame do bafômetro ou exame de sangue, por qualquer razão que seja, e por motivos alheios a sua vontade for compelido a fazê-lo, esta prova será considerada ilícita, portanto, inadmissível em qualquer tipo de processo, tanto administrativo quanto penal.

6.5 Das perícias

O nosso atual modelo processual não trabalha com a ideia da existência de uma hierarquia de provas, como no sistema da *prova tarifada*³⁴, tendo em vista que o juiz

³³ Art. 5º, § 2º, CR/88: Os direitos e as garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados de que seja parte a República Federativa do Brasil.

³⁴ O sistema da prova tarifada é aquele na qual cada prova tem seu valor previamente estabelecido dentro do processo penal, ou seja, cada prova tem um valor condenatório de maior ou menor grau, dependendo de sua natureza jurídica. Como exemplo, durante a idade média, o valor do testemunho do nobre era maior do que o testemunho do servo. Atualmente, o processo penal brasileiro adota o sistema do livre convencimento motivado das provas. Neste, o magistrado é livre na valoração das provas dentro do processo, de maneira a sustentar sua decisão na busca da verdade real.

atua com liberdade de convencimento, dele se exigindo apenas a motivação do julgado.(OLIVEIRA, 2010, p.347).

O termo perícia, originário do latim *peritia* (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por uma pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. (CAPPEZ, 2009, p.342).

Trata-se de um meio de prova. Quando ocorre uma infração penal que deixa vestígios materiais, deve a autoridade policial, tão logo tenha conhecimento da sua prática, determinar a realização do exame de corpo de delito. Não sendo feita por qualquer razão, nessa fase, pode ser ordenado pelo juiz. (NUCCI, 2009, p.368).

A perícia é um elemento subsidiário, emanado de órgão auxiliar da Justiça, para a valoração da prova ou solução da prova destinada a descoberta da verdade. (MIRABETE, 2003, p.261).

A prova pericial é realizada por profissionais com capacidade técnica especializada conforme cada caso investigado. Estas pessoas precisam estar devidamente habilitadas e reconhecidas legalmente.

A partir da lei 11.690/08, a perícia poderá ser realizada apenas por um perito oficial, portador de diploma de curso superior, salvo quando o objeto a ser analisado requeira conhecimentos técnicos de outras áreas especializadas.

Caso na comarca não exista o perito oficial, aquele devidamente concursado nos quadros de carreira como perito judicial, a perícia poderá ser realizada por duas pessoas idôneas, nomeadas pelo juiz, com curso superior, preferencialmente aquelas que possuem habilitação na área específica necessária.

6.5.1 Exame do corpo de delito

O corpo de delito deve ser sempre realizado quando a infração deixar vestígios, seja pela maneira direta ou indireta, não podendo supri-la a confissão do acusado, conforme estabelecido pelo art. 158, CPP.³⁵

³⁵ Art. 158, CPP: Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo do acusado.

O termo vestígio significa aquilo que foi deixado por algo ou alguém. Um rastro, um indício.

Existem crimes que deixam sinais visíveis de sua prática, como por exemplo em um homicídio. E existem outros crimes onde estes vestígios aparentes existem, mas são momentâneos, ou seja, desaparecem com o tempo, como por exemplo, os efeitos da bebida alcoólica em um condutor. Nestes, a prova pericial laboratorial ou clínica é de extrema importância, no entanto, devido a deficiência da máquina estatal, da impossibilidade de se ter um perito em todo e qualquer lugar de fiscalização, torna-se uma utopia reconhecer esta prática.

NUCCI (2009, p. 367) explica que excepcionalmente, quando não for possível examinar o corpo de delito diretamente, devido à natureza do crime ter desaparecido os sinais aparentes ou o próprio corpo, o perito poderá fazê-lo indiretamente através do uso de outras provas em direito admitidos tais como por vídeos, fotos, atestados de outros médicos, ficha clínica de hospitais entre outros.

O art. 167³⁶, do Código de Processo Penal, prevê que não sendo possível a realização do corpo de delito, ainda indiretamente, a prova testemunhal poderá supri-la a falta.

Portanto, no caso do crime de embriaguez no volante, caso o condutor recuse ao teste do bafômetro, o condutor poderá ser conduzido ao instituto médico legal para realização do exame pericial de laboratório de dosagem alcoólica, ou seja o exame de sangue, no entanto, o mesmo não será obrigado a ceder material biológico para a referida análise em face do princípio constitucional de que ninguém estaria obrigado a criar provas contra si mesmo.

Além dessa prova, o condutor poderá ser submetido ao exame clínico por médico perito devidamente habilitado através da constatação da embriaguez pelos sinais alterados da atividade psicomotora.

Desaparecendo os vestígios visíveis da embriaguez, na impossibilidade do exame do corpo de delito, as provas poderão ser formadas através de outras formas, como por exemplos através de vídeos ou até mesmo por testemunhas.

Com a nova lei seca, lei nº 12.760/12, serão admitidas como provas do crime de embriaguez na direção de veículo automotor, além dos usuais testes do bafômetro:

³⁶ Art. 167, CPP: Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá supri-lhe a falta.

exames clínicos ou de sangue realizados por médicos legistas (peritos); além de provas formadas através de imagens, vídeos ou por testemunhas do fato. (*vide capítulo 4.4 e 5.5*).

6.6 Prova testemunhal

Diante da abertura legislativa para a possibilidade de formação de qualquer prova em direito admitido para tipificação do crime de embriaguez no volante dada pela nova redação da lei nº 12.760/12 (*vide capítulo 4.4*), e pela dificuldade também já citada da formação da maioria destas provas, como o bafômetro, exame de sangue, em face do princípio da não incriminação; e tendo em vista a falta de estrutura da máquina estatal para a realização das provas periciais como os exames clínicos; as provas testemunhais serão a partir de agora, as mais utilizadas para o flagrante nestes tipos de delitos.

6.6.1 Conceito

Testemunha é a pessoa que toma conhecimento de algo juridicamente relevante, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade. (NUCCI, 2009, p.454).

É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa. (CAPPEZ, 2009, p.369).

6.6.2 Características

A doutrina, CAPPEZ (2009, p.370), traz algumas características do depoimento prestado pela testemunha, tais como:

a) *Judicialidade*: tecnicamente, só é prova testemunhal aquela prestada em juízo, embora a mesma seja produzida fora do judiciário na fase de inquérito policial perante a autoridade policial.

b) *Oralidade*: o depoimento deve ser colhido por meio de uma narrativa verbal, embora seja reduzido a termo, salvo quando do depoimento realizado pelo surdo e surdo-mudo.

c) *Objetividade*: a testemunha deve depor sobre os fatos sem externar suas opiniões ou fazer juízo de valor.

d) *Retrospectivamente*: o testemunho é sobre fatos passados.

e) *Imediação*: dizer aquilo que captou imediatamente através dos sentidos humanos.

f) *Individualidade*: testemunho é realizado separadamente dos demais envolvidos.

6.6.3 Impedimentos

Com base no art. 342³⁷ do Código Penal (CP) e art. 206³⁸ do Código de processo penal (CPP), todas as pessoas têm o dever de testemunhar, que se intimadas e não comparecerem poderão ser conduzidas coercivamente sob pena de crime de desobediência.

No entanto, a lei traz alguns impedimentos para algumas pessoas nas quais não poderiam servir como testemunhas.

Estão dispensados de depor o cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, e os afins em linha reta do acusado. Todavia, quando estes quiserem depor, ou então não for possível por outra maneira obter-se a prova, as testemunhas nesses

³⁷ Art. 342, CPP: Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou me juízo arbitral: Pena – reclusão, de um a três ano, e multa.

³⁸ Art. 206, CPP: A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

casos estarão obrigadas a deporem, mas sem o compromisso legal de dizer a verdade. São chamadas de *declarantes*.

Também não se defere o compromisso de dizer a verdade: os doentes, menores de 14 anos, e os deficientes mentais, que poderão depor, mas somente como meros *informantes*.

Estão proibidas a depor as pessoas que devam guardar sigilo em razão de função (ex: juiz, delegado, promotor, diretor escolar); ministério (ex: sacerdotes); ofício (ex: marceneiro, costureiro); ou profissão (ex: profissionais liberais). Além destes, os deputados e senadores não estão obrigados a testemunhar sobre informações em razão do exercício de seus mandatos, bem como, os membros do Ministério Público e o magistrado que oficiaram no inquérito policial ou na própria ação penal.

6.6.4 Valor probatório – testemunho policial

Na doutrina discute se as provas testemunhais formadas exclusivamente pelos depoimentos dos policiais envolvidos no flagrante de algum delito poderiam estar eivadas de alguma invalidade.

Neste diapasão, CAPPEZ (2009, p.378) diz que: “Os policiais não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados testemunhas inidôneas ou suspeitas, pela mera condição funcional.”

Neste mesmo entendimento, MIRABETE (2003, p.306) comenta:

Mas não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha.

Decisões de vários tribunais estaduais neste mesmo sentido de interpretação³⁹, inclusive jurisprudência do TJSP:

³⁹ Neste mesmo sentido: TJSP, Ap.241.987-3, Paraguaçu Paulista, 1ª C., rel. Jarbas Mazzoni, 14.10.1998; TJRS, Ap. 70014590525, Porto Alegre. 3ª C.rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, 08.06.2006; TJRJ, Ap.2006.050.01412,7ª C, rel. Ivan Cury, 16.05.2006); TJMG, Ap. 1.045.05.222082-2/001, rel. Sérgio Braga, 14.03.2006, m. v., DJ 22.03.2006; TJMS, Ap. 2005.014831-2, 1ª T., rel. Marilza Lúcia Fortes, 30.05.2006, DJ 21.06,2005.

Como servidores públicos que são, os agentes policiais têm, no exercício de suas funções, a presunção *júris tantum* de que agem escorreitamente, não estando impedidos de depor sobre os atos de ofício de cuja fase policial tenham participado. (Ap.287.216-3, São José do Rio Preto, 3ª C. de Janeiro de 2000, v.u.,JUBI 49/00).

O STF, através de um julgado de HC nº 76.557, relator Carlos Velloso, assim decidiu:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento.

O que é importante salientar que estas provas realizadas por policiais que presidiram o flagrante devem ser mensuradas de forma relativa pelo livre convencimento do juiz, tendo em vista que por mais honesto que seja os policiais, naturalmente, seus depoimentos sejam influenciados pela carga emocional vinculada às prisões realizadas.

Por isto, CAPPEZ (2009, p.378-379) explica:

Necessário, portanto, que seus depoimentos sejam corroborados por testemunhas estranhas aos quadros policiais. Assim, em regra, trata-se de uma prova a ser recebida com reservas, ressaltando-se sempre a liberdade de o juiz, dependendo do caso concreto, conferir-lhe o valor de acordo com sua liberdade de convicção.

Embora o depoimento ainda que exclusivamente de policiais deva ser admitido e considerado válido, ele deve estar coerente e não desmentido pelo restante das provas.

Apesar da jurisprudência não encontrar óbice sobre tal prova ser realizada somente por policiais, a medida do possível, preferível seriam testemunhas estranhas às diligências de eventual prisão em flagrante.

O TJDF assim dispôs:

[...] Apenas porque são policiais não estão impedidos de depor, tampouco possuem tais depoimentos menor valor, sobretudo se os mesmos estão em harmonia com as demais provas dos autos, inclusive com a delação dos usuários na fase inquisitorial. (Ap.20030110632367APR,1ªT., rel. Edson Alfredo Smaniotto, 09.03.2006, v.u., DJ 31.05.2006, p.180).

Desta forma, a prisão em flagrante de motorista sob influência do álcool dirigindo veículo automotor por provas exclusivamente testemunhais, ainda que somente por

policiais, é legal, e estar de acordo com a doutrina e jurisprudência vigentes, desde que aufera credibilidade e esteja em harmonia com o restante das provas.

A prova ilícita fere o direito material, podendo ser conceituada no sentido de que abrange não apenas as provas que afrontam a Constituição, como também as contrárias às leis ordinárias e aos bons costumes, sendo vedadas e inadmissíveis no processo.

7. POLÊMICAS DA NORMA ATUAL

7.1 INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

A infração administrativa a partir da nova lei seca 12.760/12 além da majoração do valor da multa como já havia sido mencionado (*vide seção 5.5*), trouxe grandes mudanças tanto no âmbito administrativo quanto no criminal.

A seguir será feito uma análise da legislação atual, lei 12.760/12, em comparação às normas anteriores, que poderão a partir agora serem alvos de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

7.1.1 Suspensão do direito de dirigir

Sob a redação original estatuída pelo art. 165⁴⁰, do CTB (lei nº 9.503/97), anterior à lei nº 11.705/08, o condutor flagrado dirigindo sob influência de álcool, seria punido administrativamente com multa e suspensão do direito de dirigir. Como este artigo não previa quanto tempo o condutor estaria suspenso seu direito de dirigir, o art. 261⁴¹, CTB, que estabelecia tal período de suspensão, que podia variar de 1 mês a 1 ano para primários; e 6 meses a 2 anos para reincidentes na mesma infração no período de 12 meses.

⁴⁰ Art. 165, CTB (lei nº 9.503/97): Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir; [...]. (*grifo meu*).

⁴¹ Art. 261, CTB: A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de um mês até o máximo de um ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de seis meses até o máximo de dois anos, segundo critérios estabelecidos pelo CONTRAN. (*grifo meu*).

Já sob a égide da lei nº 11.705/08, o próprio art. 165⁴², do CTB passou a prever expressamente a multa e suspensão do direito por 12 meses. O prazo para referida penalidade agora é fixo, e não gradativo conforme anteriormente.

Esta alteração, também repetida pela nova lei nº 12.760/12 seria em tese inconstitucional, por ferir claramente o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, tendo em vista que motorista que beber uma quantidade mínima de álcool e/ou primário sofrerá a mesma penalidade do condutor que consumir maior quantidade de álcool e/ou reincidente em tal infração.

ALEXANDRINO e PAULO (2010, p.207), dizem que:

O postulado da proporcionalidade é importante, sobretudo no controle dos atos sancionatórios, especialmente nos atos da polícia administrativa. Com efeito, a intensidade e a extensão do ato sancionatório deve corresponder, deve guardar relação de congruência com a lesividade e gravidade da conduta que tenciona reprimir ou prevenir. A noção é intuitiva: uma infração leve deve receber uma sanção branda; a uma falta grave deve corresponder uma punição severa.

O princípio constitucional da individualização da pena, garantia individual fundamental, está previsto no art. 5º, inciso XLVI, CR/88, o qual prevê que a lei deverá regular a individualização da pena.

Na alínea “e” desse inciso, existe a previsão constitucional da suspensão de direitos, e neste pode-se incluir o direito de dirigir, no entanto, deveria ser aplicada de forma a individualizar cada penalidade de acordo com a gravidade da falta de cada condutor infrator. Todavia, não foi o que ocorreu.

O legislador prevendo penalidade fixa para suspensão do direito de dirigir preferiu ferir princípio expresso de nossa carta magna, ao invés de buscar garantir a equidade na aplicação da lei de natureza sancionatória, a fim de evitar a aplicação da pena de forma desproporcional a cada caso concreto.

⁴² Art. 165, CTB (lei nº 11.705/08): 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; [...]. (*grifo meu*).

7.1.2 Recusa ao teste de alcoolemia

O art. 277, § 3º⁴³, CTB, foi estatuído pela lei 11.705/08, na qual diz que o condutor de veículo automotor que recusar-se a qualquer um dos testes de alcoolemia previstos, como bafômetro ou exame de sangue, seria presumidamente declarado culpado, e submetido às mesmas penalidades do art. 165, CTB, como se bêbado estivesse, ou seja, multa e suspensão do direito de dirigir.

O legislador querendo tornar mais rigorosa esta norma estabeleceu a figura da presunção da alcoolemia para os condutores embriagados que recusarem aos testes de alcoolemia, a fim de garantir a punição a estes infratores.

Entretanto, existem duas correntes sobre o tema: a primeira diz que seria absolutamente inconstitucional tal dispositivo normativo for ferir expressamente princípio constitucional. Já a segunda corrente diz que é constitucional tal dispositivo, tendo em vista que o prejuízo da sua aplicação seria minimizado pelo resultado, ou seja, garantiria a efetividade da norma, e não permitir à impunidade a estes condutores embriagados

7.1.2.1 Inconstitucionalidade do art. 277, § 3º, CTB

O princípio da não incriminação (*nemo tenetur se detegere*⁴⁴) é decorrente da interpretação do princípio da presunção de inocência⁴⁵ e do direito ao silêncio⁴⁶, estatuídos pelo art. 5º, inciso LVII, e inciso LXIII, ambos da CR/88, oriundos do art. 8º,

⁴³ Art. 277, § 3º, CTB: O condutor do 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 a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência: [...]. § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165, deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (grifo meu).

⁴⁴ *Nemo tenetur se detegere*: latim: Ninguém é obrigado a se mostrar. No Direito Processual Penal significa que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

⁴⁵ Princípio da presunção da inocência está diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art.5º, inciso LVII, CR/88).

⁴⁶ Direito ao silêncio: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (artigo 5º, inciso LXIII, CR/88).

n. 2, alínea “g”⁴⁷, da Convenção Americana sobre direitos Humanos, aprovada pela Convenção de San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678/1992.

Neste mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1966, também se referiu expressamente ao “*nemo tenetur se detegere*”, estabelecendo que toda pessoa acusada de um delito tem direito a “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”, conforme estatuído pelo art. 14, n. 3, alínea “g”⁴⁸ deste pacto. Este foi ratificado pelo Brasil através do Decreto 592/92.

Tal princípio tem como objetivo, conforme afirma Maria Elizabeth Queijo (2003, p.55), proteger o indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, incluindo-se o resguardo contra coação e violência física e moral utilizadas para constranger o indivíduo a cooperar na instrução probatória.

Longe das controvérsias na doutrina sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil em nosso ordenamento jurídico, se são equiparados a normas infraconstitucionais, supralegais ou constitucionais, o STF assentou em sua jurisprudência que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados por decreto tem eficácia de norma supralegal, ou seja, estão acima das normas infraconstitucionais e abaixo da Constituição, pois, para serem equiparados à norma de cunho constitucional os tratados deverão ser aprovados e votados pelo mesmo processo legislativo destinado à aprovação das emendas constitucionais, ou seja, 3/5 de aprovação nas duas casas legislativas, em dois turnos cada, conforme preconiza art. 5º, § 3º, CR/88.

Neste sentido, Jurisprudência do STF assim decidiu:

A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior

⁴⁷ Art. 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;

⁴⁸ Artigo 14, n.3, aliena “g”: 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.

ao ato de ratificação. [...]. (STF, HC 95.967, rel. Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 28.11.2008).

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. [...]. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. [...].(STF, RE 466.343, rel. Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 05.06.09).

Por isto, o Pacto de San José de Costa Rica, como norma supralegal tem o condão de não admitir eficácia de norma infraconstitucional conflitante.

Porém, existe outra corrente doutrinária, conforme NOVAES (2011), que diz que os tratados internacionais de direitos humanos quando ratificados pelo país são normas de caráter constitucional por força do art. 5º, § 2º, CR/88:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em a República Federativa do Brasil seja parte. São adeptos desta corrente Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso de Albuquerque Mello e Valério de Oliveira Mazzuoli.

PIOVESAN (2006, p.82), assim ensina:

Quando a Carta de 1988, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais', *a contrario sensu*, está ela a 'incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Portanto, independentemente da corrente doutrinária adotada, o dispositivo normativo previsto pelo art. 277, § 3º, CTB, norma esta infraconstitucional, quando prevê sanção ainda que administrativa ao condutor que fazer uso de um direito garantido pela Constituição e por tratados internacionais, além de ser inconstitucional em face ao princípio da presunção da inocência e do direito ao silêncio, direitos estes individuais fundamentais, fere também de forma expressa tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário.

Sobre o tema MARCÃO (2013, p.12-13) diz que:

[...] o agente sobre o qual recaia suspeita de encontrar-se a conduzir veículo automotor sob influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, não poderá ser submetido, contra sua vontade, sem sua explícita autorização, a qualquer procedimento que implique intervenção corporal, da mesma maneira que não está obrigado a se pronunciar a respeito de fatos contra si imputados (art. 5º, LXIII, da CF). sem

que de tal “silêncio constitucional” se possa extrair qualquer conclusão em seu desfavor, até porque, como também afirma SYLVIA HELENA DE FIGUEIREDO STEINER: “Não se concebe um sistema de garantias no qual o exercício de um direito constitucionalmente assegurado pode gerar sanção ou dano”.

CABETTE (2013, p.35) também comenta:

[...] parece que há sim numerosas razões históricas, éticas e jurídicas, para rechaçar essa espécie de pensamento e solucionar os problemas sociais e jurídicos, ainda que à custa de certos sacrifícios, sem lesionar garantias e direitos fundamentais[...].

Recentemente, em 28 de fevereiro de 2013, a Procuradoria Geral da República (PGR), através da vice-procuradora-geral da República, Deborah Duprat, com a aprovação do procurador-geral da república, Roberto Gurgel, emitiu parecer acerca da recusa do motorista em concordar com a aferição de alcoolemia.

O referido parecer da PGR (2013, p.33) afirma que:

Com fundamento no direito geral de liberdade, na garantia do processo legal e das próprias regras democráticas do sistema acusatório de processo penal, não se permite ao Estado compelir os cidadãos a contribuírem para a produção de provas que os prejudiquem. Trata-se do chamado direito à não incriminação, que possui previsão normativa no direito internacional, no direito comparado e no direito constitucional.

A previsão normativa inserida na Lei Seca para a PGR (2013) viola direito à não incriminação e não é aceita pela normatividade constitucional e infraconstitucional, nem pela jurisprudência do STF e nem pela doutrina especializada.

O legislador pátrio adotou essa mesma linha de entendimento ao conferir redação ao caput e ao parágrafo do art. 186⁴⁹ do CPP, de modo a garantir proteção ao princípio não incriminação e não admitindo quaisquer efeitos negativos a partir da opção pelo silêncio.

ALBUQUERQUE⁵⁰ *apud* PGR explica que:

Assim, busca-se 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 instituto da autopreservação,

⁴⁹ Art. 186, CPP: 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. (*grifo meu*). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (*grifo meu*).

⁵⁰ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não auto-incriminação – extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 93.

assegurar a liberdade de consciência e de autodeterminação, inclusive estimulando o sujeito passivo a participar do processo, fortalecendo o princípio da ampla defesa. (PGR, 2013, p.39-40)

Portanto, para esta corrente doutrinária, aceitar a vigência deste dispositivo normativo inconstitucional é retroceder ao Estado totalitário, e perder as conquistas jurídico sociais conquistadas através do Estado Liberal pela Constituição da República de 1988. Para estes, o legislador perdeu a oportunidade quando da criação da lei 12.760/12 de suprimir do ordenamento jurídico brasileiro tal dispositivo inconstitucional.

7.1.2.2 Constitucionalidade do art. 277, § 3º, CTB

A garantia do direito fundamental individual da não obrigação de criar provas contra si não está expresso em nossa Constituição. Ele é base do princípio da presunção da inocência advindo historicamente pelo art. 8º, n.2, alínea “g”⁵², do Pacto San José da Costa Rica, o qual dispõe que toda pessoa tem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, como já foi anteriormente mencionado.

Para esta corrente, o que foi realizado pelos juristas pátrios, foi uma interpretação extensiva e hipergarantista deste princípio ao caso da recusa pelo condutor sob influência de álcool quando na direção de veículo automotor.

SILVA (2008, p.50) neste sentido, diz que:

Os recentes acontecimentos em nosso País mostram que está na hora, não de abolir, evidentemente, o princípio, mas de dar-lhe as justas dimensões que precisa ter nos dias atuais. Caso contrário, o Judiciário pode tornar-se cúmplice da criminalidade interna e internacional, favorecendo criminosos, ainda que sob a égide da argumentação jurídica.

⁵² Art. 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;

ROXIN⁵³ *apud* SILVA esclarece a receita correta para este problema:

Ao poder estatal de intervenção e a liberdade civil dever ser levados a um equilíbrio, de modo que garanta ao indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, como também tanta liberdade individual quanto seja possível. (SILVA, 2008, p.51).

SILVA (2008, p.53) complementa:

O direito de calar, sem consequência para o suspeito, é outro exagero. Se fatos, documentos e indícios, interceptações telefônicas levantam suspeitas sobre um cidadão, seu ato de calar tem consequências para a sociedade, pois dificulta a apuração do Estado. [...]. É, sem dúvida, importante a presunção de inocência, mas ela não ir ao ponto de favorecer a impunidade e prejudicar a atividade jurisdicional.

MORAES (2008), explica que os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como escudo de proteção para a prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Além disto, importante salientar que, este mesmo diploma, Pacto San José da Costa Rica, em seu art. 32⁵⁴, estatuiu direitos aos cidadãos, impôs limites à sua utilização, para o bem de toda a coletividade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe expressamente em seu art. 29⁵⁵, que todas as pessoas no exercício de seus direitos e liberdades podem sofrer limitações com fim de garantir o respeito aos direitos e as liberdades das demais pessoas em sociedade.

Daqui depreende-se que o direito individual garantido pela nossa Constituição não é absoluto, mas relativo, quando se estar frente a um direito coletivo.

⁵³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p.39.

⁵⁴ Art. 32: Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

⁵⁵ Art. 29: Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estão sujeitas às limitações estabelecidas com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdade dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.[...]. (*grifo meu*).

MORAES (2008, p.33) afirma que:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

O Ministro Celso de Mello em julgamento de um Mandado de Segurança pelo Tribunal Pleno do STF disse que:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legítima, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.(STF – MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello. p.117.).

Para efeito deste estudo, HESSE (1998, p.255) explica a teoria da relação de poder especial, o qual explica:

A tarefa das limitações de direitos fundamentais é de coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade; além disso, elas devem coordenar as condições garantidas pelos direitos de liberdade a outras condições de vida que, do mesmo modo como aquelas, são essenciais para a vida da coletividade.

Portanto, tendo o princípio como norma, o direito do condutor de recusar ao teste de alcoolemia sob o pálio do direito de não criar provas contra si mesmo gerado pelo princípio da não incriminação seria relativizado frente ao princípio do direito à vida, à integridade física e à segurança coletiva, através da ponderação dos princípios em colisão, tendo o segundo prevalência ao primeiro para o bem de toda a coletividade.

Nesse caso, deveria haver uma ponderação entre os princípios em colisão, de modo que o de maior peso teria precedência sobre o outro para o bem de toda a coletividade. O jus-filósofo alemão ALEXY ⁵⁶ *apud* SILVEIRA disse que:

Não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado há que introduzir uma cláusula de exceção. Mas bem o que sucede é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro [...].Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. (SILVEIRA, 2007).

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traduzido por: Daniel Barile Silveira. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 89.

Em complemento a este entendimento, o art. 144⁵⁷ da CR/88, estabelece que a segurança jurídica não é somente dever do Estado mas de toda a sociedade.

Portanto, legítima e constitucional é o art. 277, § 3º⁵⁸, do CTB, pois enseja a eficácia e a efetividade da aplicabilidade da punição pelo Estado ao condutor que recusar-se ao teste de alcoolemia, a fim de não gerar a impunidade as estes condutores, garantindo assim a proteção do direito à vida e à segurança de toda a coletividade.

Em maio de 2012, foram realizadas audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a constitucionalidade da Lei Seca, presididas pelo Ministro Luiz Fux, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), proposta em 2008 pela Associação de bares e restaurantes, que ainda será julgada pela Suprema Corte. Dos 28 palestrantes, formados por maioria de especialistas, parlamentares e pesquisadores, apenas 6 foram contrários à manutenção da norma.

Entretanto, ainda não foi julgado tal ADI pela Suprema Corte. Espera-se que o Supremo coloque um ponto final nesta discussão.

7.2 INFRAÇÃO PENAL

7.2.1 Formação das provas no crime de embriaguez no volante

Como já mencionados em capítulos anteriores (*vide seção 4.4*), a partir da atual redação do art. 306, CTB, dada pela lei nº 12.760/12, o legislador resolveu o equívoco legislativo anterior, admitindo agora além da comprovação da alcoolemia pelos testes de bafômetro e exame de sangue, outras provas em direito admitidos como vídeos, imagens, perícias, testemunhas. Com isto resolveu em tese o problema criado pela

⁵⁷ Art. 144, “caput”, CR/88: 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 [...].

⁵⁸ Art. 277, § 3º, CTB: 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.

redação anterior, o qual exigia como única e exclusiva prova da embriaguez o teste de alcoolemia através do bafômetro ou exame de sangue.

7.2.2 Prova exclusivamente testemunhal por agente fiscalizador

Outra polêmica que poderia dificultar a punibilidade dos condutores sob influência de álcool seria acerca da capacidade técnica do agente fiscalizador para a formação da prova testemunhal. Como debatido em capítulo anterior (*vide seção 6.6.4*), ficou cristalino o entendimento majoritário da admissão da formação da prova testemunhal exclusivamente realizada por policial que presenciou o flagrante, entretanto, esta deve estar de acordo e em harmonia com as demais provas e fatos geradores de tal delito.

7.2.3 Local do crime de embriaguez no volante

A atual redação do art. 306, CTB, suprimiu do tipo penal, a expressão “em vias públicas”, criando assim outra discussão acerca da possibilidade ou não de configuração do crime de embriaguez no volante dentro de propriedades privadas.

Neste sentido CABETTE (2013, p.25) comenta:

[...]o motorista que for flagrado dirigindo veículo automotor, com capacidade psicomotora alterada, poderá ser preso em flagrante, mesmo que tal fato ocorra em uma área privada, como estacionamentos, condomínios, garagens, etc.

CABETTE (2013), neste sentido diz que:

[...]a conclusão é a de que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, em relação à condução ébria em locais privados, será aferida na efetiva aplicação da lei e não abstrata e genericamente falando.

Deve-se ter em mente que o crime de embriaguez no volante possui como objetividade jurídica imediata a segurança viária e indiretamente a incolumidade pública, ou seja, a coletividade. Neste diapasão, MARCÃO (2013) explica: “

De ver, entretanto, que, nada obstante se tenha por demonstrada a tipicidade formal, a condução de veículo no interior de propriedade privada, nas condições do art. 306 do CTB, nem sempre justificará imputação de natureza penal, cumprindo que se analise, caso a caso, a possibilidade, ou não, de lesividade, indicativa da tipicidade material, pois a absoluta ausência desta impede a persecução.

Portanto, esta nova abordagem quanto ao lugar do cometimento do crime, caberá ao magistrado através de seu livre convencimento, pelos elementos constitutivos do fato no caso concreto a decisão da configuração do crime de embriaguez no volante em vias privadas.

A decisão para o mesmo fato, ou seja, a embriaguez no volante poderia ter finais diferentes dependendo dos aspectos concretos do ambiente de sua ocorrência. Pense no seguinte: se o motorista estiver embriagado em sua propriedade particular em que somente ele estivesse presente no local, não restaria configurado o crime. Mas se por outro lado, se o condutor estivesse embriagado dirigindo em sua propriedade em meio a uma festa com grande presença de pessoas, inclusive, crianças no local, poderia estar configurado o delito em tela.

7.2.4 Natureza jurídica do crime de embriaguez no volante

Outra grande discussão presente sempre na doutrina e jurisprudência dar-se quanto à natureza jurídica do crime de embriaguez no volante.

A partir da nova redação do art. 306, CTB, qual seria a classificação da natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante? De perigo concreto; abstrato puro; abstrato de perigosidade real ou de dano. Para melhor entender estas classificações será necessário discorrer sobre cada uma delas.

7.2.4.1 Crime de perigo

Nos crimes de perigo, o delito é consumado a partir da possibilidade de lesão ao bem jurídico protegido. Não é necessária a produção de um dano efetivo, mas tão somente a criação da situação de perigo que possa ou não acarretar no dano.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2007, p.172) diz que: “os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade de haver um dano”. Já Luiz Regis Prado (2006, p. 241) fala que: “nos delitos de perigo basta a existência de uma situação de perigo”.

Em síntese, o crime de perigo é aquele que, mesmo não ofendendo ou diminuindo o bem jurídico tutelado pelo direito penal, representa uma ponderável ameaça ou risco à existência ou segurança dos valores protegidos.

O crime de perigo pode ser classificado como concreto, abstrato puro ou abstrato de perigosidade real.

a) Crime de perigo concreto

O crime de perigo concreto só haverá consumação se o bem jurídico tutelado ficar exposto a um dano real, ou seja, o perigo precisa ser demonstrado e provado, para que seu agente seja punido, todavia, desnecessária a efetiva ocorrência de lesão para que seja infringida a norma penal.

Na primeira redação do art. 306, após a promulgação do CTB, o crime de embriaguez no volante era de perigo concreto, pois para sua caracterização era necessária a prova da condução anormal do condutor sob influência do álcool, como por exemplos: transitar pela contramão, em zigue-zague, em calçadas.

b) Crime de perigo abstrato puro

O crime de perigo abstrato puro ou presumido seria aquele que não precisa ser demonstrado, provado, pois as condutas que por si geram perigo suficiente, independentemente de qualquer outro acontecimento.

A atual redação do inciso I, do art. 306, CTB, prevê que mesmo estando o condutor dirigindo de forma normal, mas flagrado com nível alcoólico acima de 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar deverá ser punido criminalmente. Este dispositivo normativo seria um exemplo de crime de perigo abstrato, tendo em vista que o fato do nível de alcoólico do condutor

estar acima do limite permitido em lei já configuraria o crime de embriaguez no volante, pois este fato por si só, já gera a situação de perigo ao bem jurídico tutelado, ou seja, a segurança viária.

Nesta classificação de crime, a presunção do perigo ou dano busca combater a efetiva repressão ao crime de forma a garantir a ordem social e o direito à segurança de todos os indivíduos da sociedade.

c) Crime de perigo abstrato de perigosidade real

Esta nova modalidade de natureza dos crimes foi criada a partir das novas polêmicas sobre qual seria a natureza jurídica dos crimes de embriaguez ao volante a partir da nova redação dada pela lei nº 12.760/12.

Neste diapasão, Rogério Sanches Cunha (2013) diz que:

No crime de perigo abstrato de perigosidade real, o risco ao bem jurídico tutelado deve ser comprovado, dispensando vítima certa e determinada. É indispensável a superação de um determinado risco-base ao bem jurídico protegido. Vamos trabalhar essa discussão com o auxílio de um exemplo: sabemos que o crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) é de perigo. Mas de qual espécie? Se de perigo abstrato (ou puro), basta a condução de veículo sob efeito de álcool, pois o risco advindo da conduta é absolutamente presumido por lei (haverá crime ainda que ausente a condução anormal do veículo). Se de perigo concreto, deve ser comprovado que a conduta gerou risco (condução anormal do veículo), periclitando vítima certa e determinada. Se de perigo abstrato de perigosidade real, exige-se a prova de condução anormal (rebaixando o nível de segurança viário), mas dispensa a demonstração de perigo para vítima certa e determinada. Sem essa perigosidade real para a coletividade, que é concreta, caracteriza mera infração administrativa.

Todavia, em contraposição à formação desta classificação de crime, Luiz Santos Cabette (2013) diz:

[...]na verdade, a criação da categoria dos malsinados “crimes de perigo abstrato de perigosidade real” não passa de falácia, mera prestidigitação jurídica que provoca confusão de conceitos, mistura categorias e somente pode conduzir ao erro.[...]Indo direto ao ponto, pode-se afirmar com toda segurança que o neologismo “crime de perigo abstrato de perigosidade real” não passa de uma alteração do nome daquilo que é conhecido desde antanho como “crimes de perigo comum” em oposição aos “crimes de perigo individual”.

Neste mesmo entendimento, HUNGRIA⁵⁹ *apud* CABETTE explica que:

Perigo coletivo ou comum é aquele que afeta um indeterminado número de pessoas, constituindo o evento típico dos crimes e contravenções contra a incolumidade pública [...]. Perigo individual é o que afeta o interesse de uma só pessoa ou de um exíguo e determinado grupo de pessoas e constitui o evento específico de certos crimes formais e dos crimes de perigo, que podiam ser chamados crimes contra a incolumidade individual. (CABETTE, 2013).

Nesta mesma corrente, Fernando Cappez (2012, p. 287) cita a referida divisão da natureza dos crimes de perigo dizendo:

Subdivide-se em: a) crime de perigo concreto, quando a realização do tipo exige a existência de uma situação de efetivo perigo; b) crime de perigo abstrato, no qual a situação de perigo é presumida, como no caso de quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime; c) crime de perigo individual, que é o que atinge uma pessoa ou um número determinado de pessoas, como os dos artigos 130 a 137 do CP; d) crime de perigo comum ou coletivo, que é aquele que só se consuma se o perigo atingir um número indeterminado de pessoas, por exemplo, incêndio (art. 250), explosão (art. 251) etc.

Portanto, pode-se inferir que esta modalidade de crime de perigo, o da “perigosidade real”, na verdade já existia, o que CUNHA (2013) fez foi uma mesclagem de definições de categorias diversas já definidas pela maioria da doutrina.

7.2.4.2 Crime de dano

Nesta modalidade de natureza de crime, para sua configuração e consumação deve haver a efetiva lesão ao bem jurídico protegido. Para NUCCI (2007, p.172): “trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos”.

Assim sendo, a diferença básica entre os crimes de perigo e os crimes de dano, estão no fato de que para a configuração daqueles basta a simples exposição do bem jurídico a uma situação de perigo, enquanto que para estes deve haver a efetiva lesão do bem protegido juridicamente para a consumação do delito.

⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Volume V. 4ª. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 377 – 378.

7.3 CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

A classificação da natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante sempre foi alvo de grandes discussões na doutrina e jurisprudência, desde sua primeira redação. Para melhor entender o tema, será tratado a partir de agora, cada uma destas classificações através da evolução da norma neste tipo de crime.

7.3.1 Após a Lei 9.503/97 (CTB)

Na primeira redação do art. 306⁶⁰, CTB, o tipo penal dizia que só estaria configurado o delito de embriaguez no volante se o condutor colocasse potencialmente alguém em risco.

O entendimento majoritário era de que se tratava de um crime de perigo concreto. TASSI (2009) diz que Luiz Flávio Gomes e Cezar Roberto Bitencourt são autores que defendiam esta tese. Para esses doutrinadores, a frase “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, deixava evidente a exigência da caracterização de um perigo real, sendo assim, necessária para a configuração do crime a comprovação de um risco efetivo do bem jurídico coletivo, “suficiente para rebaixar o nível de segurança viária (condutor sob influência da substância + direção anormal, de forma a rebaixar o nível de segurança viária)”.

No entanto, CABETTE (2013) diz que outros doutrinadores, dentre eles, Luiz Otávio de Oliveira Rocha e Arnaldo Rizzardo defendiam a tese de que o crime era de perigo abstrato, na qual diziam que só o fato de alguém dirigir embriagado, já ensejaria perigo que podia ser presumido. Todavia, como a redação primeira do crime em tela trazia em seu bojo o perigo exigido para sua configuração, era inviável concluir que não fosse crime de perigo concreto.

E uma terceira corrente, interpretava o crime ora descrito como crime de dano, pelo fato que o bem jurídico “segurança viária” estaria sendo efetivamente lesado

⁶⁰ Art. 306, CTB: Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

quando da direção de veículo automotor por condutor embriagado. Entretanto, nesta ocasião, seria necessária a demonstração da lesão à segurança viária causada pelo condutor sob efeito de álcool. Conforme CABETTE (2013) defendiam esta tese, Fernando Cappez, Victor Eduardo Rios Gonçalves e Damásio Evangelista de Jesus.

7.3.2 Após a lei 11.705/2008 (Lei Seca)

Com a promulgação da Lei n.º 11.705, a chamada “Lei Seca”, em 19 de junho de 2008, o caput do art. 306⁶¹ do CTB sofreu uma grande modificação. Foi excluída a exigência literal do perigo concreto, ou seja, o legislador suprimiu do texto a exigência de “exposição a dano potencial”.

A partir da alteração do art. 306 do CTB, a polêmica acerca da classificação do crime de embriaguez ao volante ganhou novas discussões.

CABETTE (2008) explica que doutrinadores como Luiz Flávio Gomes não defende a possibilidade de crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico moderno. Por isto, o crime em tela seria de perigo concreto, sob o argumento que não existe crime sem a ofensa ao bem jurídico tutelado.

No entanto, grande parte da doutrina defende que, através do novo texto normativo, o art. 306 do CTB deixou de ser um crime de perigo concreto e passou a ser enquadrado nos crimes de perigo abstrato. Pois, com a mera conduta de conduzir veículo automotor, nas vias públicas, “estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas ou sob influência de qualquer substância psicoativa que determine dependência”, por si só já estaria configurado o crime em tela.

O jurista Renato Marcão (2012, p.168) defende a tese do crime de perigo abstrato. Segundo o autor, o legislador ao dar nova redação ao caput do art. 306 do CTB, deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto para a configuração do delito:

⁶¹ 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.

O legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal. Não se exige mais um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem. O crime, agora, é de perigo abstrato; presumido.

O Supremo Tribunal Federal coaduna com este entendimento. A Segunda Turma do STF rejeitou o Habeas Corpus nº 109269, impetrado em favor de um motorista denunciado por dirigir embriagado. Citando precedente da ministra Ellen Gracie, o relator do habeas corpus, ministro Ricardo Lewandowski afirmou:

Ser irrelevante indagar se o comportamento do motorista embriagado atingiu ou não algum bem juridicamente tutelado porque se trata de um crime de perigo abstrato, no qual não importa o resultado. É como o porte de armas. Não é preciso que alguém pratique efetivamente um ilícito com emprego da arma. O simples porte constitui crime de perigo abstrato porque outros bens estão em jogo. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro foi uma opção legislativa legítima que tem como objetivo a proteção da segurança da coletividade.

O Superior Tribunal de Justiça também assim decidiu:

A embriaguez ao volante é caracterizada como delito de perigo abstrato, bastando comprovar que o sujeito dirigia embriagado em via pública, não constando como elemento do tipo penal a efetiva capacidade lesiva da conduta. A objetividade jurídica imediata é a segurança viária e, de forma indireta, a incolumidade pública.

7.3.3 Após a lei 12.760/2012

No final de 2012, a lei nº 12.760/12 estatuiu nova redação ao dispositivo normativo referente ao crime de embriaguez ao volante, previsto pelo art. 306, CTB, “caput”, na qual agora estará configurado o crime se o condutor dirigir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

O § 1º, através dos incisos I e II ⁶², do artigo citado, revelam os meios para os quais serão possíveis a demonstração desta capacidade psicomotora alterada pela influência do álcool ou outra substância psicoativa.

Assim, a alteração da capacidade psicomotora poderá ser demonstrada por duas formas: § 1º, inciso I, traz a previsão com a mesma redação da lei anterior, dizendo que se o condutor exceder aos limites máximos previstos de alcoolemia será punido penalmente. Desta forma, o crime continuaria a ser classificado como crime de perigo abstrato, como ocorria anteriormente pela maioria da doutrina, pois continua não sendo necessária a demonstração do perigo iminente, pois o fato por si só, “ter excedido o limite do teor alcoólico” previsto já caracterizaria o perigo, que seria presumido.

CABETTE (2013, p.46) neste sentido diz que:

Há que se concordar que a criação arbitrária, pelo legislador de infrações penais para condutas que não lesam nem criam perigo a bens jurídicos, é inadmissível. Mas também, não se pode deixar de reconhecer que há condutas que por si só representam perigo a bens jurídicos, dispensando a análise casuística por sua notoriedade.

Todavia, o § 1º, inciso I, continuaria a ser de perigo concreto, para aqueles que já defendiam tal tese anteriormente, como é o caso de Luiz Flávio Gomes (2013).

Alternativamente ao inciso I, o § 1º prevê, em seu inciso II, a prova do excesso de álcool no sangue por outras formas em direito admitidas como por exemplos: prova testemunhal, exame clínico, perícias, imagens ou vídeo.

Para CABETTE (2013, p. 58-59), no caso do inciso II, o crime não é de perigo abstrato, mas sim de perigo concreto, pois existe a necessidade de comprovar objetivamente a alteração dos sinais psicomotores do condutor sob influência do álcool ou outra substância psicoativa que cause dependência para configuração do delito, como por exemplo: andar cambaleante, fala alterada, hálito etílico, consciência alterada entre outros, conforme artigo 5º, e anexo II da resolução do Contran nº 432/2012.

Já para MARCÃO (2013, p.11), o crime continuaria a ser de perigo abstrato:

⁶² Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 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 miligramas de álcool por litro de ar alveolar; ou; II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (grifo meu).

Neste caso, não se trata de provar que o agente tenha conduzido veículo automotor de maneira anormal. [...], pois é de crime de perigo abstrato, e, por isso, desnecessária tal verificação, mas de provar que ao ser abordado demonstrou estar com capacidade psicomotora alterada.

Pelo que tudo indica, o posicionamento jurisprudencial dominante para o crime de embriaguez na direção de veículo automotor continuará a ser classificado como crime de perigo abstrato como já havia sido assentado, anteriormente, pelos tribunais superiores. (*vide seção 6.2*).

8 DIREITO COMPARADO

8.1 Lei Seca do mundo

Lista elaborada pelo Centro Internacional para Políticas sobre o Álcool (Icap), sediado em Washington (EUA), posiciona o Brasil entre os 20 países que possuem a legislação mais rígida sobre o tema. Das 82 nações pesquisadas, Noruega, Suécia, Polônia, Estônia e Mongólia têm o mesmo nível de rigor do Brasil. Na América do Sul, a tolerância brasileira só fica atrás da Colômbia, onde o limite é zero. (DPRF, 2013).

O Tribunal Constitucional Europeu decidiu de forma interessante sobre o uso do bafômetro: a obrigação de soprar o bafômetro não constitui obrigação de produzir uma declaração contra si mesmo, é um ato que em si não constitui uma incriminação. Logo, o sujeito não pode invocar o direito de não se incriminar pra evitar soprar o bafômetro. (DPRF, 2012).

Nos Estados Unidos a Suprema Corte entendeu que o direito de não se incriminar não pode ser invocado em casos que coloquem em risco a segurança da população. (DPRF, 2012).

A política de prevenção e combate ao binômio álcool e direção é encontrada em quase todos os lugares do mundo. Por isto, neste capítulo será mostrado como funcionam as legislações em outros países do globo na disciplina e punibilidade dos condutores de veículos automotores sob influência de álcool.

8.1.1 Canadá

Neste país recusar-se a uma amostra de respiração, ou fornecimento de amostra de fluido corporal para determinar se a capacidade de conduzir está prejudicada por alguma droga provoca a suspensão da carteira de motorista, um registro criminal e no aumento significativo nos valores do seguro do veículo (RON, 2011).

A pena para quem não fornece uma amostra de respiração é a mesma de dirigir alcoolizado. Todas as penas obrigatórias para condução prejudicada por beber e dirigir são aplicadas a qualquer pessoa que recusa teste respiratório. (OTT LEGAL SERVICES, 2010).

Em 2001, após um diplomata Russo embriagado, ter se envolvido em um acidente em que morreu uma cidadã canadense, deflagrou a repressão a este tipo de crime envolvendo diplomatas. (CBCNEWS, 2001).

8.1.2 Estados Unidos

Em alguns estados norte-americanos, se o condutor recusa o “teste do bafômetro”, há presunção de embriaguez e apreensão imediata do veículo e da carteira de habilitação. O motorista também é preso em flagrante e tem penas equivalentes a um condutor reprovado pelo teste. O conjunto de medidas fez com que o número de motoristas alcoolizados envolvidos em acidentes nos Estados Unidos caísse de 50% nos anos 1970 para 20% atualmente. (DPRF, 2013).

A maioria das leis estaduais americanas contra a direção sob a influência de álcool determina que condutores seja submetidos a testes químicos para determinar o teor de álcool no sangue. Caso o condutor esteja sob suspeição de embriaguez poderá ser solicitado a prestar, por exemplo, exame de respiração ou de urina.

De acordo com dados coletados pela National Highway Traffic Safety Administration, a taxa de recusa de teste de alcoolemia nacional dos Estados Unidos ficou em torno de 25%. Vários estados americanos tem revisto ou promulgado penalidades mais rigorosas para o crime de direção sob influência de álcool referentes à recusa ao teste de álcool no sangue e ao bafômetro. (TOTALDUI, 2013).

Dezenove estados americanos já tinham, em 2006, sanções civis ou criminais para quem recusa o teste de álcool no sangue ou o bafômetro. Estes estados tencionam tornar o custo da recusa tão alto que provoque o cumprimento dos testes de alcoolemia(sangue ou bafômetro) quando requisitados.

As penalidades incluem multas, sobretaxas de seguro, suspensão ou revogação do registro de dirigir, tempo de prisão e multas maiores para os motoristas que se

recusam a fazer o bafômetro ou o teste de álcool no sangue e são condenados por direção sob efeito de álcool.

No estados de Alasca, Minnessota e Nebraska existem leis que preveem prisão para a recusa de etilômetro. Na Califórnia e Vermont, os motoristas que se recusam a fazer o teste de alcoolemia podem ser presos se já tiverem sido condenados antes por direção sob efeito de álcool. (TOTALDUI, 2013).

Sob certas circunstâncias as multas podem chegar a U\$ 10.000,00 (dez mil dólares), não incluindo despesas judiciais ou o conseqüente aumento de seguro. Em alguns estados o aumento do seguro aumenta caso o infrator seja reincidente, como é o caso de Nova Jersey. (TOTALDUI, 2013).

A maioria dos estados tem disposições legais que impõem o uso de sistemas de bloqueio de ignição por motoristas bêbados condenados. Estas leis variam para cada estado, mas na maioria deles faz-se necessária a reincidência neste tipo de infração para a obrigação de instalação destes dispositivos. Além disto, poderá sofrer a referida sanção se o motorista for flagrado acima do limite de álcool previsto ou por recusa aos referidos testes de alcoolemia, ou por ter se envolvido em algum acidente nestas condições causando lesões ou mortes.

8.1.3 México

A polícia mexicana utiliza o sistema de testes aleatórias em motoristas. Policiais abordam carros de forma aleatória e exigem que o motorista faça um teste de respiração (bafômetro).

Além de outras possíveis sanções, a pena de prisão imediata é uma prática geral por dirigir embriagado no México. Aqueles que se recusam a fazer um teste de respiração geralmente são levados diretamente para a prisão.

8.1.4 Reino Unido

Qualquer condutor poderá ser parado e convidado a realizar o teste de alcoolemia. Caso o policial tenha razões para a suspeita do condutor estar embriagado

ou envolvido em acidente, o mesmo deverá realizar o referido teste. A recusa do referido teste é um ilícito de natureza grave que prevê o prazo de 12 a 36 meses anos de suspensão da licença para dirigir neste país, além da multa que poderá chegar a máxima até 5000 libras esterlinas (equivalente a R\$ 15000).

Se ficar comprovado que o motorista excedeu ao limite previsto para conduzir veículo automotor, além das referidas sanções descritas, poderá ser preso com pena de até 6 (seis) meses. Caso esteja comprovado a embriaguez no volante, e devido a este fato tenha causado morte a pena poderá chegar até 14 anos de prisão.

8.1.5 Portugal

O Código de Estradas de Portugal obriga que o condutor e demais usuários da via pública sejam submetidos a provas de detecção de possíveis intoxicações, de modo que a recusa é considerada crime de desobediência e punido com pena de prisão de até 1 ano e multa de duzentos dias, com pena acessória de proibição de dirigir de 6 meses a 5 anos, conforme art. 152º, Decreto-Lei 44/2005 de 23 de fevereiro de 2005.

8.1.6 Espanha

Neste país, independentemente da idade, condutores flagrados sob influência do álcool dirigindo veículo poderá ter suspensa a licença para dirigir por um per 1 a 4 anos, além de 3 a 8 meses de prisão ou de 8 a 12 encarceramentos em fins de semana. Caso o motorista se recuse a se submeter um teste de teor álcool no sangue estará cometendo o crime de desobediência prevista na lei espanhola, que prevê prisão de seis meses a 1 ano de prisão.

8.1.7 França

O *Code de le Rote* possui 14 dispositivos que tratam especificamente da condução sobre a influência de álcool. Este código determina imediata prisão daquele motorista flagrado sob suspeita de embriaguez e que se recusa a realizar os exames previstos em lei para detecção dos níveis de álcool no organismo. O Código Penal Francês em seu artigo 221.6.1 determina que o crime de homicídio culposo de trânsito será agravado pelo fato do motorista estar embriagado ou caso se recuse a proceder aos exames de comprovação do estado de embriaguez. (FLORIANO, 2008).

8.1.8 Áustria

Na Áustria, condução sob a influência de álcool é estritamente proibida. O país estabeleceu limites legais sobre o conteúdo de álcool no sangue, ou BAC, medido por um teste de respiração, como medida de precaução. Os motoristas que teste acima do limite estão em violação da lei. As sanções podem incluir uma multa ou suspensão da carteira de motorista. Limites de TAS variam com a idade do condutor e do tipo de veículo.

Se o motorista se recusa a fazer um teste de álcool no sangue ou bafômetro a ele é imputado o pagamento da multa para a multa mais grave, com todas suas consequências legais: multa, suspensão da licença de dirigir, curso psicológico para motoristas ébrios e testes adicionais de direção (médicos e psicológicos).

8.1.9 Alemanha

O condutor quando flagrado dirigindo sob influência de álcool pela polícia alemã, além do teste de respiração (bafômetro) deverá obrigatoriamente fazer o exame de sangue. A lei processual alemã permite que extração de sangue e outras provas corporais sejam efetivadas mesmo sem o consentimento da pessoa, desde que seja

para a constatação de fatos importantes no processo e não resultem em qualquer perigo de saúde para o envolvido. (BEZERRA, 2011).

Quando uma pessoa é presa na Alemanha por dirigir embriagado, além da perda da carta de habilitação, seu veículo é confiscado pela polícia, e vendido no mercado. Os recursos recebidos pela venda de veículo de um criminoso são enviados para o fundo da vítima. As multas rigorosas e prisão prescritas para direção sob efeito de álcool podem variar de um mínimo de \$ 800 a no máximo de \$ 2000 (dólares). O infrator primário tem a opção de pagar a multa e não ser preso. Em caso de reincidência, o infrator será preso imediatamente.

8.1.10 Itália

O condutor pode ser punido da mesma forma que seria se fizesse o teste e ficasse comprovado que estava completamente embriagado. A punição prevista em lei é prisão no mínimo 6 meses, multa, confisco do veículo e suspensão da CNH. (BEZERRA, 2011).

8.1.11 Suécia

Condutores suspeitos de conduzir sob efeito de álcool que se recusam a fazer o teste de sangue são conduzidos coercitivamente para fazê-lo pela polícia. Ao contrário da lei brasileira há obrigatoriedade de se fazer o teste e não há possibilidade de recusa por parte do cidadão sueco. (BEZERRA, 2011).

8.1.12 Noruega

A Noruega foi o primeiro país a criar leis específicas para a mistura álcool e direção. Desde 1936, a legislação de trânsito vem sendo aprimorada e hoje, o limite

tolerado para motoristas embriagados é igual ao do Brasil. Se for flagrado com índices maiores que 2 decigramas de álcool por litro de sangue, o condutor perde a carteira por um ano, é preso por no mínimo três semanas, e o trabalho na cadeia é obrigatório. Além disso, as multas aplicadas são proporcionais à renda do infrator. (DPRF, 2009).

A multa para quem dirigir bêbado é proporcional a renda. Ficou famoso o caso do empresário do ramo imobiliário Kjetil Uleberg, que após uma noite regada a vinho, foi pego na manhã seguinte com 0,7 g/l de álcool no sangue – o limite era 0,2, como no Brasil. Resultado : multa equivalente a 135 mil reais, perda da habilitação por dois anos e trabalho forçado de cortar lenha durante trinta dias. Além disto, aprendi minha lição, disse ao jornal afterposten. (BEZERRA, 2011).

8.1.13 Japão

Neste país os motoristas que se recusam são punidos pelo mesmo crime. Passageiros que andam juntos com o motorista bêbado e também aqueles que incentivam um motorista a beber são também responsabilizados pela lei japonesa. (BEZERRA, 2011).

8.1.14 Austrália

De acordo com as leis australianas de condução todos(inclusive agentes diplomáticos e consulares) deverão se submeter ao bafômetro, quando solicitados a fazê-lo por um policial. A recusa em fazer tal exame pode resultar no delito de não prestar teste de bafômetro, além das respectivas infrações de trânsito cometidas. (BEZERRA, 2011).

Estas foram alguns exemplos de normas de outros países que entendem que o binômio álcool-direção é uma epidemia que mata todos os dias, e que precisa ser combatida de forma séria e responsável, em prol de uma sociedade que almeja por um trânsito mais seguro.

9 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o objetivo mostrar a evolução normativa sobre o fato social da ingestão de bebida alcoólica e direção de veículo automotor, apontando os avanços e retrocessos, e as consequentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

A lei ora debatida é de extrema importância para o Brasil pois tem o intuito de combater e prevenir as mortes e feridos causados pela embriaguez no volante, todavia, apesar de estar cristalino seu valor perante toda a sociedade que almeja por um trânsito mais seguro, um problema social não pode ser resolvido ferindo princípios basilares da Constituição.

Na seara criminal, pela Lei nº 12.760/12, o legislador resolveu o problema normativo anterior que ora dificultava a formação da prova para punição do condutor embriagado, pois a lei anterior prevendo somente o teste alcoolemia como único meio de prova, e o condutor protegido pelo direito de não ser obrigado a criar provas contra si mesmo, na maioria das vezes, recusava ao referido teste, em consequência não era sancionado penalmente.

Para driblar este equívoco legislativo anterior, o legislativo alterou a norma, prevendo agora outras provas em direito para configuração do referido crime, tais como: exame clínico por médico perito, imagens, vídeos ou testemunhas. A partir de agora a norma atingiu o equilíbrio necessário, de forma a garantir a punibilidade destes condutores e em contrapartida não ferir princípios e direitos constitucionais consagrados pelo nosso ordenamento jurídico.

Apesar de a lei agora prever outras provas em direito como exames clínicos realizados por peritos, estas não serão muito utilizadas, tendo em vista que o Estado não tem estrutura necessária para se ter um médico perito em qualquer lugar que tenha fiscalização. Por isto, a prova testemunhal será a mais utilizada quando da recusa aos testes de alcoolemia.

Polêmica seria se a prova testemunhal exclusivamente por policiais que realizaram a fiscalização ao condutor embriagado poderia estar eivada de invalidade. Ficou assentado pela jurisprudência dos tribunais superiores que a prova testemunhal exclusivamente por policial é legal, desde que esteja de acordo o restante dos fatos e provas no caso concreto.

Outra alteração importante foi a exclusão da expressão “em vias públicas” do art. 306, CTB. O crime agora poderá também ocorrer em vias particulares, desde que esteja configurado a ofensa ao bem jurídico protegido, ou seja, a segurança viária.

Outro fato sempre debatido na doutrina e jurisprudência seria qual a natureza jurídica do crime de embriaguez no volante diante da nova lei 12.760/12. A jurisprudência tenderá a classificá-lo como crime de perigo abstrato, pois independentemente de dano, ou direção anormal do condutor, o crime já estará configurado nos casos de: teste positivo para alcoolemia (bafômetro ou exame de sangue); ou o condutor apresentar sinais visíveis e notórios de alcoolemia (prova testemunhal).

Na seara administrativa é que se encontra a maior discussão. Mesmo após alteração da norma pela lei 12.760/12, não foi retirado ou modificado o dispositivo normativo disposto pelo § 3º, art. 277, CTB, que prevê sanção para o condutor que recusar a realizar o teste de alcoolemia, seja por bafômetro ou exame de sangue. Percebe-se que o legislador quis forçar o condutor a contribuir para a formação da prova. Grande parte da doutrina considera este dispositivo normativo inconstitucional, pois estaria ferindo o direito na qual ninguém poderia ser obrigado a criar provas contra si mesmo.

O direito na qual a pessoa não é obrigada a fazer prova contra si mesma, é um direito estabelecido pelo Pacto San José da Costa Rica de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992. Esta norma, independentemente de discussão doutrinária sobre qual seria sua posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro, se norma de valor constitucional ou supralegal, o art. 277, § 3º, CTB, o qual prevê sanção ao condutor que recusar a realizar o teste de alcoolemia, é um dispositivo normativo infraconstitucional, portanto deveria estar de acordo com a norma superior.

A atual legislação prevê pena única de 12 meses de suspensão do direito de dirigir a qualquer tipo de condutor, sendo primário ou reincidente, ter ingerido pouca ou muita bebida alcoólica. Importante salientar que o CTB em sua redação originária previa penas diferentes a condutores primários ou reincidentes. Portanto, a lei prevendo pena fixa de tempo na suspensão do direito de dirigir estaria ferindo o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

O Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu no controle difuso sobre a constitucionalidade ou não da referida lei, que deverá ser logo realizada pelo julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4103, proposta em 2008,

pela Associação de bares e restaurantes. Espera-se que a Suprema Corte julgue o mais rápido possível esta ação e coloque um ponto final nestas discussões, de forma a garantir a eficácia de uma lei importante para a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ADURA, F. E. *et al.* **Alcoolemia e direção veicular segura.** Disponível em: <http://www.abramet.org.br/Arquivos/Diretrizes/515d88513cf19caa7f5336616cf2a3b8.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2013.

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado.** 18. Ed. ver. E atual. São Paulo: Método, 2010.

ALMEIDA, Robledo Moraes Peres de. **A Constitucionalidade e a legalidade dos meios de prova de embriaguez alcoólica segundo o Código de Trânsito Brasileiro.** UFES. 2009.

BEBER E DIRIGIR. **Manual de Segurança de Trânsito para profissionais de trânsito e de saúde.** Disponível em: http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9782940395088_por.pdf. Acesso em 21 mar.2013.

BEZERRA, Felipe da Costa. **Política Criminal de Combate a Alcoolemia no Trânsito: Uma análise da Lei Seca Brasileira e sua eficácia em relação à legislação dos Países Desenvolvidos.** 2011. 21 f. Artigo Científico. Universidade Anhanguera - Uniderp - Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, Caicó, RN, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Volume I.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOWERS, Mike. **Drunk driving laws in Austria.** Disponível em: http://www.ehow.com/list_6897253_laws-drinking-driving-austria.html. Acesso em 27 abr. 2013.

BRASIL. **Código Nacional de Trânsito (1966).** Lei 5.108 de 21 de setembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5108impressao.htm. Acesso em: 08 jan. 2013.

_____. **Código de Trânsito Nacional (1997).** Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 03 jan. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 2.994, de 28 de janeiro de 1941.** República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mar.2013.

_____. **Decreto nº 19.038, de 17 de dezembro de 1.929.** República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 62.127, de 16 de janeiro de 1968.** Instituiu o Regulamento do Código Nacional de Trânsito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 mar. 2013.

_____. **Lei nº 9.264, de 07 de fevereiro de 1996.** República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9264.htm>. Acesso em: 20 mar.2013.

_____. **Lei 11.275, 07 de fevereiro de 2006.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11275.htm>. Acesso em: 23 mar.2013.

_____. **Lei 11.705, 19 de junho de 2008.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 23 mar.2013.

_____. **Lei 12.760, 20 de dezembro de 2012.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>.Acesso: em 28 mar. 2013.

_____. Ministério da Saúde. Associação Brasileira de Medicina de Tráfego. **Alcoolemia e direção veicular segura.** Disponível em: <http://www.abramet.org.br/Arquivos/Diretrizes/515d88513cf19caa7f5336616cf2a3b8.pdf> . Acesso em: 16 mar. 2013.

_____. Ministério da Saúde. **Década de Ação para a Segurança no Trânsito 2011-2020.** Disponível em:<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=37121>.Acesso em: 16 set. 2012.

_____. Ministério da Saúde. **Violência. Trânsito é responsável por mais de 40 mil mortes no Brasil.** Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/2933/162/transito-e-responsavel-por-mais-de-40-mil-mortes-no-brasil.html>>.Acesso em: 16 set.2012.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **PGR emite parecer pela inconstitucionalidade de artigos da Lei Seca.** Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204103.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2013.

_____. **Resolução do CONTRAN nº 737, de 12 de set. 1989.** Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/resolucoes.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

_____. **Resolução do CONTRAN nº 432, 23 de janeiro de 2013.** Disponível em:<[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Até que a lei seja alterada, apenas bafômetro e exame de sangue podem comprovar embriaguez de motorista.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218>. Acesso em 01 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 76.557-RJ. 2ª Turma. DJ. 02.02.2001. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740579/habeas-corpus-hc-76557-rj-stf>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4103. 2ª Turma. DJ. 02.02.2001. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740579/habeas-corpus-hc-76557-rj-stf>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Prova penal. Banimento Constitucional das provas ilícitas (CF, ART. 5º, LVI). Ilícitude (originária e por derivação). Inadmissibilidade. Recurso em Habeas Corpus n. 90376. Relator: Ministro Celso de Melo. 2ª Turma. Brasília, DF, 03 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Penal. Delito de embriaguez no volante. Art. 306 do Código de trânsito brasileiro. Alegação de inconstitucionalidade do referido tipo penal por tratar-se de perigo abstrato. Improcedência. Ordem denegada. Recurso em Habeas Corpus n. 109269- MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Brasília, DF, 27 set.2011. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/6/6d/HC_109269_MG_STF_Crime_de_Perigo_Abstrato.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Álcool e volante: Até quando será preciso provar que é notório?**. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/11503/alcool-e-volante>>. Acesso em: 27 abr. 2013.

_____. **Nova Lei Seca**. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 2013.

_____. **A falácia do denominado “crime de perigo abstrato de perigosidade real”**. Disponível em:<<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/03/25/a-falacia-do-deno-minado-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

CAMPOS, A. de F. C.; RIBEIRO, R. C. Reis; VAZ, V. A. (Coord.). **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos**. 3. ed. rev. e atual. Formiga: UNIFOR-MG, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – legislação penal especial**. v 4. 5ª ed. Saraiva. São Paulo: 2010.

_____. **Curso de Direito Penal. Volume 1**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CBCNEWS. Canada. Russian ambassador defends use of diplomatic immunity. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/news/canada/story/2001/01/30/diplomat010130.html>>. Acesso em: 03 maio 2013.

CINTRA, Najla Lopes. **Direito de trânsito**. Disponível em: <<http://professor.ucg.br/siteDocente/admin/arquivosUpload/15450/material/Cap.%2001%20-%20Hist%C3%B3rico%20da%20Roda%20e%20Comiss%C3%A3o%20do%20OCTB%20-%20esquema.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

CORPAS, Flávio. **As Primeiras Leis de Trânsito**. Disponível em: <<http://atividadesrodoviarias.pro.br/asprimeirasleis.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. **Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”?** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/03/21/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”?** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/03/21/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

CZERWONKA, Mariana. **Brasil é quinto país do mundo em mortes por acidentes de trânsito**. Disponível em: <<http://portaldotransito.com.br/index.php/noticias/acontecendo-no-transito/brasil-e-quinto-pais-do-mundo-em-mortes-por-acidentes-de-transito>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

DE ALMEIDA, Robledo Moraes Peres. **A Constitucionalidade e a legalidade dos meios de prova de embriaguez alcoólica segundo o Código de Trânsito Brasileiro**. UFES. 2009. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/96955887/Monografia-Robledo-Peres-UFES>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina Legal**.5.ed.São Paulo:Saraiva, 2008.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. **Conhecendo a Lei Seca**. Disponível em: <http://www.dprf.gov.br>>.Acesso em: 20 mar.2013.

DRINKDRIVING.ORG. **UK drink driving Law**. Disponível em: <http://www.drinkdriving.org/drink_driving_laws.php#failroadpasspolice>. Acesso em: 23 abr. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**. 7.ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FLORIANO, Eduardo de Souza. **A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool: O direito comparado e o entendimento da doutrina quanto ao direito à não auto-incriminação**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12024/a-constituicao-federal-permite-a-conducao-de-veiculo-automotor-sob-influencia-de-alcool>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Da ideia à defesa: monografias e teses jurídicas**.2.ed. Belo Horizonte:Mandamentos, 2008.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **6 Decigramas de álcool. Já significam crime? Ou não?**.Disponível em: <<http://www.jus.com.br>. Acesso em: 11 abr.2013.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

HILL, Gary. **Drunk driving laws in Mexico**. Disponível em: <http://www.ehow.com/list_6799413_drunk-driving-laws-mexico.html#ixzz1PY1ZgFjl>. Acesso em: 23 abr. 2013.

LARANJEIRA, Ronaldo. **Alcoolismo. Dependência química**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/acao-e-efeitos-do-alcool/>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Legislação de trânsito no Brasil. **Revista Jus Vigilantibus**, 8 mai 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39655>>. Acesso em 15 mar. 2013.

MARCÃO, Renato. **Crimes de Trânsito: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Comentário Nova Lei Seca: Embriaguez ao volante**. p.11. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/leiseca>>. Acesso em: 11 abr. 2013.

MATHIS, Emily. **German drunk driving laws**. Disponível em: <http://www.ehow.com/list_6555469_german-drunk-driving-laws.html>. Acesso em: 29 abr. 2013.

MEDEIROS, Luisa. Revista Exame. **74% dos adolescentes experimentaram bebida alcoólica em casa**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/saude/noticias/74-dos-adolescentes-experimentaram-bebida-alcoolica-em-casa>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.253.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVAES, Roberta Karina Silva. **A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31639&seo=1>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código de processo penal comentado**. 9.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OTT LEGAL SERVICES. **Refuse breath test**. Disponível em: <www.hotfrog.ca/Companies/OTT-Legal-Services-OTT-Legal-Lawyers/Refuse-Breath-Test-Roadside-Test-Impaired-Driving-51759>. Acesso em: 27 abr. 2013.

PESCIOTTA, Natália. **Bilac e Patrocínio causaram o primeiro acidente de carro no Brasil**. Disponível em: <<http://www.almanaquebrasil.com.br>. Acesso em 20 mar. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTAL BRASIL. **Carnaval: prevenção de acidentes no trânsito**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cultura/carnaval/prevencao-de-acidentes-no-transito>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

PORTUGAL. Ministério da Administração Interna. Diário da República nº 38, I Série-A de 23 fev. 2005. **Decreto-Lei nº 44/2005 de 23 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2005/02/038A00/15541625.PDF>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte Geral: Volume I: arts.10 a 120**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RON, Jourard. **Drink and driving**. Disponível em: <www.defencelaw.com/drinking-driving.html>. Acesso em: 23 abr. 2013.

SANTOS, Jeferson Machado. **Dirigir após beber: quanto tempo é preciso esperar?**. Disponível em: <<http://itnet.com.br/saudelegal-20090>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

SILCOCK, David et al. **Beber e Dirigir: manual de segurança de trânsito para profissionais de trânsito e saúde**. Genebra: Global Road Safety Partnership, 2007.

SILVA, Antônio Álvares da. **Lei Seca**. São Paulo: Ltr, 2008.

SILVEIRA, Daniel Barile. **Paradigmas de interpretação constitucional: desafios ao entendimento das sociedades modernas**. Revista Urutagua, Maringá, n. 11, 2007. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/011/11silveira.htm>>. Acesso em: 04/01/2012.

STRAUSS, Edna. **Só se deve dirigir quatro horas depois de beber.** Revista Super Interessante, v. 127, São Paulo, abr. 1998. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cotidiano/so-se-deve-dirigir-quatro-horas-depois-beber-437462.shtml>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

TASSI, Umberto Ibrahim Abu Shireh. **A obrigatoriedade do teste do “bafômetro” em face da lei 11.705/08: Uma análise crítica.** 2009. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande-RS, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6793>. Acesso em: 10 abr. 2013.

TOTALDUI. **Refusing a Breathalyzers test.** Disponível em: <www.totaldui.com/breathalyzers/overview/IMPLIED-CONSENT-REFUSAL.aspx>. Acesso em: 02 fev. 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo.** São Paulo: Saraiva, 2003.

WALDRON, Leah. **Teenage Drunk driving laws in Spain.** Disponível em: <http://www.ehow.com/list_6800581_teenage-drunk-driving-laws-spain.html#ixzz1PXzv0eNC>. Acesso em: 25 abr. 2013.

ANEXO A – Resolução nº 432/2012 do Contran

RESOLUÇÃO Nº 432, DE 23 DE JANEIRO DE 2013.

Dispõe sobre 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, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

O CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 12, inciso I, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e nos termos do disposto no Decreto nº 4.711, de 29 de maio de 2003, que trata da coordenação do Sistema Nacional de Trânsito.

CONSIDERANDO a nova redação dos arts. 165, 276, 277 e 302, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, dada pela Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012;

CONSIDERANDO o estudo da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego, ABRAMET, acerca dos procedimentos médicos para fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência pelos condutores; e

CONSIDERANDO o disposto nos processos nºs 80001.005410/2006-70, 80001.002634/2006-20 e 80000.000042/2013-11;

RESOLVE,

Art. 1º Definir 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, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Art. 2º A fiscalização do consumo, pelos condutores de veículos automotores, de bebidas alcoólicas e de outras substâncias psicoativas que determinem dependência deve ser procedimento operacional rotineiro dos órgãos de trânsito.

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;

V – verificação dos sinais que indiquem a alteração 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:

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.

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.

A 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.

DO CRIME

Art. 7º O crime previsto no art. 306 do CTB será caracterizado por qualquer um dos procedimentos abaixo:

I – exame de sangue que apresente resultado igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue (6 dg/L);

II - teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I;

III – 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;

IV – sinais de alteração da capacidade psicomotora obtido na forma do art. 5º.

§ 1º A ocorrência do crime de que trata o caput não elide a aplicação do disposto no art. 165 do CTB.

§ 2º Configurado o crime de que trata este artigo, o condutor e testemunhas, se houver, serão encaminhados à Polícia Judiciária, devendo ser acompanhados dos elementos probatórios.

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.

§ 1º Os documentos gerados e o resultado dos exames de que trata o inciso I deverão ser anexados ao auto de infração.

§ 2º No caso do teste de etilômetro, o preenchimento do campo “Valor Considerado” do auto de infração, deve-se observar as margens do erro admissíveis, nos termos da “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro” constante no Anexo I.

DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Art. 9º O veículo será retido até a apresentação de condutor habilitado, que também será submetido à fiscalização.

Parágrafo único. Caso não se apresente condutor habilitado ou o agente verifique que ele não está em condições de dirigir, o veículo será recolhido ao depósito do órgão ou entidade responsável pela fiscalização, mediante recibo.

Art. 10. O documento de habilitação será recolhido pelo agente, mediante

recibo, e ficará sob custódia do órgão ou entidade de trânsito o responsável pela autuação até que o condutor comprove que não está com a capacidade psicomotora alterada, nos termos desta Resolução.

§ 1º Caso o condutor não compareça ao órgão ou entidade de trânsito responsável pela autuação no prazo de 5 (cinco) dias da data do cometimento da infração, o documento será encaminhado ao órgão executivo de trânsito responsável pelo seu registro, onde o condutor deverá buscar seu documento.

§ 2º A informação de que trata o § 1º deverá constar no recibo de recolhimento do documento de habilitação.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 11. É obrigatória a realização do exame de alcoolemia para as vítimas fatais de acidentes de trânsito.

Art. 12. 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. 13. Ficam revogadas as Resoluções CONTRAN nº 1 09, de 21 de Novembro de 1999, e nº 206, de 20 de outubro de 2006, e a Deliberação CONTRAN nº 133, de 21 de dezembro de 2012.

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

ANEXO I

TABELA DE VALORES REFERENCIAIS PARA ETILÔMETRO

MR mg/L	VC* mg/L		MR mg/L	VC* mg/L		MR mg/L	VC mg/L		MR mg/L	VC mg/L	
0,05	0,01	INFRAÇÃO DO ART. 165 CTB	0,54	0,49	INFRAÇÃO DO ART.165 CTB + CRIME DE DO ART.306	1,03	0,94	INFRAÇÃO DO ART. 165 CTB + CRIME DO ART. 306 CTB	1,52	1,39	INFRAÇÃO DO ART. 165 CTB + CRIME DO ART. 306 CTB
0,06	0,02		0,55	0,50		1,04	0,95		1,53	1,40	
0,07	0,03		0,56	0,51		1,05	0,96		1,54	1,41	
0,08	0,04		0,57	0,52		1,06	0,97		1,55	1,42	
0,09	0,05		0,58	0,53		1,07	0,98		1,56	1,43	
0,10	0,06		0,59	0,54		1,08	0,99		1,57	1,44	
0,11	0,07		0,60	0,55		1,09	1,00		1,58	1,45	
0,12	0,08		0,61	0,56		1,10	1,01		1,59	1,46	
0,13	0,09		0,62	0,57		1,11	1,02		1,60	1,47	
0,14	0,10		0,63	0,58		1,12	1,03		1,61	1,48	
0,15	0,11		0,64	0,58		1,13	1,04		1,62	1,49	
0,16	0,12		0,65	0,59		1,14	1,04		1,63	1,50	
0,17	0,13		0,66	0,60		1,15	1,05		1,64	1,50	
0,18	0,14		0,67	0,61		1,16	1,06		1,65	1,51	
0,19	0,15		0,68	0,62		1,17	1,07		1,66	1,52	
0,20	0,16		0,69	0,63		1,18	1,08		1,67	1,53	
0,21	0,17		0,70	0,64		1,19	1,09		1,68	1,54	
0,22	0,18		0,71	0,65		1,20	1,10		1,69	1,55	
0,23	0,19		0,72	0,66		1,21	1,11		1,70	1,56	
0,24	0,20		0,73	0,67		1,22	1,12		1,71	1,57	
0,25	0,21		0,74	0,68		1,23	1,13		1,72	1,58	
0,26	0,22		0,75	0,69		1,24	1,14		1,73	1,59	
0,27	0,23		0,76	0,69		1,25	1,15		1,74	1,60	
0,28	0,24		0,77	0,70		1,26	1,15		1,75	1,61	
0,29	0,25		0,78	0,71		1,27	1,16		1,76	1,61	
0,30	0,26		0,79	0,72		1,28	1,17		1,77	1,62	
0,31	0,27		0,80	0,73		1,29	1,18		1,78	1,63	
0,32	0,28		0,81	0,74		1,30	1,19		1,79	1,64	
0,33	0,29		0,82	0,75		1,31	1,20		1,80	1,65	
0,34	0,30		0,83	0,76		1,32	1,21		1,81	1,66	
0,35	0,31		0,84	0,77		1,33	1,22		1,82	1,67	
0,36	0,32		0,85	0,78		1,34	1,23		1,83	1,68	
0,37	0,33		0,86	0,79		1,35	1,24		1,84	1,69	
0,38	0,34	0,87	0,80	1,36	1,25	1,85	1,70				
0,39	0,35	0,88	0,81	1,37	1,26	1,86	1,71				
0,40	0,36	0,89	0,81	1,38	1,27	1,87	1,72				
0,41	0,37	0,90	0,82	1,39	1,27	1,88	1,73				
0,42	0,38	0,91	0,83	1,40	1,28	1,89	1,73				
0,43	0,39	0,92	0,84	1,41	1,29	1,90	1,74				
0,44	0,40	0,93	0,85	1,42	1,30	1,91	1,75				
0,45	0,41	0,94	0,86	1,43	1,31	1,92	1,76				
0,46	0,42	0,95	0,87	1,44	1,32	1,93	1,77				
0,47	0,43	0,96	0,88	1,45	1,33	1,94	1,78				
0,48	0,44	0,97	0,89	1,46	1,34	1,95	1,79				
0,49	0,45	0,98	0,90	1,47	1,35	1,96	1,80				
0,50	0,46	0,99	0,91	1,48	1,36	1,97	1,81				
0,51	0,46	1,00	0,92	1,49	1,37	1,98	1,82				
0,52	0,47	1,01	0,92	1,50	1,38	1,99	1,83				
0,53	0,48	1,02	0,93	1,51	1,38	2,00	1,84				

MR = Medição realizada pelo etilômetro

VC = Valor considerado para autuação

EM = Erro máximo admissível

* Para definição do VC, foi deduzido da MR o EM ($VC = MR - EM$). No resultado do VC foram consideradas apenas duas casas decimais, desprezando-se as demais, sem arredondamento, observados os itens 4.1.2 e 5.3.1 do Regulamento Técnico Metroológico (Portaria n.º 06/2002 do INMETRO), visto que o etilômetro apresenta MR com apenas duas casas decimais.

Erro máximo admissível (EM)

1. MR inferior a 0,40mg/L: 0,032 mg/L
2. MR acima de 0,40mg/L até 2,00mg/L: 8%
3. MR acima de 2,00mg/L: 30%

ANEXO II

SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Informações mínimas que deverão constar no termo mencionado no artigo 6º desta Resolução, para constatação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito:

I. Identificação do órgão ou entidade de trânsito fiscalizador;

II. Dados do condutor:

- a. Nome;
- b. Número do Prontuário da CNH e/ou do documento de identificação;
- c. Endereço, sempre que possível.

III. Dados do veículo:

- a. Placa/UF;
- b. Marca;

IV. Dados da abordagem:

- a. Data;
- b. Hora;
- c. Local;
- d. Número do auto de infração.

V. Relato do condutor:

- a. Envolveu-se em acidente de trânsito;
- b. Declara ter ingerido bebida alcoólica, sim ou não (Em caso positivo, quando);
- c. Declara ter feito uso de substância psicoativa que determine dependência, sim ou não (Em caso positivo, quando);

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador:

a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:

- i. Sonolência;
- ii. Olhos vermelhos;
- iii. Vômito;
- iv. Soluços;
- v. Desordem nas vestes;
- vi. Odor de álcool no hálito.

b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta:

- i. Agressividade;
- ii. Arrogância;
- iii. Exaltação;

- iv. Ironia;
- v. Falante;
- vi. Dispersão.

c. Quanto à orientação, se o condutor:

- i. sabe onde está;
- ii. sabe a data e a hora.

d. Quanto à memória, se o condutor:

- i. sabe seu endereço;
- ii. lembra dos atos cometidos;

e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta:

- i. Dificuldade no equilíbrio;
- ii. Fala alterada;

VII. Afirmação expressa, pelo agente fiscalizador:

- a. De acordo com as características acima descritas, constatei que o condutor qualificado, está () sob influência de álcool () sob influência de substância psicoativa.
- b. O condutor () se recusou () não se recusou a realizar os testes, exames ou perícia que permitiram certificar o seu estado quando à alteração da capacidade psicomotora.

VIII. Quando houver testemunha (s), a identificação:

- a. Nome;
- b. Documento de identificação;
- c. Endereço;
- d. Assinatura.

IX. Dados do Policial ou do Agente da Autoridade de Trânsito:

- a. Nome;
- b. Matrícula;
- c. Assinatura.