

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS

Angelo Martins Rocha

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS

Angelo Martins Rocha

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do
Prof. Claudio José Palma Sanches

Presidente Prudente/SP

2018

CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E SUAS CONSEQUENCIAS PENAIS

Claudio José Palma Sanches

Larissa Aparecida Costa

Márcio Ricardo da Silva Zago

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2018

E Jesus, olhando para eles, disse-lhes: Aos homens é isso impossível, mas a Deus tudo é possível.

Mateus 19:26

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus (criador do Universo e de tudo que nele há) pela saúde e sabedoria.

Agradeço a minha esposa e aos meus filhos fontes da minha inspiração e pelo apoio incondicional.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Me. Claudio José da Palma Sanches, pela capacidade e excelência de transmitir seus conhecimentos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise, pormenorizada, do crime de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Não deixando de analisar as alterações promovidas pelo legislador desde a criação do Código de Trânsito Brasileiro em 1997 até a última alteração realizada pela lei n.º 12.760 em 2012. São objetos de estudo, posteriormente, os princípios constitucionais penais e processuais penais. Torna-se imperioso uma análise sobre a atual redação do artigo 306 com ênfase para objetividade jurídica, sujeitos do crime, ação penal e a pena, meios de provas para a constatação do delito, teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeos, outras provas e da contra prova. Por fim, aspectos polêmicos -com alterações legislativas significativas realizadas recentemente- relacionados ao crime que geram grandes polêmicas e embates no ordenamento jurídico como: crimes cometidos por condutores embriagados envolvendo vítimas fatais; e o art. 165-A do CTB e o princípio da não autoincriminação. Resta evidente que o legislador optou pela intolerância aos condutores que insistem em dirigir embriagados.

Palavras-chave: Crime de Embriaguez ao Volante. Código de Trânsito Brasileiro. Lei 12760/2012.

ABSTRACT

The present work aims to make a detailed analysis of the crime of drunken driving, provided for in article 306 of the Brazilian Traffic Code. Noting to analyze the changes promoted by the legislator since the creation of the Brazilian Traffic Code in 1997 until the last change made by law 12,760 in 2012. The constitutional principles of criminal and criminal procedure are later objects of study. It is imperative to analyze the current wording of article 306 with emphasis on legal objectivity, subjects of crime, criminal action and punishment, means of evidence for verifying the offense, blood alcohol test, clinical examination, expertise, videos, other evidence and counter-evidence. Finally, controversial aspects - with significant legislative changes recently made - related to crime that generate great controversy and clashes in the legal system such as: crimes committed by drunk drivers involving fatal victims; and art. 165-A of the CTB and the principle of non-self-incrimination. It remains clear that the legislator opted for intolerance for drivers who insist on driving drunk.

Keywords: Crime of Drunkenness to the Steering Wheel. Brazilian Traffic Code. Law 12760/2012.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 LEGISLAÇÃO NO TEMPO	11
2.1 Lei 11705/2008.....	12
2.2 LEI 12760/2012	15
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....	17
3.1 Princípio da Não Autoincriminação	17
3.2 Princípio da Reserva Legal ou da Legalidade	19
3.3 Princípio da Presunção de Inocência	19
3.4 Princípio da Intervenção Mínima ou Fragmentariedade	21
3.5 Princípio da Taxatividade	21
4. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	23
4.1 Objetividade Jurídica	26
4.2 Sujeitos do Crime	26
4.3 A Ação Penal e a Pena	27
4.4 Meios de Provas para a Constatação do Delito	28
4.4.1 Teste de alcoolemia	30
4.4.2 Exame clínico	31
4.4.3 Perícia	31
4.4.4 Vídeos	32
4.4.5 Prova testemunhal	32
4.4.6 Outras provas.....	33
4.4.7 Da contraprova.....	34
5. ASPECTOS POLÊMICOS	35
5.1 Dolo Eventual ou Culpa em Acidente Envolvendo Vítima Fatal	35
5.2 Artigo 165-A e a Aplicação do Princípio da não Autoincriminação.....	38
6 CONCLUSÃO	44

REFERÊNCIAS.....	46
------------------	----

1 INTRODUÇÃO

O Direito deve, precipuamente, acompanhar as transformações da sociedade para ampará-la quando for invocado. Como bem estabelece o art. 5º da lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O Código de Trânsito Brasileiro criado em 1997 abarcou questões administrativas e, até mesmo, sanções penais visando tornar um trânsito cada vez mais seguro e na expectativa de reduzir o elevado número de mortos no trânsito.

O artigo 306 do CTB, objeto de análise do presente trabalho, criminalizou a condução de veículo automotor sob o efeito de álcool, pois, até então, tal conduta era mera infração administrativa e tratada como contravenção penal de direção perigosa de veículo automotor em via pública.

Fonte de diversas discussões e embates, a redação original do artigo 306 sofreu alterações em 2008 através da Lei n.º 11705 e, posteriormente, com a atual redação dada pela Lei n.º 12760/2012.

Dissertou-se sobre os primórdios da legislação de trânsito nacional, a elaboração do primeiro Código de Trânsito Brasileiro até a legislação n.º 12760/2012 correlata ao crime de embriaguez ao volante

Analizou-se alguns princípios constitucionais atinentes ao crime do artigo 306 do CTB.

A seguir, realizou-se uma abordagem pormenorizada do artigo 306, objeto deste trabalho, detalhando a objetividade jurídica, os sujeitos do crime, a ação penal e a pena, os meios de prova para a constatação do delito.

Por derradeiro, dois temas polêmicos de extrema importância para o trabalho. O primeiro tema abordou sobre a linha tênue entre o homicídio culposo e o dolo eventual em acidentes envolvendo vítimas fatais provocados por condutores embriagados; posteriormente, foi feita uma análise sobre a aplicação do princípio da não autoincriminação e o art. 165-A do CTB.

Em razão das inúmeras alterações atinentes a direção de veículos e o uso do álcool, objetivou-se, com o presente trabalho, dirimir quaisquer dúvidas que surgem durante a abordagem de trânsito (blitz) e, em evidenciar quais as

consequências penais para os motoristas que são flagrados dirigindo sob o efeito do álcool. Insta salientar que as substâncias psicoativas que determinam dependência e que podem levar a configuração do crime serão tratadas de forma superficial, assim como as medidas de cunho administrativo.

Para o desenvolvimento deste trabalho utilizou-se várias fontes de pesquisa dentre elas: bibliográfica, artigos, jurisprudências. Optou-se pela utilização, primordialmente, pelo método dedutivo.

2 LEGISLAÇÃO NO TEMPO

Os primeiros registros relativos à legislação de trânsito nacional são do início do século XIX. De acordo com o ilustre escritor Rizzardo (2001, p.26), em sua obra *Comentários ao Código de Transito Brasileiro*, os primeiros registros de cunho legislativo concernentes ao transito são do ano de 1910, através do decreto n.º 8324 o qual referia-se ao transporte por automóveis.

Já em 1922, o decreto legislativo n.º 4460 limitou a carga dos veículos e, também, trouxe a regulamentação sobre a construção de estradas e a carga máxima dos veículos.

O então presidente Washington Luiz, editou o decreto n.º 5141 em 1927 que ampliaria a regulamentação do sistema viário.

Porém, o primeiro estatuto veio em 1928 conforme traz Rizzardo (2001, p. 26):

A primeira norma na forma de estatuto veio com o Decreto 18323, de 24.06.1928, disciplinando assuntos específicos de trânsito, como a circulação internacional de automóveis no território brasileiro, a sinalização, a segurança e a polícia nas estradas.

Torna-se imperioso e relevante transcrever o breve histórico elaborado por Rizzardo (2001, p. 26) desde o surgimento do primeiro Código de Trânsito Brasileiro até o vigente:

Através do Decreto-lei 2994, de 28.01.1941, é que surgiu o primeiro diploma como código propriamente dito, logo substituído pelo Decreto-lei 3651, de 25.09.1941, que durou até o advento da Lei 5.108, de 21.09.1966, substituído pelo vigente Código, instituído pela Lei 9503, de 23.09.1997, e publicada no dia 24 do mesmo mês, estando prevista a entrada em vigor para cento e vinte dias depois da publicação. Ou seja em 22 de janeiro de 1998, e já modificada em alguns em alguns artigos pela Lei 9.602, de 21.01.1998, publicada no dia seguinte, quando entrou em vigor.

O crime de embriaguez ao volante, até a edição do atual código, era considerado como contravenção penal tipificada no art. 34 da Lei de Contravenções Penais, que tratava da direção perigosa de veículo em via pública, com a seguinte redação: “Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia”. Com a previsão de pena de prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa. Pois, até então, o entendimento era que uma vez estando o motorista embriagado na direção, entendia-se que colocava em perigo a vida alheia.

A seguir, será dissertado sobre os diplomas alteradores referentes ao crime de embriaguez ao volante.

2.1 Lei 11705/2008

Sancionada em 19 de junho de 2008, a lei n.º 11705, conhecida como “Lei Seca”, trouxe significativas alterações atinentes ao condutor ébrio.

O artigo 306 do CTB de 1997 possuía, originariamente, a seguinte redação: “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Ou seja, até então para a caracterização do crime era necessária uma condução perigosa do veículo automotor.

Posteriormente, com a edição da lei em 2008 o crime passou a configurar-se com o ato de “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

A doutrina majoritária passou a destacar que o referido crime passou a ser de perigo abstrato, ou seja, não sendo mais necessário a comprovação da direção perigosa, conforme destaca Gonçalves (2012, p. 204):

Antes do advento da Lei 11705/2008, o tipo penal do crime de embriaguez ao volante expressamente exigia que o agente dirigisse o veículo de forma a expor a dano potencial a incolumidade de outrem. Assim, se o sujeito estivesse dirigindo corretamente ao ser parado por policiais, ao incorreria no crime. A tipificação pressupunha uma direção anormal em razão da influência do álcool: em zigue-zague ou na contramão, dando “cavalo de pau”, empinando motocicleta, etc.

Assim corrobora Marcão (2009, p. 159):

A Lei 11705, de 19 de junho de 2008, deu nova redação ao caput do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto. 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

Assim, também, passou a ser o entendimento jurisprudencial:

Código de Trânsito Brasileiro. Art. 306 da Lei n. 9.503/97. Motorista que dirigia veículo embriagado. Prova segura. Dosagem alcoólica por exame de sangue. Desnecessidade de demonstração do perigo concreto para a caracterização do crime

(SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Ap. 0004702-58.2009.8.26.0168, Relator: Des. Newton Neves, 2012).

Como característica prejudicial ao réu, a nova redação passou a exigir, como comprovação do crime de embriaguez ao volante, não mais que o agente exponha a dano potencial a incolumidade de outrem, bastando, para tanto, que conduza veículo automotor, na via pública, com concentração alcoólica por litro de sangue igual ou superior a 0,6 (seis decigramas). [...] Dessa forma, não mais desponta como requisito essencial a direção ou exposição de outros ao risco causado pela direção de condutor fisicamente ou psicologicamente alterado pelo uso de substâncias alcoólicas ou entorpecentes, perfectibilizando-se o delito somente com a mera conduta de dirigir embriagado, com concentração aferida por meio do aparelho de dosagem alcoólica

(SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, Ap. 2009.026222-9, Relatora: Des. Salete Silva Sommariva, 2009).

O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, HC 140.074, Relator: Min. Felix Fisher, 2009).

O exame de sangue e o teste do etilômetro passaram a ser os únicos meios de prova cabíveis para a tipificação do crime em tela, conseqüentemente, muitos condutores recusavam a se submeter aos referidos exames, sob a alegação lícita de não produzir prova contra si mesmo, tornando a lei penal inaplicável, pois não havia outros meios de prova previstos na lei.

Devido à grande repercussão, críticas doutrinárias referentes aos meios de prova, em 28 de março de 2012 o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.111.566/DF o qual torna-se imperioso trazer sua ementa na íntegra:

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. 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.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional.

5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos

homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.

6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar.

7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do

intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente.

8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988:

"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

9. Recurso especial a que se nega provimento (BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.111.566/DF, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, relator p/ o Acórdão Min. Adilson Vieira Macabu, 2012).

Ao limitar os meios de produção de provas (exame de sangue e teste do etilômetro) o legislador, conseqüentemente, deu ampla margem para a impunidade, pois diante da abordagem de trânsito caberia ao condutor que estivesse embriagado recusar-se, lícitamente, aos testes para que não fosse responsabilizado criminalmente.

2.2 LEI 12760/2012

Na tentativa de corrigir ineficiências legislativa e tornar a lei mais rígida, o legislador através da lei n.º 12760/2012 – Nova Lei Seca – promoveu algumas mudanças no artigo 306 do CTB, que passou a ter a seguinte redação:

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 3 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 superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou
II – sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

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

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

Com isso deixou-se de exigir a quantidade de álcool presente no organismo, bastando, apenas, estar com a capacidade psicomotora alterada, determinada pela influência de álcool ou de substância psicoativa que determine dependência.

Uma análise pormenorizada do atual artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro será feita no capítulo 4 deste trabalho.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Antes de trazermos à baila alguns princípios informadores do direito penal de suma importância para o presente trabalho, cumpre explicitar alguns conceitos dado a palavra princípio, adotado por renomados autores.

Assim Silva (2007) apud Nucci (2012, p.41) traz o seguinte significado:

Dentre os vários significados do termo princípio, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 41) traz a sua definição:

O Poder Legislativo edita variadas normas que compõem o direito codificado no Brasil, podendo inclusive, elaborar princípios, o que, no entanto se dá basicamente, no contexto da Constituição Federal. Raramente, em legislação infraconstitucional, surgem princípios diretamente preparados pelo Legislativo. Cabe ao operador do Direito, analisando o conjunto das normas de determinada área, encontrar e apontar os princípios regentes.

Impende destacar, dentre os inúmeros princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, alguns correlatos ao presente trabalho, tais como: princípio da não autoincriminação; princípio da reserva legal ou da legalidade; princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade, princípio da taxatividade e da presunção de inocência.

3.1 Princípio da Não Autoincriminação

Trata-se de um dos princípios mais invocados pelos condutores ébrios durante as abordagens de trânsito

A Carta Magna traz em seu artigo 5º, inciso LXVI: “o preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado”. Este direito assegurado na

Constituição Federal de 1988 apresenta-se como uma das variáveis do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

De acordo com Oliveira: (2013, p. 42):

A regra da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária, ressalvadas hipóteses previstas em lei e não invasivas da integridade física e psíquica do agente, decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, no que toca ao direito ao silêncio e à proteção contra ingerências atentatórias da dignidade humana.

Queijo (2003, p. 55) em sua obra, *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo*, inteiramente dedicada ao princípio, assim pontua:

Objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e simulações.

Parte da doutrina interpretava literalmente o dispositivo constitucional para defender que esta garantia alcançava somente a pessoa que se encontrava aprisionada.

Lima (2016, p. 71-72) assim destaca:

O titular do direito de não produzir prova contra si mesmo é portanto, qualquer pessoa que possa se autoincriminar. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Nota-se que a doutrina majoritária sempre acenou que o comando normativo contemplava não somente a pessoa aprisionada, como também qualquer indivíduo que está solto. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime.

3.2 Princípio da Reserva Legal ou da Legalidade

Boa parte da doutrina diz que este princípio faz parte da consolidação do Estado Democrático de Direito em matérias de âmbito penal.

Essa garantia está insculpida tanto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX, quanto no Código Penal no artigo 1º que trazem: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Nota-se que somente poderá ser considerada crime a conduta que esteja prevista em lei.

Prado (2011, p. 158) assevera:

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem previa lei (stricto sensu). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas estampa submetida a lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (lex scripta lex praevia et lex certa)

Impende colacionar, também, o ensinamento de Nucci (2012, p. 93):

A matéria penal (definição de crime e cominação de pena) é reserva de lei, não se podendo acolher qualquer outra fonte normativa para tanto, pois seria inconstitucional. Portanto, decretos, portarias, leis municipais, resoluções, provimentos, regimentos, dentre outros, estão completamente alheios aos campos penal e processo penal.

Portanto, a lei deve definir com clareza, ou seja, de forma cristalina a conduta proibida e, também, com absoluta precisão a pena mínima e máxima que deverá ser aplicada para a conduta proibitiva.

3.3 Princípio da Presunção de Inocência

Dos delitos e das penas, uma obra indispensável a todos os operadores do direito, escrita em 1764 já contemplava sobre o princípio da presunção de inocência.

Beccaria (1764) apud Lima (2016, p. 43) assevera que: ‘um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada’.

Em 1789 esse direito foi acolhido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 9º: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Porém, no nosso ordenamento, esse direito foi previsto expressamente, tão somente, com a vigência da Constituição Federal de 1988 no inciso LVII do artigo 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Silva (2001) apud Lima (2016, p.43), elenca três significados para a presunção de inocência em tratados e legislações internacionais:

- 1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas)
- 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art.IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789);
- 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência n Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos).

Lima (2016, p. 43) faz a seguinte conclusão:

Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição de sua credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Esse princípio é invocado, invariavelmente, em relação a prisões ocorridas antes do trânsito em julgado, gerando inúmeras discussões e divergências. Porém, por não ser o cerne do presente trabalho esse debate não será abordado.

3.4 Princípio da Intervenção Mínima ou Fragmentariedade

Por esse princípio a lei penal só atuará em caráter subsidiário em relação aos demais ramos do direito. Ou seja, primeiro dever-se-á buscar a solução pacífica dos conflitos através de outros ramos do direito, tais como: Direito Administrativo através da aplicação de multas, por exemplo; Direito Civil com a reparação do dano e, quando envolver relações trabalhistas socorrer-se-á do Direito do Trabalho.

Se o Estado funcionar em preservação da liberdade individual, agindo somente nos casos irremediáveis por outros ramos do direito, torna-se certa a sua atuação focada nos bens jurídicos de incontestável saliência. Ora, se a tutela penal se concentra nos mais proeminentes bens, nada mais justo que, havendo conduta transgressora, em tese, da lei penal, possa ela descortinar algum abalo mínimo razoável contra tais bens. Noutros termos, somente pode dar-se a aplicação da lei penal, caso a conduta infratora se volte, com eficiência, contra bem jurídico tutelado. Por isso, arranhaduras insignificantes não são capazes de fazer germinar lesão apta a promover a atuação penal. (NUCCI, 2012, p. 192-193)

No mesmo sentido Prado (2011, p. 171)

Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Cumpra ao legislador, atentar-se para a mínima intervenção estatal, pois de um lado temos a liberdade do indivíduo e de outro bens jurídicos de maior relevância, e, somente quando estes forem atingidos caberá ao Estado, indistintamente, viabilizar a intervenção estatal penal.

3.5 Princípio da Taxatividade

Com estreita vinculação ao princípio da legalidade, o princípio da taxatividade traz uma limitação a responsabilidade penal, tornando vinculativo ao Poder Legislativo a correta redação dos tipos incriminadores. O legislador deve se

atentar na correta elaboração das leis penais, editando normas claras e precisas, ou seja, livres de quaisquer ambiguidades e imprecisões tornando as normas de difícil interpretação.

Alguns autores destacam algumas falhas de construções dos tipos penais. Em sua obra Guilherme de Souza Nucci traz um tópico correlato ao princípio da taxatividade sobre estrutura fechada excessivamente limitante. Este tópico traz como exemplo o tipo penal editado pela lei n.º 11705/2008 o qual torna pertinente e relevante trazê-lo na íntegra conforme segue:

“A infeliz alteração provocada pela Lei 11705/2008 conduziu o art. 306 da Lei 9.503/97 ao insucesso: conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas (...). Pretendeu-se conferir objetividade ao tipo penal, eliminando-se dúvida quanto ao contexto anterior (dirigir sob influência do álcool), mas se finalizou a figura incriminadora com evidente ilogicidade sistêmica. Sabe-se que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, como advém do direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado. Entende-se, também, que a conferência precisa de concentração de álcool por litro de sangue origina-se de perícia. Diante disso, o fornecimento de material para a realização da perícia, que vise a comprovação da influência proibida do álcool, depende da colaboração do agente. Se este se recusar a contribuir, direito constitucional seu, nada se pode fazer e o tipo penal é integralmente inútil”. (NUCCI, 2012, p. 226)

Nota-se que na elaboração inadvertida, o legislador tende ao insucesso quanto a sua aplicação. Provavelmente, o tipo penal trará consigo uma grande divergência, tornando imperioso a edição de novas leis, ou até mesmo, a reedição de leis com necessárias correções.

4. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A Lei 12760/2012 publicada no dia 20 de dezembro e com vigência na mesma data conhecida, popularmente, como a “Nova Lei Seca” promoveu relevantes alterações na lei 11705/2008, e o artigo 306 do CTB passou a ter a seguinte redação:

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 3 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 superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou
II – sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

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

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

Ao analisarmos a conduta típica, no início do artigo temos a presença do verbo “conduzir”, sinônimo do verbo dirigir, ter sob controle direto os aparelhamentos de velocidade e direção de um veículo automotor.

Para Capez (2015, p.52) mesmo que o veículo esteja desligado (mas em movimento) ou quando o agente se limita a efetuar pequena manobra. Não estão, entretanto, abrangidas as condutas de empurrar ou apenas ligar o automóvel, sem colocá-lo em movimento.

Já o conceito e a definição de veículo automotor estão insculpidos no próprio Código de Transito Brasileiro no Anexo I, que traz:

VEÍCULO AUTOMOTOR - todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulem sobre trilhos (ônibus elétrico).

Conclui-se que pode ser considerado veículo automotor: o automóvel, a motocicleta, a caminhonete, a motocasa, o trator, o ônibus, etc.

O segundo requisito do delito traz que a condução deve se dar “com a capacidade psicomotora alterada”, ou seja, que o agente esteja sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos como maconha, éter, cocaína, clorofórmio, barbitúricos e outros. Resumindo, o agente deverá ter feito o uso de substâncias que, conseqüentemente, reduziram ou prejudicaram sua capacidade de conduzir veículos.

Para Távora (2013, p.427) o crime de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306, trata-se de uma norma penal em branco heterogênea, conforme nota-se em seus dispositivos – § 1º, II “na forma disciplinada pelo Contran” e § 3º “o Contran disporá...”, verifica-se a necessidade de uma complementação.

Já para Mirabete (2014, p.33):

As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria etc.), para que possam ser aplicadas a fato concreto. Esse complemento pode já existir quando da vigência da lei penal em branco ou ser posterior a ela.

Em 23 de janeiro de 2013, o Conselho Nacional de Transito (CONTRAN) editou a resolução n.º 432. Impende trazer os dispositivos mais relevantes:

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

I – exame de sangue;

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

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

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

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

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

§3º Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de

etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

Artigo 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.

Artigo 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.

Ademais, a aludida resolução em comento traz os sinais, comportamentos e atitudes que devem ser observados durante a abordagem, conforme expostos a seguir no anexo II da resolução:

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

Assim, nota-se que a Resolução n.º 432 se preocupou, precipuamente, em preencher essas lacunas do referido artigo e com os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização durante as abordagens.

4.1 Objetividade Jurídica

No que tange a objetividade jurídica, a doutrina e jurisprudência apontam primeiramente a segurança viária.

Assim lecionam Marcelo Cunha de Araújo e Lélío Braga Calhau (2011, p. 9):

Em nosso entendimento, o bem jurídico protegido no CTB é a segurança viária, a necessidade de se regular corretamente as relações entre os diversos fatores sociais (ex.: condutores, pedestres etc.) para que as pessoas possam transitar livremente sem o risco de se envolverem em acidentes, os quais, pela dinâmica dos fatos (alta velocidade, peso dos veículos etc.) podem ser fatais.

Secundariamente, alguns doutrinadores, destacam à vida e à saúde.

4.2 Sujeitos do Crime

Quanto ao sujeito ativo do crime, pode-se afirmar que qualquer pessoa, desde que legalmente habilitada ou até mesmo não habilitada, evidenciando tratar-se de crime comum, ou seja, não exige qualidade ou condição especial do agente.

No que diz respeito ao sujeito passivo, há o entendimento pacificado que aponta a coletividade (crime vago).

Capez (2015, p. 52) assim pontua:

Considerando que o bem jurídico principal é a segurança viária, pode-se concluir que o interesse atingido é público e, portanto, a coletividade aparece como sujeito passivo. Secundariamente, pode-se considerar como vítimas as pessoas eventualmente expostas a risco.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo – dolo ou culpa – será tratado mais adiante, principalmente, por envolver um tema muito polêmico e sem um entendimento pacificado quando houver acidente com vítima ocasionado por condutor ébrio.

4.3 A Ação Penal e a Pena

O crime previsto no artigo 306 é de ação penal pública incondicionada a qual é titularizada pelo Ministério Público e que prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida. Ela constitui a regra do nosso ordenamento.

Assim corrobora Lima (2016, p. 271)

No tocante ao crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306), tendo em conta que sua pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, não se trata de menor potencial ofensivo. Cuida-se de crime de ação penal pública incondicionada, sendo incabível exigir-se representação da vítima.

Por ter sua pena máxima acima de 2 (dois) anos, não são cabíveis os institutos da composição civil dos danos e da transação penal.

Pertinente e salutar trazer o disposto no art. 89 da Lei 9099/1995:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a

denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Perfeitamente cabível a suspensão condicional do processo ao crime de embriaguez ao volante, quando não houver a possibilidade de absolvição sumária do acusado. O juiz determinará a notificação do acusado para comparecimento em juízo para que na presença de seu defensor dizer se aceita ou não a proposta oferecida pelo Ministério Público.

Lima (2016, p. 1296) assim conclui:

Esta audiência a ser designada pelo magistrado para fins de aceitação ou rejeição da proposta de suspensão condicional do processo não é a audiência una de instrução e julgamento que se refere o art. 400 do CPP [...]. Portanto, a audiência una de instrução e julgamento do art. 400, caput, do CPP, só deve ser designada na hipótese de o acusado rejeitar a proposta de suspensão em audiência anteriormente realizada para fins específicos de aceitação do benefício

Em geral, o agente poderá, na maioria das vezes, ser beneficiado com a suspensão condicional do processo. Caso haja a condenação, tendo em vista a pena máxima prevista de 3 (três) anos, a pena aplicada será convertida por penas restritivas de direitos, em obediência ao disposto nos artigos 44 e seguintes do Código Penal. Ademais, a prisão preventiva não será cabível na fase judicial devido a sua pena máxima prevista, pois, em contrário senso, o artigo 313 do Código de Processo Penal prevê que a prisão preventiva será cabível: “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4(quatro) anos”.

4.4 Meios de Provas para a Constatação do Delito

No atual Estado Democrático de Direito o qual impera diversos princípios e garantias fundamentais como: o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência; para que haja a caracterização do delito em destaque, torna-se imprescindível que o Estado com todo o seu aparato traga ao magistrado provas suficientes para o seu convencimento.

O próprio artigo 306 do CTB traz em seu § 2º as provas em espécie - mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, respeitando, sempre, ao contraditório (contraprova). Sendo utilizadas e analisadas de acordo com o caso em concreto.

A constatação do uso de outra substância psicoativa, aquela que causa dependência capaz de alterar o funcionamento cerebral ou psíquico, é algo bastante subjetivo. Esse tipo de substância atua no nosso cérebro, trazendo diversas alterações no corpo humano, como no sentir, no pensar e, muitas vezes, no agir.

A infração administrativa prevista no artigo 165 do CTB no que tange a embriaguez será apurada quando houver qualquer concentração de álcool, nos casos de exame de sangue, ou concentração igual ou superior a 0,05 miligramas de ar alveolar expirado, respeitada a margem de erro do aparelho em 0,04 miligrama de álcool por litro de ar expirado, em caso do emprego do teste de etilômetro.

Para que haja a configuração do crime conforme prevê o art. 306, § 1º, I (CTB), decorrerá de duas maneiras, ambas expressas no art. 7º da Resolução 432/13, conforme segue:

- I - Exame de sangue que apresente resultado igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue ou
- II - Teste de etilometro que indique quantidade igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar expirado, além dos demais procedimentos indicados no art. 306 parágrafo segundo.

Para alguns doutrinadores a alteração da capacidade psicomotora poderá ser presumida, conseqüentemente, poderá ser provada para fins penais quando, independentemente da condução anormal ou da aparência apresentada pelo agente, ficar constatado em exame de dosagem a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar.

No que tange ao §1º inciso II: “sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora”, estes sinais poderão ser comprovados, para fins penais, através de vídeos, testemunhas, exames clínicos e outros tipos de provas lícitas, conforme preconiza o parágrafo segundo do crime em destaque.

A seguir será analisado todos os meios de prova previstos no parágrafo segundo para a comprovação do delito:

4.4.1 Teste de alcoolemia

O teste do etilômetro, conhecido popularmente como bafômetro, é o mecanismo mais utilizado pelos agentes de trânsito em suas abordagens. Outro método utilizado para comprovar o uso de álcool é o exame de sangue, porém para comprovação do uso de outras drogas que causam a alteração da capacidade psicomotora o exame de sangue é o método mais viável.

No que se refere ao etilômetro segue a seguinte definição:

Pode-se definir bafômetro como um aparelho que “consta de dois conjuntos: um destinado à purificação da amostra de ar e outro para a dosagem alcoólica propriamente dita. No conjunto destinado à purificação do ar, a amostra passa através de um hidrocarboneto do petróleo que condensa a umidade do ar e retém partículas orgânicas sólidas. No conjunto de dosagem alcoólica, o ar proveniente do primeiro conjunto, e, devidamente purificado, é preso em uma válvula de captação, num volume definido e, posteriormente, escoado através de uma torneira para uma ampola-teste que contém o reagente oxidante e o catalisador. Adaptada à válvula de captação de ar há uma seta que desliza sobre uma escala graduada. Uma vez que o reativo da ampola-teste reage com uma quantidade definida de álcool, haverá alteração da cor da ampola-teste todas as vezes que por ela passa um determinado volume de ar expirado que encerre a quantidade definida de álcool. Sabendo-se que a quantidade de álcool varia, nos indivíduos, numa razão direta de seus respectivos graus de impregnação alcoólica, haverá tanto mais álcool, num mesmo volume de ar, quanto maior for a impregnação alcoólica do paciente examinado. Assim sendo, interrompe-se a passagem do ar para a ampola teste todas as vezes que a ampola mostrar alteração na sua cor e lê-se na escala graduada, diretamente, a quantidade de álcool por litro de sangue da pessoa examinada”. O método é baseado na premissa de que o álcool se distribui entre o sangue e o ar do alvéolo pulmonar de acordo com a Lei de Henry. (NUCCI, 1999, p. 45-46).

De acordo com Lima (2016, p. 81) o meio mais eficaz para aferição da dosagem etílica é o exame de sangue. Considerando-se que a extração de sangue é um método muito invasivo, foi criado o bafômetro.

Diante da recusa do condutor a realização dos exames de sangue e do etilômetro, caberá ao agente público valer-se de outros meios de provas para comprovar a materialidade do delito.

4.4.2 Exame clínico

O artigo 5º, I da resolução 432/13 do Contran prevê que a alteração da capacidade psicomotora poderá ser constatada através de exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito, mas a mesma resolução não faz menção de como será realizado esse exame, muito menos prevê como será conduzido coercitivamente o suposto infrator visto que dificilmente o médico estará presente na abordagem. E se caso houver a recusa pelo condutor, dificilmente o exame será realizado.

Atinente ao tema, torna-se relevante trazer o ensinamento de Queijo (2003, p. 260-261):

O exame clínico para constatação da embriaguez, igualmente, implica cooperação do acusado.

É que referido exame é composto por uma série de testes. Em alguns deles, basta a participação passiva do suspeito. Outros pressupõem um facere por parte deste.

Os testes são: aparência, atitude, orientação, memória, faculdade de descrição, prova de cálculo, elocução, andar, coordenação motora, escrita, pulso, hálito.

O critério decisivo nessa avaliação é a perturbação motora.

Trata-se de um procedimento que dificilmente será aplicado, ou seja, pouco provável que será realizado.

4.4.3 Perícia

A perícia é o exame procedido por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específico em determinada área do conhecimento. Trata-se da prova técnica, mas não será possível a sua realização quando o agente se recusar a submissão do exame, tendo em vista a prevalência do direito de não autoincriminação "*nemo tenetur se detegere*".

Acerca do crime em estudo deduz que o responsável pelo exame clínico ou qualquer outra intervenção que venha a ser realizada no corpo do gente será de um profissional devidamente habilitado na área da saúde, ou seja, um médico.

Cumprir destacar que o magistrado não ficará vinculado ao exame clínico realizado, como bem dispõe o art. 182 do Código de Processo Penal: “Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

4.4.4 Vídeos

Como já fora exposto, o crime de embriaguez ao volante requer a alteração da capacidade psicomotora, fato que poderá ser comprovado, perfeitamente, através de vídeos gravados, exclusivamente, pelo agente público para esse fim.

O legislador passou a prever a possibilidade de prova de vídeo para comprovação de que o condutor conduzia sob a influência do álcool ou de substâncias psicoativas. Trata-se de prova de grande utilidade, pois não como o agente evitar sua realização. A filmagem se destina em especial para os contextos em que houve excessivo consumo de álcool, apresentando-se o condutor, por exemplo, cambaleante, com dificuldade de se manter em pé sem a ajuda de terceiros, com voz completamente embargada, entre outros sintomas. Fundamental, porém, que se comprove antes da abordagem em *blitz* que o condutor conduzia anormalmente seu veículo automotor, pois, do contrário, até mesmo situações claras de alcoolemia poderão não ser sancionadas criminalmente. (GOMES, 2013, p. 74).

Método cada vez mais utilizado pelos agentes de trânsito através do uso de aparelhos de telefonia móvel.

4.4.5 Prova testemunhal

Disposto no artigo 7º, parágrafo segundo, da resolução 432/13 do CONTRAN, quando configurado o crime do artigo 306 do CTB, o condutor e testemunhas, se houver, serão encaminhados a Polícia Judiciária, devendo ser acompanhados dos elementos probatórios.

Consoante ao artigo:

A esse respeito, por exemplo, a descrição por parte dos policiais que interceptaram o veículo conduzido anormalmente por motorista com sinais externos de intoxicação etílica ou de uso de drogas também poderá ser sopesada no juízo criminal. O fundamental, nesse contexto probatório, será evitar a padronização de testemunhos. Por isso, embora relevantes, os depoimentos dos policiais devem ser recebidos com cautela e, quando possível, corroborados por outros, especialmente dos condutores envolvidos em acidente com o motorista alcoolizado ou drogado. (GOMES, 2013, p. 74).

Em municípios longínquos, onde a estrutura estatal é precária, a prova testemunhal poderá ser o único meio de prova para a confirmar a conduta delitiva.

4.4.6 Outras provas

O legislador atento trouxe a previsão de um rol, meramente, exemplificativo. Ao legislar dispôs: “ou qualquer outro meio de prova em direito admitido”, fazendo que todas as provas produzidas de forma legal poderão ser utilizadas para comprovação do crime.

Propôs o legislador, após uma enumeração exemplificativa, uma cláusula genérica admitindo a utilização de quaisquer “meios de prova admitidos em direito” para fins de constatação da conduta do art. 306 da Lei de trânsito. Embora não haja muitas alternativas, pode-se pensar na própria confissão do condutor admitindo não estar em condições seguras para dirigir em razão do consumo prévio de álcool, ou cogitar, ao invés da extração de sangue, de coleta de urina para a realização de exame pericial como já se verifica na Alemanha. Amostras de saliva, segundo especialistas, podem alterar a percepção da substância utilizada, razão pela qual devem ser analisadas com cautela pelos peritos. O notório é que não se admitirá qualquer prova obtida em violação às leis processual e constitucional. (GOMES, 2013, p. 75).

Como outro meio de prova em direito admitido vale destacar, o interrogatório do acusado, bem como o Auto de Constatação dos Sinais de Alteração da Capacidade Psicomotora, previsto no art. 5º e no Anexo II da Resolução n.º 432, de 23.01.2013, do CONTRAN.

4.4.7 Da contraprova

A luz dos princípios e garantias fundamentais, o legislador trouxe expressamente o direito da ampla defesa ao dispor sobre a contraprova no mesmo parágrafo dos meios de prova.

Conforme segue:

Com a reforma legislativa, foi previsto o direito do condutor realizar contraprova com o fim de contraditar a prova que atestou a sua incapacidade psicomotora para conduzir. Assim, por exemplo, caso o condutor tenha realizado o teste de alcoolemia por meio do bafômetro, poderá repeti-lo após um pequeno intervalo de tempo ou, ainda, solicitar uma análise sanguínea ou de urina. Mas não significa que a comprovação da não superação das medidas previstas no art. 306, § 1º, I, do Código de Trânsito Brasileiro o isentará automaticamente da responsabilidade penal. Também poderá se valer da prova testemunhal para contrastar alegação policial quanto aos eventuais sinais que indicavam a alteração de sua capacidade psicomotora. Poderá se valer de testemunhos, igualmente, para certificar a condução normal do veículo, não obstante alterada sua capacidade psicofísica. (GOMES, 2013, p. 75-76).

Assim o motorista que for alvo de arbitrariedades por parte dos agentes públicos, valer-se-á deste instituto para que prevaleça a verdade real na apuração do delito.

5. ASPECTOS POLÊMICOS

Este capítulo fará uma abordagem a dois temas que poderão, variavelmente, decorrer da conduta de motoristas embriagados. Primeiramente, será feito uma análise do enquadramento penal diante de acidentes ocasionados por motoristas embriagados que, por conseguinte, a vítima venha a óbito. Adiante, no segundo tópico, será analisada a infração administrativa prevista no art. 165-A em detrimento do princípio da Não Autoincriminação.

5.1 Dolo Eventual ou Culpa em Acidente Envolvendo Vítima Fatal

Indubitavelmente, este seja um dos temas mais polêmicos envolvendo os crimes praticados na condução de veículos. Devido às consequências, talvez, seja o mais grave por envolver, em muitos casos, vítimas fatais. O foco desse capítulo será a conduta do agente que após ingerir bebida alcóolica, dirige veículo automotor e, conseqüentemente, se envolve em acidente de trânsito com vítima fatal.

Relevante e necessário, no primeiro momento, trazer os conceitos de dolo eventual e culpa, logo após, expor o posicionamento dos tribunais em recentes decisões em crimes envolvendo embriaguez ao volante.

No dolo eventual Greco (2014, p. 198) o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito.

Prado (2011, p. 421) assevera que:

O ponto nodal em matéria de dolo assenta no fato de que sempre há uma vontade de lesar determinado bem jurídico. Para afirmar-se a existência de dolo eventual é necessário que o autor tenha consciência de que com sua conduta pode efetivamente lesar ou pôr em perigo um bem jurídico e que atue com indiferença diante de tal possibilidade, de modo que implique aceitação desse resultado.

Já na culpa consciente o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não ocorrência.

Conclui-se que na culpa consciente o agente, sinceramente, acredita que pode evitar o resultado, no dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa.

Saliente e intrigante o exemplo a seguir:

O clamor social no sentido de que os motoristas que dirigem embriagados e/ou em velocidade excessiva devem ser punidos severamente, quando tiraram a vida ou causam lesões irreversíveis em pessoas inocentes, não pode ter o condão de modificar toda a nossa estrutura jurídico-penal. Não podemos, simplesmente, condenar o motorista por dolo eventual quando, na verdade, cometeu a infração culposamente.

Imagine o exemplo daquele que, durante a comemoração de suas bodas de prata, beba excessivamente e, com isso, se embriague. Encerrada a festividade, o agente, juntamente com a sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente e para sua residência, pois queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida pela televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva, a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjuga o com a velocidade excessiva que imprimia ao seu veículo, colide o seu automóvel com outro, causando a morte de toda a sua família. Pergunta-se: será que o agente, embora dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, não se importava com a ocorrência dos resultados? É claro que se importava. (GRECO, 2014, p. 215)

Estefam (2013, p. 224) traz a diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual, conforme segue:

Não se pode confundir culpa consciente com dolo eventual. Em ambos, o agente prevê o resultado, mas não deseja que ele ocorra; porém, na culpa consciente, ele tenta evita-lo, enquanto no dolo eventual mostra-se indiferente quanto à sua ocorrência.

Importante trazer o ensinamento de Damásio de Jesus (2014, p. 332) que pondera quais são as evidências para a constatação do dolo eventual nos casos em concreto:

O juiz na investigação do dolo eventual, deve apreciar as circunstâncias do fato concreto e não busca-lo na mente do autor, uma vez que, como ficou

consignado, nenhum réu vai confessar a previsão do resultado, a consciência da possibilidade ou probabilidade de sua causação e a consciência do consentimento. Daí valer-se dos chamados “indicadores objetivos”, dentre os quais incluem-se quatro de capital importância: 1.º) risco de perigo para o bem jurídico implícito na conduta (ex.: a vida) 2.º) poder de evitação de eventual resultado pela abstenção da ação; 3.º) meios de execução empregados; e 4.º) desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o bem jurídico. Consciente do risco resultante da conduta, apresenta-se ao autor a opção de comportamento diverso. Prefere, porém, sem respeito à objetividade jurídica a ser exposta a perigo de dano, realizar a ação pretendida.

Em 2008 a ministra Ellen Gracie (HC 91159/MG) pronunciou-se no sentido que para a sua caracterização faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente.

Um dos casos de maior repercussão midiática, ocorreu na madrugada do dia 07 de maio de 2009 em Curitiba-PR, o então, deputado estadual Luiz Fernando Ribas Carli Filho estava dirigindo seu carro a mais de 163 km/h, segundo investigação, dentro da cidade, quando seu carro “decolou” atingindo um carro que trafegava no mesmo sentido ocasionando a morte de dois ocupantes do veículo.

Há mais de oito anos o caso se arrastou na justiça, protelando o julgamento em primeira instância através de diversos recursos, ao todo foram 33 (trinta e três) recursos, impetrados pela defesa entendendo que o réu não deveria ser levado a júri popular.

Em janeiro de 2016, o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, concedeu liminar e suspendeu o tribunal do júri que estava designado para os dias 21 e 22 de janeiro do mesmo ano, entendendo que os recursos interpostos pela defesa deveriam ser julgados antes do júri.

Ocorre que nos dias 27 e 28 de fevereiro de 2018, ou seja, quase 9 anos após o acidente, o júri popular considerou que o réu assumiu o risco de matar e o condenou em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de prisão por duplo homicídio com dolo eventual.

Em 19 de abril de 2018 passou a vigorar a lei n.º 13.546/2017, mais uma vez chamada, popularmente, como a Nova Lei Seca, com o objetivo de encrudescer a pena para motoristas embriagados que causam mortes no trânsito.

Ao artigo 302 do CTB foi acrescentado o parágrafo terceiro, que aumentou a pena para os motoristas embriagados que causarem mortes no trânsito.

Antes, a pena prevista era de reclusão entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos; agora, passa a ser entre 5 (cinco) e 8 (oito) anos de reclusão.

Para Rodrigo Pardal, professor de Direito Penal e Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça de São Paulo, a nova medida tornará possível eliminar a discussão sobre dolo eventual ou culpa consciente nestes casos, o que geralmente é muito difícil de provar. 'Antes, um motorista embriagado condenado com culpa consciente recebia uma pena muito pequena dando a sensação de impunidade' explicou ao UOL

'agora, ainda que o acidente seja culposo, se ele estiver em estado de embriaguez, a sentença já é grande, semelhante ao crime doloso.'

[...]

De acordo com Luiz Augusto Filizzola D'Urso, advogado criminalista e membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo, 'esta nova lei tenta acabar com a indecisão acerca de crimes envolvendo motoristas que fizeram o uso de álcool'. Antes, cada acusado era julgado segundo o entendimento dos juízes e promotores, que divergiam sobre considerar esse crime culposo ou doloso. Agora, há uma tipificação para estas situações.'

Com este novo cenário, também foi excluída a aplicação de fiança por delegados.

'Pelo aumento de pena para acima de quatro anos, a autoridade policial não poderá mais arbitrar fiança. Agora, essa decisão é exclusiva dos juízes', declarou D'Urso. (PEZZO, 2018, s.p.)

Resta evidente, uma vez mais, a tentativa do legislador em sanar possíveis lacunas para coibir a impunidade de motoristas embriagados que ceifam milhares de vidas todos os anos em nosso país.

Vale a pena lembrar que o Código Penal prevê pena de 01 (um) a 03 (três) anos para o crime de homicídio culposo, com a majoração de pena até a metade em alguns casos específicos.

5.2 Artigo 165-A e a Aplicação do Princípio da não Autoincriminação

A recente lei n.º 13281 publicada no dia 04 de maio de 2016, trouxe alterações importantes referentes ao crime de embriaguez ao volante, destaque para o acréscimo do artigo 165-A c/c o art. 277 do CTB com a seguinte redação:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:
Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses

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.

[...]

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

Em uma análise conjugada com o artigo 306 do CTB, objeto deste trabalho, nota-se que o legislador objetivou em fechar o “cerco” diante da recusa dos condutores a serem submetidos a testes/exames que possam constatar o seu estado de embriaguez. Pois, diante da negativa do condutor, o agente de trânsito lavrará o auto de infração de trânsito (AIT) que, futuramente, trará sérias consequências ao condutor tais como: multa pecuniária de R\$ 2.934,70 (dois mil novecentos e trinta e quatro reais e setenta centavos), além de ter sua habilitação recolhida com possibilidade de retenção do veículo e, caso o condutor seja reincidente em menos de 12 meses sua multa pecuniária será dobrada chegando a quase 6 (seis) mil reais.

Mesmo com sanções mais severas, dados mostram que os condutores, ainda, apresentam certa recusa a serem submetidos ao teste de alcoolemia, como segue:

Cerca de um em dez motoristas abordados tem se recusado a fazer o teste do bafômetro nas blitzes realizadas pela PM na cidade de São Paulo.

Há uma explosão dessas recusas –só entre janeiro e setembro deste ano foram 12,8 mil na capital- e isso é um fenômeno recente que acompanha o endurecimento da legislação contra os motoristas embriagados.

Aquele que se nega a assoprar o aparelho que mede a concentração de álcool no organismo, neste caso, tem um objetivo claro: escapar da prisão em flagrante.

Em 2015, por exemplo, a média era de uma recusa a cada 69 motoristas. Essa proporção passou por uma reviravolta nos dois anos seguintes, segundo dados da PM obtidos pela Folha por meio da Lei de Acesso à Informação. (ZILBERKAN, 2017, s.p.)

Inúmeros são os artigos e publicações dos operadores do direito que opinam sobre a inconstitucionalidade do art. 165-A do CTB. Ademais, muitos contestam a medida administrativa em punir, imediatamente, o condutor recolhendo sua habilitação devido a sua recusa em ser submetido a um dos procedimentos previstos no artigo 277 do CTB.

Além das severas modificações e inovações a lei em comento também trouxe grandes controvérsias e debates sobre a constitucionalidade do artigo 165-A.

Segundo os ensinamentos de Eduardo Langhinotti Follmann e Bruno Thiago Krieger (2016, s.p.):

Deste modo, a aplicação de penalidade (art. 165-A do CTB), em decorrência da simples recusa na realização de um teste, especialmente o “bafômetro”, afronta diretamente dispositivo constitucional da presunção de não culpabilidade, além do dispositivo que permite ao indivíduo o direito ao silêncio e, por decorrência lógica, a não autoincriminação (art. 5º, LXIII, da Constituição Federal).

Neste aspecto, é importante lembrar que em um Estado Democrático de Direito, o respeito aos direitos e garantias individuais é imperiosa. Não se pode abrir mão destas garantias, isto porque, se hoje se permitir uma invasão desta aos direitos e garantias individuais, estaríamos a permitir que, futuramente, seria possível reduzir ainda mais este direito, estendendo ele a todos os crimes, obrigando, assim, a todos os cidadãos produzirem provas contra si, bem como, retirando destes a presunção de não culpabilidade.

Em razão disto, parece evidente que o art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro possui forte indícios de inconstitucionalidades, uma vez que da leitura literal do dispositivo, percebe-se que se distancia do texto previsto na Carta Magna.

Por outro lado há que se ponderar que o referido artigo trata-se de uma penalidade de âmbito administrativo, a qual deve se levar em conta o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular respaldado no poder de polícia para proteção de interesses coletivos em detrimento do interesse particular.

No que concerne ao benefício resultante do poder de polícia, constitui fundamento dessa prerrogativa do Poder Público o interesse público. A intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade. Em outro ângulo, a prerrogativa em si se funda na supremacia geral da Administração Pública. É que esta mantém, em relação aos administrados, de modo indistinto, nítida superioridade, pelo fato de satisfazer, como expressão de um dos poderes do Estado, interesses públicos. (...) Desse modo, outra não

poderia ser a finalidade dessa intervenção através do poder de polícia senão a de proteção dos interesses coletivos, o que denota estreita conotação com o próprio fundamento do poder, ou seja, se o interesse público é o fundamento inspirador dessa atuação restritiva do Estado, há de constituir alvo dela a proteção do mesmo interesse (CARVALHO FILHO, 2015 p. 84).

Ademais, os atos da administração pública gozam de veracidade e legitimidade.

Recentes julgados no TJ-SP reforçam que a jurisprudência deste tribunal tende a inclinar pela constitucionalidade do artigo 165-A, conforme depreende-se do acórdão proferido pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 12/04/2018 da apelação apresentada.

[...]

Não há que se falar que a pretensa possibilidade de recusa à referida submissão estaria abarcada pelo direito de não produzir prova contra si mesmo. Se, por um lado, não se olvida que o princípio do “*nemo tenetur se detegere*” constitui verdadeira baliza norteadora e protetiva no âmbito do processo penal, por outro lado, sua aplicação não encontra guarida na seara do direito administrativo, notadamente no caso em comento.

A rigor, no âmbito do direito administrativo, a possibilidade de restrição de liberdades individuais no tólos de resguardar o interesse público nada mais é que mera decorrência do poder de polícia estatal. Proceder com o teste do bafômetro como defluência natural de permissivo legal, para a Administração, representa uma projeção do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e um reflexo da sua prerrogativa de utilização do poder de polícia para tutelar situações em que o interesse do particular deve se curvar ao interesse coletivo, tudo em prol de uma maior segurança no trânsito e, em última análise, do próprio direito à vida.

[...]

Destarte, não há que se falar em autoincriminação, mas tão somente em sujeição legal ao poder de polícia estatal, de modo que não configurada qualquer irregularidade.

“*In casu*”, não se está utilizando a recusa à submissão ao teste do bafômetro como elemento de condenação do apelante na infração de dirigir alcoolizado que, de outra monta, pode vir a constituir infração penal, nos termos do art. 306 do CTB. Ao revés, com efeito, a recusa em si mesma constitui infração autônoma, porquanto representante de uma afronta à sujeição ao poder de polícia estatal, situação a qual todo indivíduo está passível de experimentar. Desta forma, é completamente legal o auto de infração lavrado pela Administração. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Ap. 1004238-48.2017.8.26.0358, Relator: Des. Marcos Pimentel Tamassia)

Em seu voto, o ilustre julgador traz alguns julgados que corroboram para jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“DIREITO PÚBLICO REEXAME NECESSÁRIO MANDADO DE SEGURANÇA PRETENSÃO À ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO IMPETRANTE QUE SE RECUSOU EM REALIZAR O TESTE DE ALCOOLEMIA (“BAFÔMETRO”) SENTENÇA PARCIALMENTE CONCESSIVA DA SEGURANÇA REFORMA - DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DE SINAIS DE EMBRIAGUEZ NO AUTO DE INFRAÇÃO, A TEOR DO ART. 165-A E 277, § 3º, DO C.T.B., BASTANDO A RECUSA EM SE SUBMETER ÀQUELE TESTE -

Infração administrativa que se caracteriza com a mera recusa a se submeter a qualquer dos procedimentos que avaliam o teor alcoólico, independentemente de o condutor apresentar ou não sinais de embriaguez Inteligência do art. 277, §3º, c/c art. 165- A ambos do C.T.B. Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos Sentença reformada Reexame necessário provido” (Reexame Necessário nº 0016558-92.2017.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Tadeu Ottoni, j.21/03/2018).

“APELAÇÃO. Mandado de Segurança. Autuação de trânsito. Permissão para dirigir. Infringência do art. 277, § 3º do CTB. Impetrante que se recusa a realizar o teste do etilômetro (“bafômetro”). Ausência de prova pré-constituída da aventada ilegalidade ou do abuso na atuação administrativa. Norma que prevê a imposição de sanção na hipótese de simples recusa à submissão ao teste que permita certificar a influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277. Presunção de veracidade e legalidade do ato administrativo, não afastada no presente caso. Ônus que recaía sobre o autor. Sentença denegatória da segurança mantida. Recurso não provido” (Apelação nº 1005295-20.2017.8.26.0482, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 09/03/2018).

“Apelação cível Indenização Danos morais e perda de uma chance Condutor autuado por se negar a realizar os exames previstos no caput do art. 277 do CTB, nos moldes do §3º do referido dispositivo legal Infração autônoma, que se dá pela mera recusa do condutor, independentemente da aferição do estado de embriaguez Informações contidas no boletim de ocorrência que dão conta da recusa e de sinais de alteração psicomotora do condutor, que só veio a se submeter a perícia após ser conduzido à Delegacia Policial Autuação Sentença de improcedência mantida Recurso desprovido” (Apelação nº 0000766-43.2015.8.26.0288, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. 27/02/2018).

“CNH. AIT nº 1F747287-3 de 6-9-2017. Condutor que se recusa a se submeter a qualquer dos procedimentos que permitem certificar a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. CTB, art. 165-A. A abordagem por agente de trânsito e a negativa de realizar o teste do bafômetro são incontroversas e admitidas pelo próprio autor. A recusa em se submeter aos procedimentos que permitem certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência implica autuação com base no art. 165-A do CTB e afasta a possibilidade de impugnar a qualidade de bafômetro não utilizado. Hipótese que não se confunde com a autuação fundada no art. 165 do CTB. Requisitos para a concessão da tutela de urgência ou evidência não entrevistas. Inteligência dos art. 300, 'caput' e 311 do CPC. Tutela indeferida. Agravo do autor desprovido” (Agravo de Instrumento nº 2017744-47.2018.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 26/02/2018)

Outro ponto bastante discutido ante a recusa do condutor em se submeter a algum procedimento previsto no artigo 277 do CTB poderá ensejar o crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal. Como bem assevera Lima (2016, p. 85):

Afinal de contas, se o art. 330 do Código Penal tipifica a conduta de “desobedecer a ordem legal de funcionário público”, há de se concluir pela ilegalidade da ordem que determine que o acusado produza prova contra si mesmo. O exercício regular de um direito – de não produzir prova contra si mesmo – não pode caracterizar crime, nem produzir consequências desfavoráveis ao acusado. Sua recusa em submeter-se à determinada prova é legítima.

Conclui-se, do exposto, que a “simples” recusa não ensejará mais uma punição ao condutor, tendo em vista valer-se do princípio da não autoincriminação.

6 CONCLUSÃO

A atual redação do artigo 306 do Código de Transito Brasileiro, a qual foi instituída pela lei 12760/12 conhecida, popularmente, como “Nova Lei Seca” que prevê que a condução “veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência” foi o objeto de análise deste trabalho.

Nota-se a preocupação do legislador em buscar, a cada alteração da lei, uma maior efetividade na punição ao crime previsto. Desde a edição do Código de Trânsito Brasileiro o crime em comento já sofreu três alterações devido as lacunas e erros cometidos pela falta de técnica legislativa que, por conseguinte, deu ampla margem para a impunidade dos condutores ébrios.

Princípios e garantias fundamentais dificultam a apuração do delito, em especial, o princípio de não produzir provas contra si mesmo “*nemo tenetur se detegere*”, diante do caso em concreto quando houver a recusa do agente em se submeter a exames que comprovem a embriaguez o agente público deverá através de outros meios de prova, em direito admitidas, formar um termo de constatação com provas suficientes para a formação do convencimento do magistrado.

Insta salientar, que o legislador não se apegou a fatores numéricos na aferição do delito, ou seja, a quantidade ou porcentagem de álcool no organismo do condutor tornou-se desprezível, servindo apenas como indício que deverá ser somado a outros fatores que comprovem a capacidade psicomotora alterada.

Em recente estudo elaborado pelo Centro de Pesquisa e Economia do Seguro (CPES), da Escola Nacional de Seguros, estimou que em 2016 os gastos com a violência no trânsito foram de R\$ 146,8 bilhões, 33.347 mortes e 28.032 casos de invalidez permanente. Os números são alarmantes.

A consequência para esses números catastróficos não deixaram escolhas ao legislador, que ao optar pela tolerância zero, em punir criminalmente, até mesmo, aquele condutor que em uma confraternização familiar, ingeriu uma pequena quantidade de álcool e, logo após, retornando ao seu lar é abordado em uma blitz. Nota-se, neste exemplo, um certo exagero ao punir o condutor, criminalmente, que não esteja com a sua capacidade psicomotora alterada.

Em suma, o legislador busca ao longo dos anos através da lei penal, última *ratio*, atender ao clamor da sociedade na aplicação de penas mais severas aos

condutores ébrios. Por outro lado, nota-se a falta de conscientização e responsabilidade por parte dos condutores, visto que o número de acidentes, mortos e vítimas com sequelas não param de crescer.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha de; CALHAU, Lélío Braga. **Crimes de trânsito**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil- 1988**. Brasília - DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. **Código de Trânsito Brasileiro**. Lei 9503 de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. **Lei n.º 9099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. **Lei n.º 11705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei n.º 9503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. **Lei n.º 11705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei n.º 9503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. **Lei n.º 12760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei n.º 9503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. **Lei das Contravenções Penais.** Decreto-Lei n.º3688 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Decreto-Lei n.º 4657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus n.º 140074 DF.** Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10 de nov. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8618175/habeas-corpus-hc-140074-df-2009-0121811-9-stj/relatorio-e-voto-13678823>>. Acesso em: 25 de abr. de 2018.

_____. **Resolução n.º 432, de 23 de jan. de 2013 do Contran.** 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). 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: 10 fev. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte especial.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Fernando; Gonçalves, Victor Eduardo Rios. **Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal, I : parte geral.** 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOLLMANN, Eduardo Langhinotti; KRIEGER, Bruno Thiago. **Aspectos controversos sobre a recusa na realização do teste do bafômetro e a aplicação de penalidade administrativa.** 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53920/aspectos-controvertidos-sobre-a-recusa-na-realizacao-do-teste-do-bafometro-e-a-aplicacao-de-penalidade-administrativa>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt de. **Nova Lei Seca Comentários À Lei nº 12.760, de 20-12-2012.** Editora Saraiva. 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed., rev., ampl. E atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. Volume I. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4 ed. ver., ampl e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**: volume 1: parte geral. 30.ed., rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEZZO, Rafael. **Lei Seca ficou mais rigorosa; o que muda na fiscalização e na punição**. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/04/19/lei-seca-ficou-mais-rigorosa-o-que-muda-na-fiscalizacao-e-na-punicao.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Volume 1. 11ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)** São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação n.º 2009.026222-9, Relator: Salete Silva Sommariva. 30 de nov. de 2009. Disponível em: <https://tj->

sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14458111/apelacao-criminal-acr-262229-sc-2009026222-9. Acesso em 25 abr. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n.º 0004702-58.2009.8.26.0168**, Relator: Newton Neves. 11 de set de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22378099/apelacao-apl-47025820098260168-sp-0004702-5820098260168-tjsp>>. Acesso em 25 abr. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n.º 1004238-48.2017.8.26.0358 -Voto n.º 6969**. Relator: Marcos Pimentel Tamassia. 12 de abr. de 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566389394/10042384820178260358-sp-1004238-4820178260358?ref=topic_feed>. Acesso em: 25 abr. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador Juspodivm, 2013.

ZILBERKAN, Mariana. **Motoristas recusam cada vez mais o teste de bafômetro para evitar prisão**. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/12/1942252-motoristas-recusam-cada-vez-mais-o-teste-de-bafometro-para-evitar-prisao.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2018.