

A INCONSTITUCIONALIDADE DO BAFÔMETRO/ETILÔMETRO NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Oswaldo Antônio dos Santos Neto¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo a análise geral da parte penal do Código de Trânsito Brasileiro, bem como ainda, dando enfoque principal à questão da obrigatoriedade ou não do teste do etilômetro em condutores tendo em vista o direito processual penal constitucionalizado. Na abordagem do estudo busca-se um liame crítico-argumentativo, utilizando-se da doutrina e sob o vértice da obrigatoriedade, ou não, do teste do bafômetro. A qual se aponta duas correntes divergentes. A primeira delas, assegurando a constitucionalidade diante a obrigatoriedade do uso de tal instrumento pela autoridade coatora com respaldo no interessa público. Por outro lado, existe também, o apontamento que assegura a inconstitucionalidade perante a obrigatoriedade de tal meio probatório, pois a legislação infraconstitucional, lei 9.503/97, esta calcada na Constituição Federal, desta feita, deve obrigatoriamente, acatar todo se arcabouço princípio-axiológico posto, obedecendo a Lei, aos incisos LVII e LXIII do Artigo 5º da Carta Magna. Assim sendo, a ninguém pode ser imposta a obrigatoriedade de produzir prova sobre si mesmo.

Palavras-chave: Direito Constitucional – Código de Trânsito Brasileiro – Direito Processual Penal – Provas – Obrigatoriedade - Regras do Jogo.

1 INTRODUÇÃO

O nosso Código de Trânsito visa definir as atribuições das diversas autoridades e órgãos ligados ao trânsito, fornecendo as diretrizes e sustentações para o Tráfego, e, busca também estabelecer normas de conduta, infrações e penalidades para os diversos usuários desse complexo sistema. Neste trabalho busca-se analisar-se-á preliminarmente a generalidade de tal norma, e em posterior delimitar-se-á a análise acerca da dialética penal, com foco ampliativo de seus dispositivos, artigos 165-A e 306, ambos previstos na Lei 9.503/1997. E por fim se

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail netoh@outlook.com

buscará também traçar um liame doutrinário, jurisprudencial, argumentativo acerca da aplicabilidade do dispositivo supracitado mais especificamente a obrigatoriedade ou não do teste do “bafômetro”, à luz do sistema processual penal constitucionalizado.

2 ORIGEM DO TERMO “LEI SECA”

A terminologia “Lei Seca” surge no continente Norte Americano com a edição da 18ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos em 16 de janeiro de 1919, que proibiu à fabricação, o transporte, a importação e a exportação de bebida alcoólica dentro do país. À Emenda 18ª ficou conhecida mundialmente como “lei seca”, e se espalhou pelo mundo inteiro. Norma que visa a restrição ao uso ou acesso às bebidas alcoólicas. No Brasil a chamada “Lei seca” tem como objetivo reduzir os índices de acidentes de trânsito que são causados pelo binômio álcool versus direção.

Antes de 01 de outubro de 2016, era controverso o Código de Trânsito, porque era necessário ter uma interpretação sistemática do Código de Trânsito, pois trazia dúvidas a respeito da embriaguez, e sobre a “recusa” como uma infração de trânsito, isso era um problema. A partir de 01 de novembro de 2016 (Lei nº 13.281, de 2016) consta no artigo 165-A dizendo que:

“você pode se recusar a fazer o teste do bafômetro, entretanto, serão aplicadas as penalidades e as medidas administrativas”.

A Lei Seca é uma infração mandatária que prevê a multa e a suspensão dos direitos de dirigir.

O cidadão que se recusar a fazer o teste e, mesmo que não esteja embriagado a consequência será: suspensão de 12 (doze) meses sem dirigir, ainda que não tenha nenhum sinal de embriaguez e a multa é de R\$ 2.934,74 (dois mil e novecentos e setenta e quatro centavos).

Hoje há uma discussão muito acirrada sobre constitucionalidade e a inconstitucionalidade desse dispositivo, por simplesmente ter se recusado você vai ser autuado. A discussão ainda existe.

2.1 O Princípio da Supremacia do Estado Versus Interesse Privado

O termo “princípio” possuiu diversos significados dependendo de qual perspectiva jurídica, será balizada para nortear o que esta sendo analisado o Interesse público, nasce na doutrina – aonde foi construído – e por diversas vezes teve empregado sua acepção diversa da que originalmente foi atribuída à ele, gerando confusões quanto ao seu sentido. Trata-se de um princípio que este implícito na ordem constitucional brasileira.

O princípio do interesse público é um dos principais princípios ou, senão, o mais importante na seara administrativa, além disso, é de forte utilização e aplicação para fundamentar as atividades do Poder Público. Ao contrário de outros princípios jurídicos, que foram reconhecidos há muito tempo, a supremacia do interesse público foi dado como princípio norteador do regime jurídico-administrativo. A jurisprudência passou a avaliar a existência e a normatividade do princípio da supremacia do interesse público, se utilizando como fundamento para decidir, fato que consagrou o referido princípio como norma dedutível do ordenamento jurídico. Entende-se que o interesse público prevalece sobre o interesse privado, afinal, o interesse público resume-se no interesse dos cidadãos brasileiros de toda uma nação, é o interesse coletivo.

Para a aplicação deste princípio é necessário o agente preencher os seus pressupostos: I) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; II) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; III) a necessidade de poderes discricionários para a Administração realizar seus fins”. (MEIRELLES, 1964, p.40)

Sobre outra ótica, Celso Bandeira de Mello entende no seguinte pensamento jurídico:

“O regime jurídico-administrativo é, então, por ele erigido como categoria jurídica central desse sistema, é o “ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo”. Esse

conjunto normativo, que daria identidade a essa disciplina jurídica e a peculiarizaria frente às demais, estaria 26 caracterizado por duas “pedras angulares”: I) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; e II) o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. (HACHEM, Apud. MELLO, 1967)”

Para o renomado doutrinador, o princípio da supremacia do interesse público, consistia em um verdadeiro axioma (é algo claro, evidente) e com isso foi sustentado pela doutrina administrativa brasileira:

“Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 1967)”

A supremacia do interesse público consiste numa posição de privilégio do poder público para resguardar tal interesse público. Se materializando no campo administrativo por diversos dispositivos como presunção de legitimidade e veracidade dos atos praticados pelos administradores, dentre outros privilégios conferido ao Estado para tutelar o interesse público.

Nesta mesma toada, o nobre doutrinador ainda extraiu do princípio da supremacia do interesse público outra consequência, ou seja, a posição de supremacia da administração pública em relação aos particulares. O Poder Público impõe unilateralmente comportamentos aos particulares, sem seu consentimento, e pode também alterar de maneira unilateral relações jurídicas já estabelecidas entre Administração Pública e os particulares, isto porque o interesse público prevalece sobre o privado.

“A prerrogativa de conformar o interesse privado aos interesses públicos, limitando ou condicionando o exercício daquele em função da supremacia destes últimos”. Evidente que para validar a alteração unilateral é necessário o ato ser praticado conforme preestabelece a dentre os limites legais, “pressupõe sempre uma habilitação legal expressa ou implícita”. (MELLO, 1967, p. 115)

Neste mesmo diapasão segundo o autor mencionado, na exigibilidade e na execução dos atos administrativos, bem como na possibilidade de desfazimento

unilateral desses atos administrativos, seja através da revogação (ato legal), seja mediante a anulação (ato ilegal), pautando-se pela conveniência e oportunidade do administrador público (vetores do administrador público) e proporcionalidade.

Neste mesmo sentido anota Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Limitações e temperamentos e, como é óbvio têm lugar a conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas em normas que os consagram”. (MELLO, 1967)

Fica claro uma construção inicial do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ficando delimitado pelo jurista que os efeitos do referido princípio está restrito ao próprio ordenamento jurídico-positivo, o que nesse caso só poderá ser utilizado para o fim do interesse público quando esculpido nas normas jurídicas que o alicerçam para nortear a aplicação pela administração pública de tais prerrogativas.

Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda aduz que:

“O primeiro princípio confere certas prerrogativas especiais à Administração, para permitir uma adequada perseguição do interesse público, já o segundo funciona como contrapeso, demonstrando que tal interesse não está a disposição do administrador, delineando com isso um ajuste quanto atividade administrativa para finalidade legalmente estipulada. “não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Para o administrador, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos” (MELLO, 1967).

Um aspecto importante posteriormente acrescentado pelo jurista na conformação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, diz respeito à distinção real feita pela doutrina italiana, que consiste em interesse público ou interesse primário “que são os interesses da coletividade como um todo” e interesses secundários que são os interesses referentes à pessoa jurídica do Estado. Utilizando exemplos oferecidos por Renato Alessi, Bandeira de Mello aponta como possíveis interesses secundários do Estado o de se negar ao pagamento de uma indenização devida, ou o de cobrar tributos em valores exacerbados. Ou seja, o interesse secundário não está relacionado com o interesse público, pois divergem quanto à finalidade.

O autor expõe o conceito de interesse público:

“o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2000, p.60).

3. UMA ANÁLISE DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9503/97), prevê sobre a condução de veículo automotor sobre a influência de álcool, conhecida como embriaguez ao volante. O artigo prevê:

“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. ”

Ao verificar este dispositivo fica evidente que é necessário a comprovação do estado psicomotor que o agente demonstrava na data do fato, de forma mais simples, é necessária a comprovação que o motorista se encontrava com sua capacidade psicomotora alterada, para poder configurar a conduta típica disposta. Desta maneira, se não houver a comprovação, não poderá ocorrer o enquadramento do indivíduo na conduta típica. Por outro lado, como aferir a alteração da capacidade psicomotora de alguém para poder enquadrá-la tipicamente falando? A doutrina e a jurisprudência são claras ao dizer que para incorrer-se em tal tipo não se faz necessário que o condutor esteja realizando manobras perigosa em via pública, basta que esteja embriagado, que fique comprovado o estado ébrio (px. Odor etílico, “olhos vermelhos”, fala pastosa e etc), ou por meio do etilômetro.

Uma mínima parcela da doutrina diz que não se faz necessário que o condutor esteja realizando qualquer manobra imprudente ao volante, o elemento relevante a ser analisado é o fato de o condutor estar conduzindo o veículo sob a influência de álcool ou substância análoga. Isto porque, o crime de embriaguez ao volante é um crime de perigo abstrato e não se faz necessário comprovar que houve dano a alguém para que se configure a conduta danosa, o perigo é presumido. O Tribunal de Justiça, bem como o Superior Tribunal de Justiça se posicionaram

afirmando que: a embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato e que não há necessidade de comprovação de dano, basta que o sujeito ativo, ou seja, o condutor esteja dirigindo sobre o efeito de álcool ou substância entorpecente.

Conclui-se que tanto a doutrina e a jurisprudência concordam pacificamente que o crime de embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato e que não se faz necessário que o condutor esteja realizando manobras perigosas na via pública para se enquadrar no mesmo no tipo penal.

Em 1997, quando o Código de Trânsito foi criado, este possuía o texto “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. O crime de embriaguez ao volante como um crime de perigo concreto, onde era necessário colocar a vida de outrem em risco. É notável que mesmo com a alteração do texto da norma, não houve alteração da conduta típica e que é necessária a prova de que o condutor do veículo se encontra em estado de embriaguez, ou seja, com sua capacidade psicomotora alterada pelo uso de álcool ou outra substância entorpecente, deve ser entendido de forma “lato sensu”. A embriaguez constata-se, segundo o § 2º, do art. 306, do CTB, através do etilômetro (bafômetro), exame sanguíneo ou por qualquer outro meio de prova que o Contran permitir. O que pode ser considerado como alteração relevante é que para ser configurado o crime não há mais a necessidade de que a conduta seja realizada em via pública, o condutor na direção de veículo automotor já configuraria o crime em epígrafe.

Neste sentido se posicionava NUCCI:

“Ao dizer que o condutor precisa estar sob influência de álcool ou substância de efeito análogo, não se exige o estado de embriaguez. Portanto, qualquer que seja a quantidade de álcool encontrada no organismo do agente, pode permitir que ele cometa o delito previsto no artigo 306. Mesmo estando abaixo do limite permitido pelo próprio Código de Trânsito (seis decigramas de álcool por litro de sangue), é capaz de estar influenciado pela substância entorpecente, gerando perigo na direção do veículo” (NUCCI, 1999, Pg. 43 e 44)”

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a maioria da doutrina classificava o crime de embriaguez ao volante como de perigo concreto, conforme o posicionamento do jurista NUCCI, a saber:

“Quanto ao perigo, exige a maioria da doutrina estar devidamente comprovado, ou seja, o ébrio que, na direção de veículo, comporta-se bem, sem causar dano e respeitando as regras de trânsito, não comete o delito do artigo 306. Busca-se, pois, uma direção perigosa do condutor influenciado pelo álcool ou substância análoga” (NUCCI, 1999, Pg. 43 e 44).

O professor FERNANDO CAPEZ leciona que:

“Crime de perigo é aquele em que para a consumação, basta a possibilidade do dano, ou seja, a exposição do bem a perigo de dano. Crime de perigo concreto é quando a realização do tipo exige a existência de uma situação de efetivo perigo” (CAPEZ, 2005, Pg. 251 e 252).

A embriaguez ao volante do condutor por si só não caracterizava o delito tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, era necessário comprovar o perigo real ou concreto gerado a outrem em razão de dirigir sob a influência do álcool. Nos dias atuais a embriaguez ao volante é um crime de perigo abstrato, ou seja, não é necessária a prova do perigo, este é presumido.

Ante todo o exposto conclui-se que para a configuração do crime de embriaguez ao volante é necessário estar presentes os requisitos cumulativos: I- Estar Embriagado; II) Dirigir sob influência do Álcool; III) Capacidade Psicomotora Alterada.

Além disso, não é correto falarmos em perigo abstrato, pois o perigo será presumido neste caso, o termo correto seria: “O perigo abstrato de periculosidade real”, para que haja este perigo é necessário preencher os requisitos cumulativos exigidos na lei.

Se a forma de conduzir o veículo automotor é anormal, não esta conduzindo o veículo automotor de forma comum, sob o efeito de substância entorpecente, por exemplo, subir na calçada, dirigir em “zigue zague”. O condutor se enquadra no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Com o advento da Lei 11.705/2008, modificou-se o artigo 306 do CTB foi incluído um critério quantitativo ao tipo penal, ficando assim claro que o condutor deve estar com concentração de álcool ou substância entorpecente superior a 6 decigramas. Era imprescindível que se comprovasse à existência da influência destas substâncias no organismo do indivíduo. O parágrafo único do referido

dispositivo legal discorria que era de competência do Poder Executivo federal estipular a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, para que o condutor fosse responsabilizado. A comprovação deste teor de álcool elevado no sangue se dava pelo uso do etilômetro, vulgo “bafômetro”, por exame de sangue ou mediante prova testemunhal. Era previsto “caput” do referido artigo antes da alteração de seu texto realizada pela Lei 12.760/2012, que retirou do caput do referido artigo a expressão “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” e introduziu o texto: “Conduzir veículos automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. É notável que o texto do caput do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, deixou de especificar a quantidade de álcool no sangue “permitida” para o condutor. Porém, a indicação de teor alcoólico permitido não foi retirada do corpo da norma legal. Apenas deixou de ser indicado no caput do artigo, para ser mencionado no parágrafo primeiro, inciso I, do referido artigo, onde especifica que a conduta será tida como típica quando o condutor estiver com concentração de álcool no sangue superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar.

4 A NOVA LEGISLAÇÃO ADVINDA PELA LEI N° 13281/16 QUE CRIOU O ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

O artigo 165-A do CTB foi criado pela lei 13.281/16, de 01 de novembro de 2016, no qual foi incluída uma espécie infracional nova, verbis:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetidos 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.

Os casos de autuação ocorriam quando o condutor se recusava a realizar ao teste do etilômetro, exames clínicos ou perícia que permitia constatar a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, conforme o entendimento. A referida lei trouxe à tona uma nova discussão no tocante ao princípio da presunção de inocência, Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, pois o esvaziou por completo, na seara do Trânsito, tornando letra morta, pois aquele condutor que não ingeriu nenhuma quantidade de álcool ou qualquer substância psicoativa será punido com o mesmo rigor legal daquele que praticou tais condutas. Neste mesmo sentido podemos dizer que o principal argumento que fundamenta o art. 165-A é a supremacia do interesse público sobre o privado, o grande ponto consiste no fato do condutor que não ingeriu bebida alcoólica ser responsabilizado, então, este deve contestar de forma imediato que não esta sob efeito de qualquer substância entorpecente.

Todo cidadão tem direito a defesa, é um direito plasmado na constituição federal. Quem for pego na lei seca, tem o direito de defesa, é claro, ou não oferecer defesa, fica a critério do condutor, de qualquer forma vai ser penalizado com 12 meses de suspensão do direito de dirigir e multa. Não é possível reduzir a pena, isso não existe.

Resta salientar, que a participação do condutor em um procedimento pericial previsto no "caput" do art. 277 do CTB, irá repercutir na seara Penal, afinal este procedimento é meio de comprovação do crime de embriaguez ao volante previsto na Lei nº. 12.760/2012 (art. 306, § 1º, I) verbis:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: § 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 miligrama de álcool por litro de ar alveolar.

Nesta toada, não podemos negar que existe uma conexão entre o Art. 165-A, pois aquele que não realizar a perícia será punido, e por conseqüência àquele que não realizar ou realizar o procedimento estará colaborando para a

comprovação da materialidade delitiva e com isso fazendo jus para uma possível responsabilidade criminal (ferindo o princípio da presunção da inocência). Em face disso, não se pode ignorar o alcance do princípio da não auto-incriminação também para a esfera administrativa, outrossim, a inobservância de tal princípio que proíbe a produção de provas contrárias ao interesse do condutor, pode ser exercido também na seara administrativa, pois os reflexos penais prejudiciais são claros, é um meio de defesa do particular em detrimento ao Estado. Deste modo, a adequação do art. 165-A ao ordenamento jurídico pátrio, poderá ocorrer quando a realização do procedimento não gerar reflexos penais, logo a revogação do Art. 306 do CTB, é necessária para afastar a incidência penal, em face de uma norma que obriga o agente condutor a realizar exame. Outrossim, a intervenção Estatal em nome do interesse público só poderá ocorrer quando a obrigação imposta não gerar reflexos processuais penais ao condutor do veículo, sob pena de negar as raízes dos direitos fundamentais contemplados na Carta Magna de 1988.

4.1 OS Meios de Provas para a Realização do Bafômetro/Etilômetro

Temos que ter em mente que o acusado é parte do processo e não é objeto do mesmo, tem-se que este deve ter amplo direito a demonstrar sua inocência ou mesmo meios e fatores que amenizem sua culpabilidade (Princípio da Ampla Defesa e Princípio da Não auto-incriminação sustentam esse direito).

Amealhar provas objetiva formar a convicção do juiz mediante um juízo dos elementos necessários para a decisão da causa, desta forma tais meios serviram como aprovação ou confirmação dos fatos discutidos no processo penal. Sendo assim, no transcurso do processo penal a produção de provas visa auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. A produção de provas não se destina diretamente as partes, mas sim aos magistrados possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal. Para tanto o Código de Processo Penal dispõe, nos artigos 158 a 250, traz um rol não taxativo de meios de provas admitidas em seu âmbito de incidência, dentre as quais estão às perícias em geral, vídeos, à oitiva de testemunhas, os indícios de autoria e materialidade dentre outros.

No mesmo sentido a resolução do CONTRAN n.º 432 de Janeiro de 2013, também traz em seu bojo os meios probatórios que garantem a formação do convencimento do magistrado acerca da persecução penal dos crimes praticados sob a égide da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito), e estes vão diretamente ao encontro do positivado pelo Código de Processo Penal, trazendo, portanto, em seu arcabouço meios similares a norma processual penal e obedecendo aos mesmos princípios do sistema processual penal constitucionalizado. Assim, relevante é o fato de não dispor o Código de Processo Penal, nem a referida resolução de um rol taxativo de meios de provas admitidos, pois tal flexibilidade permite à produção de provas atípicas ou inominadas, ou seja, sem regulamentação expressa em lei, mas amparadas no princípio da busca pela “verdade real” dos fatos.

A busca pela “verdade real” dos fatos, na qual reside à essência do direito processual penal, por vezes extrapola o lícito e invade o campo do ilícito, gerando afronta as garantias constitucionais e infraconstitucionais, criando no transcurso do processo penal, provas que desrespeitam máximas constitucionalmente asseguradas ao acusado, originando provas ilícitas que ferem aos princípios do contraditório, da ampla defesa, e por consequência o próprio devido processo legal. No que diz respeito ao livre convencimento do juiz ser legalmente previsto (Princípio do Livre Convencimento Motivado), este não deve ser visto como justificativa para a obtenção e utilização de provas ilicitamente obtidas a fim de garantir supedâneo de condenação.

Desta feita, indo ao encontro desta afirmação, torna-se essencial a provocação: A realização teste do bafômetro/etilômetro é obrigatório ou não?

Não! Todavia, se o condutor se negar a realizar o teste do bafômetro terá que arcar com as consequências dessa decisão, serão aplicadas as medidas administrativas e penalidade previstas no artigo 165-A, ainda que não tenha ingerido bebida alcoólica sofrera as conseqüências impostas.

Qual a primeira pergunta que o agente faz? Você ingeriu bebida alcoólica? Se o condutor se recusar é lavrado o auto de infração é recolhido a Carteira Nacional de Habilitação e se houver outro condutor este conduzirá o veículo, se não houver o veículo vai para depósito. O outro condutor deverá realizar ao teste do etilômetro e se ficar constatado 0,0 miligramas de álcool por litro de ar alveolar poderá levá-lo.

No auto de infração não pode constar que você estava embriagado, que apresentava sinais de embriaguez. Já aconteceu do sujeito estar é e o agente atuá-lo como incurso no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Você pode e deve contestar naquele momento. O entendimento hoje no judiciário é que o agente é dotado de fé pública e tem como presunção legitimidade e veracidade nas suas afirmações. Se o condutor não contestar naquele momento, depois que for embora não poderá mais contestar, deve ser de forma imediata a impugnação.

O sujeito pode apresentar defesa ou prosseguir com o processo. Na penalidade de multa o condutor tem direito a defesa prévia, recurso ao JARI, recurso ao Conselho Estadual de Trânsito. Se for apresentado as três defesas nas duas instâncias (1º instâncias: defesa prévia e recurso ao JARI e 2º instância: Conselho Estadual de Trânsito) e forem indeferidas, será aberto um processo de suspensão do direito de dirigir, porque são duas penalidades.

4.2 A (In) Constitucionalidade acerca da obrigatoriedade do teste do Bafômetro/Etilômetro no Sistema Jurídico Penal Brasileiro

No que se refere à inconstitucionalidade dos artigos 306 e 165-A da Lei 9.503/97 aqui sim temos a discrepância de posicionamentos da doutrina e da jurisprudência, pairando sob tal tema uma verdadeira zona cinzenta, o teste do “bafômetro/etilômetro” é obrigatório ou voluntário? Ainda ao que tange este quesito, faz-se a crítica reflexiva ao seguinte ponto: como assegurar a idoneidade de tal teste? Como afirmar e confirmar que tal colheita foi promovida voluntariamente, tendo em vista muitas vezes o estado alterado do condutor? A carência de pleno uso de suas capacidades mentais supre o requisito da voluntariedade? Uma parte minoritária da doutrina aponta a constitucionalidade da obrigatoriedade sob a máxima que “[...] ao cidadão é vedado se valer da utilização desses direitos individuais visando a prática de atividades ilícitas e o conseqüente afastamento da responsabilidade civil ou penal, pois isso culminaria no total desrespeito ao Estado de Direito”. Muito difícil na prática!

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência apontam a voluntariedade da realização do exame do bafômetro, pois é garantia constitucional a não produção

de prova contra si nos termos do artigo 5º incisos LVII e LXIII da Constituição Federal de 1988.

Ante a tais posicionamentos divergentes, a própria norma incriminadora, trouxe em sua redação a possibilidade de enquadramento no tipo de forma alternativa, por meio do § 1º do artigo 306 do CTB que dita:

“§ 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 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.”

Desta forma não se torna mais necessário o critério objetivo da superior a 6 (seis) decigramas, tendo em vista a possibilidade da aplicação do tipo pelos sinais que indiquem, como disciplina Contran, alteração da capacidade psicomotora do condutor. Em retorno o à obrigatoriedade do teste do “bafômetro/etilômetro”, este somente pode ser realizado com a concordância do examinado/condutor e, se tratando do estado alterado onde o condutor não poder exprimir sua vontade o teste pode ser substituído por provas testemunhais dos agentes, vídeos e testes clínicos e etc, nos termos prova colida, pela falta de consentimento do condutor em tal colheita, incidindo por indícios o II do § 1º do referido artigo como já mencionado

Guilherme Nucci assevera que:

“o Estado não perde o poder de polícia pelo fato de o condutor se negar a realizar o teste do etilômetro”. Segundo o doutrinador, pode a autoridade policial solicitar que o indivíduo saia do automóvel e realize testes de aptidão física e mental, através de testes de equilíbrio físico e mental. Desta forma, portanto, a colheita do teste etilômetro ser promovida com a total concordância e entendimento sobre tal ato pelo condutor, e no caso de não conseguir obtê-lo, promovê-lo por outro meio que o próprio diploma legal, CTB, traz. Não se podendo obrigar o indivíduo a realizar o teste do etilômetro, pois este ato acabará maculando prova, o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal determina que seja assegurado ao preso o direito de permanecer calado, ou seja, de não dizer nada que possa vir a lhe incriminar. Além deste direito previsto na Constituição Federal de 1988, o art. 186 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, determina que o silêncio do condutor, por não ser importar em confissão do mesmo. Portanto, aqui não se pode falar que o fato de o condutor se negar em realizar o teste de alcoolemia através de etilômetro, pode ser considerado como confissão de embriaguez por parte do mesmo”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por derradeiro, conclui-se que para configurar a conduta típica prevista no artigo 306 do CTB é necessária a realização de exames que comprovem concentração igual ou superior a 06 decigramas de álcool por litro de sangue ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar, ou mais que indiquem na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. Se o condutor, por outro lado, se recusar ou estar sob influência de substância psicoativa se enquadrará no artigo 165-A do CTB, sofrendo as conseqüências.

Referidos artigos colidem com direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal e por isso, deve ser tidos como inconstitucionais. Há uma restrição considerável dos direitos dos cidadãos brasileiro. Tais dispositivos ofendem o princípio da presunção da inocência, ampla defesa, contraditório e do devido processo legal e, portanto, devem ser estirpado do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BERGHER, Ary. Quem se recusa a fazer o teste do bafômetro não pode ser punido. Disponível em. Acesso em: 23 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”.
Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito Administrativo Brasileiro***. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.