

THALISSON DE ALBUQUERQUE CAMPOS

**A LEI 11.705/2008 E A APLICABILIDADE DA NOVA REDAÇÃO
DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Georges Carlos Fredderico
Moreira Seigneur

BRASÍLIA

2009

Dedico o presente trabalho a minha família, em especial, minha mãe, Graça Albuquerque, meu pai, Paulo Moreira, por me proporcionarem a realização desse sonho e contribuírem para a formação de meu caráter. Aos demais, mas não menos importantes em minha vida, muito obrigado por me apoiarem sempre.

Agradecimento especial ao meu orientador, professor Georges Seigneur, por todo auxílio e paciência despendidos.

“Outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir com sua própria destruição.”

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho acadêmico versa sobre a eficácia da Lei nº 11.705/2008, conhecida popularmente como Lei Seca, em relação à mudança do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual trata da tipificação do crime de embriaguez ao volante. Muito embora não haja nenhuma manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, é possível observar, através de análise doutrinária e jurisprudencial, a tendência a um entendimento pacífico, no sentido de que a nova redação do artigo beneficia o réu. Para chegar a essa discussão, será necessário examinar a evolução do crime de embriaguez ao volante na legislação penal brasileira. Além disso, os princípios da não culpabilidade e da não auto-incriminação deverão ser observados na análise da obrigatoriedade de submeter um condutor de veículo automotor ao exame do etilômetro. Sendo um método capaz de determinar a concentração de bebida alcoólica ingerida por uma pessoa, o teste do bafômetro é um meio de prova importante na configuração do delito em questão. Assim a inclusão de um referencial numérico no *caput* do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro dificultou a prova da materialidade do delito, tornando a Lei nº 11.705/2008 duvidosa na sua eficácia em coibir e punir o crime de embriaguez ao volante.

Palavras-chaves: Lei seca - embriaguez ao volante - Código de Trânsito Brasileiro – etilômetro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 BREVE HISTÓRICO	10
1.1 Legislação de trânsito no Brasil	10
1.2 Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro	13
1.3 Embriaguez ao volante	15
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	20
2.1 Princípio da presunção de não culpabilidade	23
2.2 Princípio constitucional da não auto-incriminação	27
3 EFICÁCIA DA LEI SECA	30
3.1 Alterações no Código de Trânsito Brasileiro decorrentes da Lei Seca	31
3.2 Utilização do etilômetro	40
3.3 Lei mais benéfica.....	47
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre as principais alterações no Código de Transito Brasileiro trazidas pela Lei nº 11.705/2008, popularmente conhecida como Lei Seca. O foco da pesquisa será a análise da modificação do artigo 306, o qual tipifica o crime de embriaguez ao volante. A mudança realizada no texto do dispositivo legal incluiu um referencial numérico como requisito para a configuração do delito, dando ensejo a uma acirrada discussão sobre a constitucionalidade deste dispositivo e acerca da obrigatoriedade de utilização, pelos agentes fiscalizadores de trânsito, de instrumentos considerados evasivos na verificação da quantidade de álcool consumido pelo indivíduo. Ademais, surgiu a necessidade, no âmbito do Poder Judiciário, de confrontar a nova lei com a anterior, verificando qual delas seria mais benéfica aos acusados e condenados pelo crime de embriaguez ao volante.

A escolha deste tema resultou da curiosidade pessoal advinda das leituras de diversas matérias feitas pelos canais de comunicação sobre a obrigatoriedade do sujeito ser submetido ao teste do etilômetro no caso de suspeita de estar conduzindo veículo automotor sob a influência de álcool. Com a entrada em vigor da Lei Seca, a fiscalização do trânsito foi intensificada e a discussão em relação ao tema não ficou restrita às ações judiciais, sendo matéria de conversa em vários ambientes e níveis sociais. Assim, devido às opiniões e conclusões acerca do tema serem de diversas naturezas, surgiram, então, incoerências e informações não condizentes com a verdade. Portanto, o objetivo principal será aprofundar nos aspectos jurídicos

surgidos com a modificação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e conhecer as possibilidades de interpretação do dispositivo.

O tema torna-se relevante para a área acadêmica ao abordar uma reflexão jurídica sobre a verdadeira intenção do legislador ao propor a modificação do texto de lei, intenção esta possivelmente não refletida na redação definitiva da Lei Seca, no tocante à alteração do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

A metodologia utilizada na elaboração do presente trabalho é composta de pesquisas realizadas em Leis Federais, livros, artigos de revistas científicas, obras doutrinárias, artigos de internet, bem como em entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O Código de Trânsito Brasileiro, criado pela Lei nº 9.503/97, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo principal de diminuir os altos índices de acidentes de trânsito, tipificando crimes e infrações decorrentes de condutas envolvendo veículos automotores. Condutas que antes eram consideradas apenas contravenções penais, começaram a serem punidas de uma forma mais severa com algumas penas superiores há dois anos.

No capítulo inaugural do trabalho serão tratadas as questões históricas que envolvem as legislações anteriores ao Novo Código de Trânsito Brasileiro, bem como àquelas que modificaram o texto original. Os aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro, em especial o histórico e as características do crime de embriaguez ao volante terão espaço nessa parte da monografia.

O segundo capítulo abordará os princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade e da não auto-incriminação, com o objetivo de criar um respaldo jurídico ao demonstrar no capítulo final a discussão a respeito da interpretação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, modificado pela Lei nº 11.705/2008.

Por fim, após a exposição nos capítulos anteriores dos principais itens necessários à compreensão do tema, serão expostas no terceiro e último capítulo as alterações realizadas pela Lei Seca no Código de Trânsito Brasileiro. Assim, este capítulo irá tratar sobre o entendimento esposado pela doutrina e jurisprudência ao analisar a possibilidade da Lei Seca ser mais benéfica ao réu, além de abordar a possibilidade de obrigar um indivíduo a ser submetido ao teste do etilômetro.

1 BREVE HISTÓRICO

Em regra, o ser humano não vive sozinho. A sua convivência é em sociedade. Para tanto, necessário se faz a criação de leis e regras que regulamentam tal relação.

Com a chegada do primeiro automóvel no Brasil, em 1871, trazido por Alberto Santos Dumont¹, e as conseqüentes disseminações dessas máquinas pelo país, surgiram desordens entre os seus usuários. Forçava-se, então, a criação de uma legislação brasileira sobre circulação de automóveis.

1.1 Legislação de trânsito no Brasil

No ano de 1910, foi iniciada, com o advento do Decreto nº 8.324, de forma esparsa, a legislação referente ao trânsito brasileiro. O primeiro texto legislativo a tratar do tema regulamentou o serviço subvencionado de transporte por automóveis, definindo as primeiras regras de segurança que os motoristas deveriam observar.

Passados doze anos, surgiram novos decretos, conforme pontuam os autores Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales:

Mencionem-se, ainda, o Decreto Legislativo de 11/1/1922, que se ocupou da construção de estradas e carga máxima de veículos, o Decreto Legislativo n. 5.141, de 5/1/1927, que fez menção aos 'caminhões', e o Decreto n. 18.323, de 24/7/1928, com 93 artigos, que aprovou regulamento para a sinalização, dispôs

¹ DUMONT, Albert Santos. **Os meus balões**. Traduzido por: A. de Miranda Bastos. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Irmãos Di Giorgio & CIA. LTDA., 1956, p. 73/74

sobre segurança de trânsito e polícia das estradas de rodagem, sendo, sem dúvida, o primeiro texto legal sistematizado em matéria de trânsito.²

Impulsionado com o crescimento acelerado da frota de veículos no Brasil, o Código de Trânsito foi criado, através do Decreto-lei nº 2.994, de 28 de janeiro de 1941, que foi revogado oito meses após sua promulgação.

Após uma nova tentativa, com a Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966, entrou em vigor o Código Nacional de Trânsito. Como argumento para a sua aprovação, Armando Ribeiro Falcão, Ministro da Justiça e Negócios Interiores, salienta em 1960, que a proposta teria como principais objetivos o aprimoramento disciplinar dos deveres dos condutores de automóveis, bem como a busca da máxima segurança no trânsito, cumprindo a proteção à vida e ao interesse nacional.³

Com o passar dos anos e o constante aumento do número de veículos, o Código de Trânsito que até então vigorava, não tinha mais eficácia, como diz Luiz Gonzaga Quixadá e Valquíria Oliveira Quixadá:

[...] por não ser eficazmente aplicado pelas autoridades que tinham a competência legal para fazê-lo, acabou por ser renegado a segundo plano, sob a alegação de ser um Código antiquado, razão pela qual precisava ser urgentemente substituído por uma lei mais moderna e mais rigorosa [...] ⁴

Devido à comprovada necessidade, Maurício José Corrêa, então, Ministro de Estado da Justiça, enviou ao Congresso Nacional, em 22 de abril de 1993, o projeto de lei que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro. Os principais fundamentos para a sua elaboração foram

² PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 23.

³ _____. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, p. 6091, 10 de setembro de 1960, seção II.

⁴ QUIXADÁ, Luiz Gonzaga; QUIXADÁ, Valquíria Oliveira. **Aplicação do Código de Trânsito Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 12.

o despreparado comportamento de motoristas e pedestres e a defasagem dos instrumentos legais e institucionais do poder público. Conforme consta da exposição de motivos, com o projeto:

Buscou-se atualizar as regras de circulação e introduziram-se normas relativas ao comportamento de pedestres e condutores, visando uma política de humanização do trânsito conferindo a cada cidadão o direito de ter condições seguras de transitar. Com esse mesmo objetivo, cuidou-se com mais rigor da segurança dos veículos, atribuindo-se aos fabricantes e às oficinas mecânicas a devida responsabilidade por seus produtos e serviços.⁵

Após todas as tramitações necessárias no Congresso Nacional, passando pelas duas Casas Legislativas, o Código de Trânsito Brasileiro⁶ entrou em vigor em 23 de janeiro de 1998. O novo Código “é uma lei especial que há muito se aguardava e que vem suprir uma lacuna no direito brasileiro”⁷, buscando estratégias que garantissem a segurança no trânsito.

Hoje, mesmo que a lei criadora do Novo Código de Trânsito Brasileiro tenha pouco mais de uma década de existência, constam inúmeras alterações em seu texto, realizadas através de leis supervenientes. Já no ano seguinte à criação desse Código de abrangência nacional, surgiu a Lei nº 9.602/98, a qual alterou a redação original de nove artigos. No ano seguinte houve a criação da Lei nº 9.792/99, seguida nos anos posteriores das Leis nºs 10.350/2001, 10.517/2002, 10.830/2003, 11.275/2006, 11.334/2006, 11.705/2008 e 11.910/2009. A Lei criada no ano de 2008 será objeto de estudo desta monografia em momento oportuno. Conhecida como Lei Seca, o seu principal objetivo de criação está fundado na necessidade de inibir os condutores de veículos automotores a consumirem bebidas alcoólicas, estabelecendo regras de consumo e venda de bebidas.

⁵ _____. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, p. 2528, 24 de maio de 1994, seção II.

⁶ LEI N.º 9.503, de 23.09.97. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. DOU de 24.9.97.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. VIII.

1.2 Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro

As legislações anteriores à Lei nº 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, não tratavam das infrações penais ocorridas no trânsito. Diante desta omissão, utilizava-se para fins de punições o Código Penal, advindo do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Entretanto, a eficácia deste diploma não era suficiente para coibir todos os ilícitos, pois seu texto não disciplinava de forma específica os crimes cometidos com auxílio de veículos automotores. Ademais, nosso Código Penal tipifica alguns crimes, como por exemplo, o homicídio, a lesão corporal culposa e o arremesso de projétil, que podem ser resultantes de condutas realizadas no trânsito.

Por outro lado, com o mesmo objetivo do Código Penal, existe a Lei de Contravenções Penais, criada pelo Decreto-Lei nº 3.688, em 3 de outubro de 1941. Com o intuito de ser uma lei que tipifique crimes de menor potencial ofensivo, seu artigo 32 prevê multa para o condutor de veículo que não estiver portando o documento obrigatório de habilitação. Já na redação do artigo 34, é considerada contravenção, a conduta de quem utiliza automóveis com o objetivo de pôr a segurança alheia em risco, sofrendo uma pena de prisão simples ou multa. Com o passar do tempo tais condutas deixariam de ser contravenções, para se tornarem condutas criminosas devidamente tipificadas.

No ano de 1969, ocorreu a primeira tentativa de tipificar certas condutas como crimes de trânsito, assim vejamos o que dizem os autores Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales:

O Código de 1969 previa, no Título VIII (crimes contra a incolumidade pública), capítulo I (crimes de perigo comum), alguns crimes de trânsito, tomado o vocábulo em sentido amplo. Eram tipificados os seguintes ilícitos: embriaguez

ao volante (art. 287), perigo resultante de regra de trânsito (art. 288); atentado contra outro meio de transporte (art. 291); arremesso de projétil (art. 293). O referido Código teve sua vigência adiada diversas vezes, até ser revogado antes de entrar em vigor.⁸

Finalmente, com a entrada em vigor do Novo Código de trânsito Brasileiro, foi destinado um Capítulo para a tipificação específica dos crimes de trânsito, com penas mais severas que as do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais.

O referido Código foi inspirado em noções já existentes do conceito de crime automobilístico, como por exemplo, a definição de José Frederico Marques, que se manifesta da seguinte maneira: “Crime automobilístico, portanto, é toda a infração penal oriunda de veículo motorizado, na sua função comum de meio de locomoção e transporte, quer de carga como de pessoas.”⁹

O capítulo XIX do Código é dividido em duas Seções: a primeira trata das disposições gerais e a segunda disciplina os crimes em espécie. Na primeira parte são relacionadas algumas questões processuais, como por exemplo, as causas agravantes, a possibilidade de decretar-se a suspensão cautelar e o tempo de duração da suspensão de permissão ou habilitação para dirigir automóveis.

Já na Seção que trata dos crimes em espécie, se destaca o crime de embriaguez ao volante, devido ao grande número de acidentes fatais que envolvem condutores de veículos embriagados, conforme palavras de Damásio de Jesus:

⁸ PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 24.

⁹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial, v. IV, Campinas: Millennium, 2002, p. 242.

A relevância da embriaguez na produção de acidentes de trânsito é fato notório em todas as partes do mundo. Entre nós, noticiam os meios de comunicação repetidamente a perda de milhares de vidas todos os anos, não obstante as campanhas governamentais e a entrada em vigor da Lei nº 9.503/97, que introduziu o novo Código de Trânsito Brasileiro (CTB).¹⁰

Visto isso, é evidente que o objetivo do legislador em inserir um capítulo que tratasse dos delitos de trânsito foi unificar a legislação sobre o assunto, facilitando a execução de suas normas.¹¹ Com isto, o Código Penal e o Código de Processo Penal são utilizados apenas nas questões que não são tratadas na legislação especial.

1.3 Embriaguez ao volante

A mistura de álcool e volante é considerada uma das mais graves causas de acidentes de trânsito. Com bastante propriedade são os ensinamentos do autor Arnaldo Rizzardo: “A embriaguez corresponde a um estado temporário de intoxicação da pessoa, provocada pelo álcool ou substância análoga ou de semelhantes efeitos, que a priva do poder de autocontrole e reduz ou anula a capacidade de entendimento”¹².

Na caracterização da embriaguez, são reconhecidos três períodos: a fase eufórica, a fase agitada e a fase comatosa. No primeiro período, o sujeito inicia alterações nos seus sentimentos, possuindo sintomas de euforia e excitação. Por ser o álcool um produto depressivo, ao agir sobre o ser humano cria uma fase depressiva, onde suas vontades e sua estima ficam rebaixadas e comprometidas. Ocorre nesse momento uma alteração nos reflexos,

¹⁰ JESUS, Damásio de. Limites à Prova da Embriaguez ao Volante: a Questão da Obrigatoriedade do Teste do “Bafômetro”. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, nº 28, out./nov. 2004, p. 27.

¹¹ HONORATO, Cássio Mattos. *Sanções do Código de Trânsito Brasileiro: Análise das Penalidades e das Medidas Administrativas cominadas na Lei n. 9.503/97*. Campinas: Millennium, 2004, p. 33.

¹² RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 790.

decorrente da diminuição da atenção e do aumento do tempo de reação, ou seja, as respostas reflexas se tornam imprecisas.¹³

Na segunda fase, conhecida como período médico-legal, o indivíduo começa a sentir perturbações em seu sistema nervoso, momento esse que aparecem as dificuldades de se locomover de forma coordenada, as percepções físicas são atingidas, não sendo perceptíveis, por exemplo, alguns ferimentos na pele, e a diminuição da memória. Esse momento também é responsável pelos atos agressivos e pelas condutas anti-sociais, as quais podem acarretar no cometimento de atitudes ilícitas.¹⁴

E, por fim, a terceira fase, considerada a mais perigosa, é caracterizada pelos sintomas de sonolência e náuseas. O sujeito começa entrar em coma, o qual poderá ser irreversível. O sintoma mais conhecido desse período é o vômito, onde a pessoa não consegue absolver os alimentos ingeridos durante o dia.¹⁵

Com o surgimento do Novo Código de Trânsito Brasileiro o crime de embriaguez ao volante, antes tipificado no artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, deixou de ser considerado como uma simples contravenção de direção perigosa, e passou a ser reconhecido como um delito. Devido à gravidade da infração, a conduta ilícita deixou de ser punida com pena de prisão simples ou multa para possuir sanções mais rígidas.

¹³ MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 368-369.

¹⁴ *Ibidem*, p. 369-370.

¹⁵ *Ibidem*, p. 370-371.

O crime de embriaguez ao volante está previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, modificado recentemente pela Lei nº 11.705 (a chamada Lei Seca), de 19 de junho de 2008, *in verbis*:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Pena – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Considerado crime contra a segurança coletiva, seu objeto jurídico tutelado é a coletividade (incolumidade pública), reconhecida também como sujeito passivo. O sujeito ativo desse delito é o condutor de veículo automotivo, devidamente registrado no órgão competente de fiscalização de trânsito. Entretanto, a integridade física das pessoas (incolumidade individual) também é protegida por esse tipo penal, sendo considerado crime de perigo comum e de perigo individual, protegendo a população e, também, o indivíduo separadamente.¹⁶

Ademais, é classificado como crime doloso, de perigo concreto não determinado. Não se admite a forma tentada, sendo necessário para sua configuração a demonstração de que o condutor do veículo esteja dirigindo na situação prevista no artigo. Também não é exigível a existência de dano material ou corporal, mas caso existente, o crime se torna mais evidenciado. O concurso de pessoas é admitido, possuindo o caráter de ação penal pública incondicionada.¹⁷

¹⁶ PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 215-219.

¹⁷ NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito**. São Paulo: Atlas, 1999, p 120-122.

Atualmente, com o advento da Lei nº 11.705, houve uma substancial alteração no parágrafo primeiro do artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro, deixando expresso no texto da lei que os crimes de trânsito cometidos por motoristas que conduzam veículos sob a influência de álcool ou qualquer substância que cause dependência não estão sujeitos à composição de danos civis e à aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa, e, também, não dependerá da existência de representação para eventual ação penal.

Outra alteração trazida pela nova lei, diz respeito à inclusão em seu texto do conceito de bebidas alcoólicas, sendo importante essa definição para a análise do crime de embriaguez ao volante. Senão vejamos o que dispõe o artigo:

Art. 6 °. Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac.

Ressalte-se que no direito existem diversas naturezas independentes de sanções. O crime de embriaguez ao volante é punido na esfera criminal e na esfera administrativa. A consequência do ilícito penal é a pena criminal, e do ilícito administrativo as sanções no âmbito da administração competente, como, por exemplo, a multa e a advertência. As duas modalidades de sanções são tratadas em artigos diversos no Novo Código de Trânsito Brasileiro. Conforme já demonstrado, o artigo 306 trata do ilícito penal e o artigo 165 aborda o ilícito administrativo, *in verbis*:

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

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

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

Por fim, convém lembrar que a redação original do artigo 165 exigia que o motorista portasse mais de seis decigramas de substância etílica por litro de sangue. O legislador com o intuito de tornar a sanção mais eficaz editou a Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, a qual alterou a redação desse artigo, omitindo o limite da taxa de alcoolemia. Por ter a Lei Seca reproduzido a norma do artigo 165 e por se tratar de infração administrativa e ser permitida a simples presunção, não existem maiores discussões acerca deste dispositivo. Já a redação do artigo 306, que trata da infração criminal, enseja um enorme problema de interpretação e aplicação da norma, o que será discutido em momento oportuno.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais têm como fontes de surgimento as garantias e os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos. Contudo, são conseqüências da aplicação das normas do ordenamento jurídico.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que os direitos fundamentais já existem desde a Revolução Francesa de 1789. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão determinou a existência de uma Constituição para que se pudesse garantir a proteção dos direitos dos indivíduos. Além disso, o autor entende que “As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do poder público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados”.¹⁸

Já o autor Celso Ribeiro Bastos, ao tratar do assunto, entende que os princípios constitucionais são “aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espalhar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico.”¹⁹ Visto isso, os princípios têm como principal função servir de base para a interpretação das normas constitucionais, feitas pelo Poder Judiciário, Executivo e Legislativo.

Perfilhando os entendimentos acima esposados, e trazendo a análise dos princípios garantidos pela Carta Maior para o ramo do Direito Penal e Processual Penal é

¹⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 81/87.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 154.

percebível uma proteção aos bens jurídicos considerados mais valiosos pela sociedade. Por essa razão as legislações penais devem estar alinhadas com os princípios constitucionais, sendo essa, sua condição de eficácia. Desta forma diz o autor Julio Fabbrini Mirabete, “O Direito Processual Penal, como qualquer outro, deve submeter-se ao Direito Constitucional, em decorrência da supremacia da Constituição na hierarquia das leis”²⁰.

Neste entroncamento, com a restrição existente na criação e elaboração das normas penais, ao legislador não é permitida a criação de normas que não possuam uma função significativa no âmbito de proteção da sociedade. Assim, por ser o Estado o detentor do *jus puniendi* cabe a ele a função de regular e fiscalizar as atitudes dos cidadãos. Apesar disso, a liberdade Estatal não pode ser exercida de forma arbitrária, sob pena de violação ao texto constitucional.

A respeito do acima descrito, vejamos:

Nesse contexto, denota-se que as relações existentes entre a Constituição Federal e o ordenamento penal são fixadas a partir da constatação de que são os valores extraídos do texto constitucional os responsáveis por moldar o *jus puniendi* estatal. Assim, assumem papel de primordial importância os princípios jurídicos que podem ser extraídos da norma fundamental.²¹

Importante lembrar que o Código Penal foi criado no ano de 1940. Ocorre que os valores sociais e as condições econômicas e políticas existentes na época não podem ser consideradas equivalentes às presenciadas nos dias de hoje. Ou seja, para a atualização desse diploma são criadas legislações penais, as quais visam adequar o Código às necessidades atuais e

²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

²¹ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva**. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 179.

à conseqüente evolução da sociedade. Mas, o legislador ao elaborar essas novas regras penais nem sempre se atenta àquelas já existentes nas esferas penal e constitucional, sendo constantes as violações aos princípios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, órgão judiciário competente em declarar ou não a constitucionalidade da lei, já analisou diversas normas de processo penal que surgiram após a edição da Constituição Federal. Podem ser citadas como exemplos duas decisões²²²³ da Suprema Corte que entenderam que as regras dos artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal, as quais impunham proibição aos réus foragidos interpirem recurso de apelação ou terem seus recursos conhecidos, não foram recepcionadas pela Carta Magna de 1988. A violação ao artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior, o qual expõe o princípio da não culpabilidade, foi a fundamentação legal utilizada pelos Ministros Relatores das duas decisões citadas.

É neste contexto que se torna necessária a análise mais criteriosa do princípio acima citado. O estudo se dará na relação direta e estreita do referido princípio com a garantia constitucional da não auto-incriminação. Tal ligação é comentada pelo Ministro Carlos Ayres Britto da seguinte forma: “Esse efetivo direito a não se **auto-incriminar** constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do processo acusatório e do **direito à presunção de não-culpabilidade**”.²⁴ [grifo nosso]

²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 85.961. Ementa: [...] Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 5 de mar. de 2009. DJE nº 71 de 17.4.2009, p. 36.

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RHC nº 83.810. Ementa: [...] Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 5 de mar. de 2009. DJE nº 54 de 23.3.2009, p. 26.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. HC nº 91.654. Ementa: [...] Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 8 de abr. de 2008. DJE nº 211 de 07.11.2008, p. 93.

2.1 Princípio da presunção de não culpabilidade

No final do século XVIII, com a necessidade de acabar com os exageros, excessos e abusos do processo penal com característica estritamente inquisitória, onde o órgão jurisdicional acumulava as funções de instrução, acusação e julgamento, e mais, não existia a garantia do contraditório, surgiu a necessidade de garantir ao cidadão a sua inocência até que fosse reconhecida sua culpa, através de um processo crime justo e contrário a qualquer idéia que considerasse o investigado culpado.²⁵

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de não culpabilidade, vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em 25 de setembro de 1992, o Brasil depositou a carta de adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida, também, como Pacto de São José da Costa Rica. O Tratado Internacional foi celebrado em São José da Costa Rica no ano de 1969, quando passou a ser adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, entrando em vigor na esfera internacional em 18 de julho de 1978. O Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, assinado pelo então Presidente da República Itamar Franco, promulgou a referida Convenção, onde

²⁵ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 29-34.

confirmou, no plano internacional, a garantia da presunção de inocência, a qual é assegurada a todo cidadão brasileiro que responde a um processo criminal.

Vale ressaltar a semelhança entre a norma do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal com àquela exposta no artigo 8º, inciso 2, do Pacto acima citado, conforme sua redação:

Art. 8º - Garantias judiciais:

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

De qualquer forma, a existência deste princípio pode ser observada em legislações de outros países muito antes de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro. Considerado o princípio da presunção de não culpabilidade resultado direto do princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), sua origem na história foi no ano de 1789. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 9º, determina que toda pessoa é considerada inocente até que se tenha declarada sua culpa. Posteriormente essa norma foi reiterada no ano de 1948 na Declaração Americana de Direitos e Deveres (artigo 26: “Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade”) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas.²⁶

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44-45.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.²⁷

Antes de adentrar no conceito do princípio da não culpabilidade, importante esclarecer que não há diferença entre esse princípio e o chamado princípio da presunção de inocência. A tentativa de distinguir esses institutos aproxima o processo penal ao único objetivo de defesa da sociedade, situação não admitida em um Estado Democrático de Direito. Neste caso a busca dessa diferenciação é infrutífera no ponto de vista processual, onde o importante é o fator acusatório que o processo penal deve assumir.²⁸

A respeito da explicação do princípio da não culpabilidade, no entendimento de Pedro Lenza, diz-se que “nada mais natural do que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao Ministério Público provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente”²⁹. Na mesma linha de raciocínio, Damásio Evangelista de Jesus afirma que o resultado da aplicação desse princípio é atingido com propriedade quando da “exigência de que a pena não seja executada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Somente depois de a condenação tornar-se irrecurável é que podem ser impostas medidas próprias da fase da execução”³⁰.

Ney Moura Teles considera a inclusão inédita do princípio da não culpabilidade em nossa Constituição Federal uma grande conquista dos brasileiros no final do segundo milênio. Ademais tal conquista é decorrente da vitória do ser humano sobre qualquer utilização do

²⁷ Disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> acesso em 17-set-2009.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

²⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 7. ed. São Paulo: Método, 2004, p. 432.

³⁰ JESUS, Damásio E. **Direito penal: Parte geral**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

arbítrio. No campo do Direito Penal sua importância se deve à proibição de qualquer norma estabelecer punições simplesmente pela presunção, visto que os fatos devem ser reais e não presumidos. Já no âmbito do Direito Processual Penal a principal consequência desse princípio é em relação ao ônus da prova, situação em que a provável culpa do investigado deve ser demonstrada pelo acusador. Assim, aquele cidadão que figura como réu em uma ação penal tem, por exemplo, o direito de permanecer em silêncio e o magistrado não pode desfavorecer essa atitude na hora de proferir sua decisão de mérito.³¹

O princípio da não culpabilidade possui um duplo alcance: em primeiro lugar, se verifica a existência de uma regra de tratamento, a qual é dispensada ao acusado no decurso do processo; e, em segundo, uma regra de juízo. No seu primeiro alcance é de se concluir que independente do grau de gravidade das suspeitas impostas àquele sujeito investigado, esse deverá ser tratado como se fosse inocente até o fim da instrução processual e a consequente decisão condenatória. Assim, o acusado não poderá ser diminuído nos aspectos morais quando em confronto com os demais cidadãos livres de suspeitas criminais. Sabe-se que apenas com o advento da condenação aquele réu passa a ser considerado culpado, possuindo anteriormente o título de acusado. Portanto, inadmissível qualquer equiparação entre culpado e acusado, por serem denominações extremamente distintas dentro do processo penal.³²

Quanto ao segundo alcance, este considerado mais técnico, seu relacionamento é fortemente vinculado ao desenrolar do processo e suas regras de produção de provas. O sujeito que figura como réu na relação processual deve ter todas as garantias existentes para a realização de sua defesa, caso contrário existiria uma afronta ao princípio em questão. Em exemplo,

³¹ TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120.** vol. I. São Paulo: Atlas, 2004, p. 90-91.

³² VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 58.

podemos aferir que não figura como necessária qualquer limitação à liberdade daquele investigado, caso inexistentes elementos claros que façam o magistrado formar uma convicção contrária, recolhendo o réu à prisão por medida de cautela.³³

Diante dessas considerações a presunção de não culpabilidade se resume na conclusão de Fernando da Costa Tourinho Filho: “Aí está o ponto nevrálgico da questão devidamente solucionado: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente”³⁴. Posto isso, não se pode atribuir ao réu o status de condenado quando da pendência de decisão penal condenatória.

2.2 Princípio constitucional da não auto-incriminação

Assim dispõe o inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência de família e de advogado”. Com a edição dessa norma na Carta Magna de 1988 o princípio constitucional da não auto-incriminação foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar do artigo se referir àquele indivíduo que se encontra preso, essa norma constitucional é estendida àqueles sujeitos que estão sendo investigados ou acusados em decorrência de algum ilícito penal.

Entretanto, mesmo que essa garantia constitucional só tenha aparecido em nosso ordenamento jurídico interno em 1988, já era prevista no âmbito internacional. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos criado no ano de 1966 e ratificado pelo Brasil em

³³ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 59.

³⁴ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e aumen. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

janeiro de 1992 estabelece de uma forma genérica o princípio da não auto-incriminação, senão vejamos:

Artigo 14

Parágrafo 3º. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

No mesmo ano em que o Brasil se tornou signatário do referido Tratado Internacional, o Pacto de São José da Costa Rica foi adotado no âmbito interno. Possuindo uma redação muito similar, desta forma está previsto em seu texto que será assegurado a toda pessoa “o direito a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”.

De acordo com o artigo 5º e seu parágrafo segundo da Constituição Federal, não são excluídos os direitos e garantias expressos em Tratados Internacionais, os quais o Brasil é signatário. Para tanto, como forma de ampliar os efeitos do princípio constitucional da não auto-incriminação as normas internacionais de direitos fundamentais devem complementar àquela exposta na Carta Maior.

O princípio da não auto-incriminação, também conhecido como *nemo tenetur se detegere* (expressão latina que significa que ninguém está obrigado a se descobrir) é considerado direito fundamental do cidadão. No âmbito do Direito Penal, com o objetivo de proteção do indivíduo contra os atos excessivos produzidos pelos representantes do Estado o princípio em comento possui importante papel. Partindo-se desse entendimento, verifica-se que o indivíduo é resguardado contra violências físicas e morais, as quais poderiam prejudicar o desenrolar do devido processo legal. Eis que enquadrado entre os direitos de primeira geração,

sua principal tutela a ser garantida é o indivíduo e sua liberdade. Porém, embora exista a prevalência dessa garantia, o interesse público não é atingido de uma forma negativa, pois o direito à defesa daquele sujeito investigado na ação penal é elemento essencial à garantia da jurisdição. Ou seja, esse direito deverá permanecer intocável no momento em que o Estado passa a exercer a sua função de aplicador da lei ao fato concreto com o objetivo de solução dos conflitos existentes.³⁵

O direito de não se auto-incriminar, ou seja, a garantia que os indivíduos possuem de não serem obrigados a colaborar com a colheita e produção das provas abrange diversas condutas. Além do direito ao silêncio, por exemplo, são garantidos aos cidadãos os direitos a não comparecer à audiência, a não fornecer documentos e materiais biológicos para análise e a não participação na reconstituição dos fatos realizada no local do crime.³⁶

Entende-se, portanto, que o princípio aqui tratado possui o alcance de proibir todos os meios e técnicas de obtenção de provas que possam resultar em sua auto-incriminação. Contudo, nesse diapasão, o indivíduo investigado não é considerado objeto da prova, devendo essa ser colhida sem a sua cooperação, conforme preceitua o modelo acusatório adotado pelo Direito Penal Brasileiro.

³⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54-56.

³⁶ COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 331-333.

3 EFICÁCIA DA LEI SECA

O Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva editou a Medida Provisória de nº 415, com o objetivo de criar novas regras, visando uma diminuição nos índices estatísticos de acidentes de trânsito ocorridos no país. Publicada no dia 22 de janeiro de 2008, passou a proibir a comercialização de bebidas alcoólicas em rodovias federais e determinou a aplicação de multas severas àqueles estabelecimentos que descumprirem as normas. O seu artigo segundo determina que nesses locais onde são comercializadas bebidas potáveis que contenham álcool devam ser afixados avisos com os esclarecimentos sobre a proibição de venda, sob pena de multa.

Ao cumprir o disposto no artigo 62 da Constituição Federal, a Medida Provisória foi submetida de imediato ao Congresso Nacional. Em anexo à mensagem de encaminhamento existe uma carta enviada ao Presidente da República, assinada por seis Ministros, dentre eles Tarso Genro, Ministro da Justiça, a qual expõe argumentos para a análise da proposta do projeto de Medida Provisória. Dois grandes aspectos foram utilizados como fundamentos: em primeiro lugar foram demonstrados, através de dados estatísticos, os excessivos gastos no tratamento de dependentes de álcool e drogas, colocando o alcoolismo como quarto lugar no grupo de doenças incapacitantes nos anos de 1995 a 1997 e, também, pesquisas sobre o consumo de álcool pela população brasileira, onde o vício atinge cada vez mais indivíduos, ocasionando anualmente 1,8 milhão de mortes. O segundo fundamento analisa a bebida e o motorista de veículo automotor, citando uma pesquisa realizada pela Secretaria Nacional Antidrogas e a Universidade Federal de São Paulo, a qual é conclusiva em afirmar que “O Estudo

apontou também que dois terços dos motoristas já dirigiu depois de ter ingerido bebidas alcoólicas em quantidade superior ao limite legal permitido”.³⁷

Posteriormente, o legislador federal apresentou o Projeto de Lei de Conversão nº 13 de 2008, proveniente da Medida Provisória acima indicada. Ao ensejo, o Poder Legislativo manteve a proibição de venda de bebidas alcoólicas às margens de rodovia federal que não se encontram em áreas urbanas e acrescentou diversos outros dispositivos que promoveram alterações substanciais no Código de Trânsito Nacional.

Impulsionado pelos alarmantes dados de acidentes de trânsito ocasionados por condutores embriagados, o projeto foi aprovado, entrando em vigor, no dia 20 de junho de 2008, a Lei nº 11.705/2008.

3.1 Alterações no Código de Trânsito Brasileiro decorrentes da Lei Seca

A referida lei tornou-se comumente conhecida como “Lei Seca” e “Lei de tolerância zero”, por introduzir severas alterações no Código de Trânsito Brasileiro, objetivando a punição daqueles motoristas que insistem em conduzir veículos automotores após a ingestão de bebidas alcoólicas. Senão, vejamos a redação do seu primeiro artigo:

Art. 1º - Esta Lei altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, **com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero)** e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool [...] ³⁸ [grifo nosso]

³⁷ _____. **Diário do Senado Federal**. Brasília, p. 13166-13167, 09 de maio de 2008.

³⁸ LEI N.º 11.705/200, de 19.6.08. Altera a Lei nº 9.503 [...]. DOU de 20.6.08.

De início serão abordadas as alterações realizadas no aspecto administrativo. O nome pelo qual a Lei nº 11.705/2008 ficou conhecida, decorre da retirada do índice numérico no artigo 276 do Código de Trânsito Brasileiro, senão, vejamos sua nova redação:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.

Anteriormente era necessário comprovar que o condutor possuía concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue para que fosse considerado impedido de conduzir veículo automotor. Considerada a lei de tolerância zero, houve a inclusão do termo “qualquer concentração de álcool por litro de sangue” no *caput* do artigo. Entretanto, em seu parágrafo único foi inserida uma observação ao mencionar que o disposto nesse artigo deve-se ater ao fato de que, para casos específicos, o Poder Executivo Federal poderá disciplinar margens diferentes de tolerância.

Em relação ao cometimento da infração de trânsito, necessário aferir se o condutor está acima do nível de tolerância. Para isso o Conselho Nacional de Trânsito editou uma resolução que dispõe sobre os requisitos necessários para constatar o consumo de álcool e os procedimentos a serem adotados pelos agentes fiscalizadores de trânsito. O artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro também trata desses procedimentos, tornando legal o disposto na Resolução. Os testes de alcoolemia, os exames clínicos e a perícia são métodos que poderão ser utilizados para conferir se a suspeita de motorista sob influência de álcool se concretiza. Permitido, também, para ser caracterizada a infração de trânsito, a obtenção de outras provas em direito admitidas, podendo o agente fiscalizador verificar os sinais de embriaguez, como, por

exemplo, excitação, sonolência, olhos vermelhos, odor de álcool no hálito, agressividade, entre outros.

O artigo 1º da Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Trânsito, determina os índices numéricos a partir dos quais existe a confirmação de que o condutor se encontra sob a influência de álcool. No caso da realização do teste em aparelho de ar alveolar pulmonar, ou seja, o etilômetro, a concentração igual ou superior a 0,3 mg por litro de ar expedido dos pulmões e no caso do teste de alcoolemia, ou seja, o teste de sangue, a concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue, comprovam que o motorista se encontra embriagado. Destaque-se que tal Resolução ainda se encontra em vigor, mesmo com o advento da Lei seca.

Como se verifica facilmente, existe uma contradição entre a norma do artigo 165 e a norma do artigo 276, ambos do Código de Trânsito Brasileiro. A segunda, considerada norma primária, a qual determina o fato típico, é complementada pela norma secundária do artigo 165, o qual determina as penalidades para o condutor de veículo que dirige sob influência de álcool. Entretanto, o objetivo do artigo 276 é punir aquele condutor que possui qualquer concentração de álcool no sangue. Já o artigo que contém a norma secundária alcança apenas aqueles motoristas que estão na direção de veículo automotor sob influência de álcool. Portanto, o significado da expressão “qualquer concentração de álcool no sangue” não é igual ou similar ao significado da expressão “sob influência de álcool”. Entretanto, Guilherme de Souza Nucci adverte:

Por outro lado, ao dizer que o condutor precisa estar “sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos”, não exigiu 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 art. 306.³⁹

O artigo 165 do Código de Trânsito brasileiro, o qual aplica a pena de multa e a suspensão do direito de dirigir por 12 meses aos motoristas que são flagrados dirigindo sob influência de álcool, determina em seu parágrafo único que “A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277”. Já na redação desse artigo, necessário se faz uma explanação em relação ao seu parágrafo 3º, *in verbis*:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

[...]

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

Neste sentido, quando houver recusa do condutor de veículo automotor à realização dos exames previstos no artigo acima citado, o agente fiscalizador poderá lavrar termo e aplicar as sanções referentes à infração de trânsito cometida, constatando o estado do motorista, pela observância de simples sinais de embriaguez, ou por outras provas em direito admitidas. A inclusão do parágrafo 3º no artigo 277 fez com que surgissem inúmeros questionamentos no sentido de ser ou não inconstitucional a presunção de embriaguez na esfera administrativa e a possibilidade de obrigar o sujeito a realizar testes que afrontam princípios consagrados pela Constituição Federal:

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 43-44.

A interpretação e aplicação do § 3º do artigo 277, CTB, sob o ponto de vista de que o condutor é obrigado aos testes e exames, sob pena de submeter-se às sanções do artigo 165, CTB, diretamente por via de uma suposta presunção de culpa, é absolutamente inviável perante a ordem constitucional vigente por violação ao Direito a não auto – incriminação e ao Princípio da Não - Culpabilidade. A única interpretação e aplicação viável do referido dispositivo legal é aquela que considera que acaso o suposto infrator não colabore nos testes e exames, sujeitar-se-á à apuração do Agente de Trânsito por meio de todas as provas lícitamente admitidas, mas somente sofrendo qualquer sanção após o devido processo legal administrativo sob o crivo da ampla defesa e do contraditório.⁴⁰

Antes de ser abordado o aspecto criminal do Código de Trânsito Brasileiro, importante citar uma decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual reconhece não haver possibilidade do sujeito que se recusa à ser submetido aos testes de alcoolemia incorrer em crime de desobediência. A decisão fundamenta-se na existência de uma punição administrativa para a atitude da recusa, não existindo dispositivo legal que determine a responsabilização criminal. Senão, vejamos a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDEIÊNCIA. ATIPICIDADE. MOTORISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exhibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238). Ordem concedida.⁴¹

No tocante ao aspecto criminal, ou seja, na caracterização de crime de trânsito, a alteração do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, concernente à previsão de delito de trânsito consistente na condução de veículo automotor sob influência de álcool, ensejou novas

⁴⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiras impressões sobre as inovações do Código de Trânsito Brasileiro.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11452&p=2>> Acesso em: 17-set-2009.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC nº 88.452. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2 de mai. 2006. DJ de 19.05.2006.

discussões e interpretações desse dispositivo. Contudo, necessário observar a sua redação anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.705/2008:

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

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.

Na antiga redação desse artigo, cometia crime aquele condutor que estivesse dirigindo veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outras pessoas, não dependendo da taxa de alcoolemia, já que o crime podia ser caracterizado por meio de prova testemunhal. Com o novo texto, passou-se a exigir prova do índice numérico, que representa a concentração de álcool por litro de sangue, para que a conduta seja reconhecida como crime.⁴²

Com a inclusão do referencial numérico tornou-se necessário verificar a real taxa de álcool no organismo do condutor do veículo. Para tanto, necessário utilizar-se de provas legítimas, que proporcione ao suspeito todos os meios de defesa e contraditório, não sendo permitida violação ao princípio contra a auto-incriminação.

Na exigência da verificação do índice numérico, são quatro os métodos mais utilizados pelos órgãos fiscalizadores: o teste do bafômetro (etilômetro), a coleta de urina ou sangue para exame, o exame médico e a prova testemunhal. Por serem métodos totalmente distintos, cada qual possui suas particularidades.

⁴² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 1ª Turma Criminal. Apelação Criminal nº 2005011051925-2. Acórdão nº 322.401. Ementa: [...] Relatora: Des. Gislene Pinheiro. Brasília, DF, 18 set. 2008, DJ 21.10.2008, p. 85.

As questões atinentes ao exame de sangue ou coleta de urina, na verificação do nível de embriaguez do condutor de veículo automotor, serão abordadas ao tratarmos da possibilidade da utilização do etilômetro, por ser ambos exames evasivos à intimidade da pessoa suspeita e possuírem características semelhantes no momento de sua realização por qualquer agente fiscalizador de trânsito.

Com relação ao exame médico, também conhecido como exame clínico, sua utilização encontra respaldo no artigo 1º, inciso III, da Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN. O condutor de veículo automotor, após ser apresentado em uma delegacia, é conduzido ao Instituto Médico Legal, onde será submetido ao exame preliminar de embriaguez que é chamado de Exame de Corpo de Delito, realizado por um médico legista.

Apesar do sujeito não ser obrigado a responder às perguntas e aos comandos a ele designados, o médico possui alguns métodos técnicos para observar os sintomas clínicos que caracterizam o estado de embriaguez do condutor de veículo automotor. Após a observação, o perito deverá emitir um documento conhecido como “laudo preliminar”, o qual deverá concluir se o sujeito encontra-se ou não embriagado. Em momento posterior, de acordo com o artigo 160 do Código de Processo Penal, o perito possui um prazo máximo de 10 dias, permitida a prorrogação em casos excepcionais, para apresentar o laudo definitivo, onde deverá descrever minuciosamente o que foi examinado e responder aos quesitos necessários para justificar a conclusão obtida.

Porém, com o advento da Lei nº 11.705/2008, iniciou-se uma discussão no que tange a utilização do exame clínico como meio de prova na configuração do delito de embriaguez

ao volante. Alguns autores entendem que tal exame realizado por um perito não é capaz de determinar a quantidade exata, através de um referencial numérico, de álcool ingerido pelo sujeito submetido à perícia. Assim destacamos:

[...] não há exame clínico ou mesmo constatação por parte dos agentes de trânsito que possa definir, **com a precisão exigida pela Lei**, que o agente se encontra com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas.⁴³ [grifo nosso]

Devido à ineficácia do exame pericial na verificação do índice numérico previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, modificado pela Lei nº 11.705/2008, podemos chegar a seguinte conclusão:

[...] Em suma, ao se exigir para caracterização do crime a condução de veículo com concentração 'igual ou superior a 6 (seis) decigramas' de álcool por litro de sangue, apenas os testes e exames periciais (etilômetro ou exame de sangue) passam a servir como prova, na medida em que são os únicos meios de determinar de maneira específica a graduação alcoólica no sangue do motorista.⁴⁴

Em resumo, para que o exame clínico seja hábil a demonstrar a configuração do delito de embriaguez ao volante, necessário que o teste seja conclusivo e apresente elementos suficientes, conforme a nova redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. A informação sobre a quantidade de álcool existente no sangue ou no pulmão do condutor será imprescindível para que a incidência da norma penal não seja afastada. Afinal, apesar da constatação do estado de embriaguez do indivíduo ser confirmada com o exame pericial, não será possível determinar o grau de alcoolemia.

⁴³ MOURA, Humberto Fernandes. Alguns Aspectos sobre a Lei Seca. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, nº 52, out./nov. 2008, p. 29.

⁴⁴ BARBAGALO, Fernando Brandini. Alguns Aspectos sobre a Lei Seca. **Revista Justilex**. Brasília, nº 75, out./2008, p. 32.

A prova testemunhal apesar de importante, por surgir no momento exato em que o condutor é surpreendido, apresentando sinais de embriaguez, se torna subsidiária na comprovação do crime de embriaguez ao volante. Considerada a prova principal na ausência de outros indícios mais concretos, assume o papel secundário em confronto com a coleta de sangue e com o teste do bafômetro.⁴⁵ Importante salientar o conceito da prova testemunhal:

[...] dizem respeito ao testemunho de pessoas que tiveram alguma interferência no fato a ser demonstrado em juízo, seja por percepção comum dos homens (testemunha presencial do crime, depoimento da vítima ou narrativa do acusado no interrogatório) ou por percepção técnica (parecer do perito na conclusão do laudo).⁴⁶

Existem autores que entendem ser absolutamente possível a prova testemunhal para a comprovação do crime de embriaguez ao volante. Tal linha de pensamento fundamenta seu entendimento no artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual determina que aos crimes cometidos na direção de veículos automotores serão aplicadas as normas gerais do Código de Processo Penal. Nessa linha de pensamento, forçoso observar o disposto no artigo 167 do Código de Processo Penal: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. Portanto, caso o condutor embriagado não permita a realização do teste do bafômetro, bem como se recusa a submeter à coleta de sangue, perfeitamente cabível a análise da prova testemunhal para embasar a condenação do motorista embriagado.⁴⁷ Porém, caberá ao julgador verificar se a prova testemunhal é idônea e suficiente para comprovar o ilícito penal.

⁴⁵ NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito**. São Paulo: Atlas, 1999, p 125.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

⁴⁷ BRUTTI, Roger Spode. A eficácia da prova testemunhal nos delitos de embriaguez ao volante. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, nº 52, out./nov. 2008, p. 15-16.

Entretanto, parte da doutrina entende que “Alegar embriaguez não é suficiente. A palavra da autoridade de trânsito, ou seu agente, de que o motorista estava embriagado, não terá maior valor se inexistir perícia. A prova testemunhal há de ser valorada com reservas [...]”⁴⁸. Assim, apesar de existirem posicionamentos contrários, ambos corroboram o entendimento de competir ao magistrado à análise rigorosa das provas testemunhais.

3.2 Utilização do etilômetro

O etilômetro consiste em um aparelho utilizado pelos Órgãos Governamentais de Segurança Pública com o intuito de fiscalização do trânsito. Possuindo a característica de teste de alcoolemia, sua função é verificar a concentração de bebida alcoólica ingerida por uma pessoa que se encontra no comando de um veículo automotor, submetendo à análise o ar expelido pelos pulmões.

A palavra etilômetro também conhecida como bafômetro ou etiloteste deriva-se do inglês “breath alcohol analyzer”. A tradução seria “analisador de respiração alcoólica”, expressão que ficou consagrada no Brasil como teste do bafômetro. O teste consiste na aferição da quantidade de álcool ingerida pelo sujeito, através do ar expelido.

De acordo com o Dicionário Aurélio, bafômetro é o “Aparelho que, utilizando o bafo expelido pelo indivíduo, detecta e determina o grau de concentração de álcool em seu organismo”.⁴⁹

⁴⁸ GARCIA, Ismar Estulano. **Novo Código de Trânsito Brasileiro: crimes de trânsito**. Goiânia: Cultura e Qualidade, 1997, p. 85.

⁴⁹ Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0.

A dependência do homem na utilização de veículos automotores é cada vez mais crescente, repercutindo diretamente no direito e em suas normas reguladoras. As regras de trânsito precisam ser cada vez mais aperfeiçoadas com a finalidade de evitarem acidentes e disciplinarem a utilização das vias terrestres. No entanto, regulamentar a ingestão de bebidas alcoólicas pelos condutores de veículos ou admiti-las em níveis mínimos, constitui medidas necessárias para diminuir as estatísticas de mortes no trânsito.⁵⁰

Desta forma, tornou-se necessária a criação de métodos para aferir a embriaguez e tornar a lei eficaz com a devida fiscalização. O princípio contra a auto-incriminação atinge a questão da embriaguez ao volante quando da realização de alguns testes de alcoolemia, utilizados para comprovar a influência de álcool no organismo do condutor de veículo automotor. A discussão gira em torno da utilização desses métodos sem o consentimento do suspeito, nas situações em que os elementos probatórios desfavoráveis possam ser extraídos. Assim, o uso do teste do bafômetro acirra as discussões, principalmente por existirem normas administrativas que impõem sua aplicação.⁵¹

Conforme já tratado, a regulamentação do teste do bafômetro, no âmbito administrativo, decorre da Resolução nº 206 de 20 de outubro de 2006, onde a redação do seu artigo 1º, inciso I, assim dispõe:

Art. 1º A confirmação de que o condutor se encontra dirigindo sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, se dará por, pelo menos, um dos seguintes procedimentos:

⁵⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e Contornos do Princípio Contra a Auto-Incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 345.

⁵¹ *Ibidem*, p. 345.

I - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) que resulte na concentração de álcool igual ou superior a 0,3mg por litro de ar expelido dos pulmões;

Ademais, a Resolução citada acima impõe alguns requisitos importantes, a fim de evitarem questionamentos ao devido funcionamento do aparelho de medição da concentração de álcool, os quais devem ser observados pelos órgãos encarregados da administração do trânsito:

Art. 6º. O medidor de alcoolemia- etilômetro- deve observar os seguintes requisitos:

I – ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, atendendo a legislação metrológica em vigor e aos requisitos estabelecidos nesta Resolução;

II – ser aprovado na verificação metrológica inicial realizada pelo INMETRO ou órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;

III - ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ;

IV - ser aprovado em inspeção em serviço ou eventual, conforme determina a legislação metrológica vigente.

Assim, a norma do artigo 277, parágrafo 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, dispõe que as penalidades e medidas administrativas serão aplicadas aos condutores de veículos automotores suspeitos de estarem embriagados, os quais se negam a realizar os testes de alcoolemia.

Contudo, a norma citada acima cria a obrigação da realização do referido exame, sob pena daquele indivíduo que se negar a ser submetido, por exemplo, ao teste do bafômetro, ser penalizado de forma idêntica ao sujeito que conduz veículo automotor embriagado. Desta forma, a presunção de culpa é admitida no âmbito administrativo, ramo do direito que não incorporou o princípio da não auto-incriminação, permitindo a punição daqueles

indivíduos que se negam a realizar exames evasivos, colaborando, assim, com a sua própria incriminação.

Carlos Henrique Borlido Haddad acompanha este entendimento, quando afirma:

Nota-se que as infrações administrativas fundadas na obrigação de informar, desde que não envolvam risco de incriminação, não têm a ilicitude excluída pelo exercício regular do direito de não contribuir para o próprio prejuízo. É obstada a entrada do princípio *nemo tenetur se detegere* no direito administrativo brasileiro através da previsão de contribuições cognitivas do administrado e de infrações por violações a esse dever de contribuir.⁵²

Sem resquícios de dúvidas, na hipótese de recusa ao teste de alcoolemia, a justa causa para a aplicação da sanção administrativa depende apenas do subjetivismo do agente fiscalizador de trânsito. Diante disso, a simples suspeita de que o condutor de veículo se encontra sob influência de bebida alcoólica impõe a penalidade de multa e suspensão do direito de dirigir por doze meses, prevista no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

Portanto, o condutor de veículo automotor suspeito de ter ingerido bebida alcoólica deve escolher qual atitude irá tomar: ou aceitar ser submetido ao teste do etilômetro, podendo ser provada sua inocência, quitando-se das obrigações com o Estado, ou recusar a realizar o teste de alcoolemia, não sofrendo sanções na esfera penal, caso estivesse dirigindo sob a influência de álcool, mas sujeitando-se às penalidades administrativas previstas no Código de Trânsito Brasileiro.⁵³

⁵² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e Contornos do Princípio Contra a Auto-Incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 149.

⁵³ SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Medicina legal à luz do direito penal e processual penal: teoria resumida e questões**. Rio de Janeiro: Impetus, 2001, p. 39.

Por outro lado, resta analisar a obrigatoriedade da realização do teste do etilômetro sob o olhar do Direito Penal. Daí surge a seguinte pergunta: o agente fiscalizador de trânsito, mesmo após a edição da Lei nº 11.705/2008, pode compelir um condutor de veículo automotor a se submeter ao exame do bafômetro? Para respondê-la é necessário observar as garantias e princípios constitucionais, não podendo desprezar os direitos dos cidadãos.

O Ministro Og Fernandes do Superior Tribunal de Justiça em recente decisão monocrática proferida no Recurso em *Habeas Corpus* nº 25.118/MG responde de uma forma superficial a pergunta acima:

Convém ressaltar, ainda, que a nova Lei não obriga o cidadão a produzir prova contra si próprio, tendo em vista que, além do bafômetro e do exame de sangue, subsistem os demais meios de prova em direito admitidos para a constatação da embriaguez, sendo certo que a recusa em se submeter a esses testes implica **apenas** sanções no âmbito administrativo.⁵⁴ [grifo nosso]

Desta forma, de acordo com a legislação de trânsito em vigor, o motorista infrator poderá responder pelo crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, sem prejuízo das infrações administrativas, caso seja surpreendido na condução de veículo automotor sob a influência de álcool na concentração igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue.

Em relação ao tema, existe o entendimento daqueles especialistas que defendem que acima dos interesses e direitos individuais, está o interesse público. Assim, os direitos individuais consagrados na Constituição Federal se contrapõem aos direitos coletivos, os quais se encontram no artigo 6º da Carta Magna. Neste sentido explana William Douglas: “Assim, sendo

⁵⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. RHC nº 25.118. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 4 de mai. 2009. DJE de 08.05.2009.

ambos protegidos constitucionalmente, ao nosso ver, é prevalecente o interesse de ordem pública”⁵⁵. Ao seguir esse entendimento, seria possível obrigar um sujeito a realizar o teste do bafômetro, por estar pondo em risco a segurança pública ao conduzir um veículo automotor sob influência de álcool.

Em discordância com o posicionamento acima, existe o entendimento de que o sujeito não pode ser obrigado a realizar o teste do bafômetro. Os defensores dessa interpretação consideram que as normas de caráter constitucional garantem ao condutor de veículo o direito de não produzir provas contra si mesmo, possibilitando a negativa ao exame do etilômetro.

Ora, a sociedade pode ficar chocada com a idéia da não punição de um sujeito que não aceita colaborar com os exames periciais e que se encontra, sob suspeita de ter ingerido bebida alcoólica, no comando de um veículo automotor. Mas, de forma igual acontece com qualquer criminoso que se recusa a confessar o crime supostamente cometido, optando pela ausência de manifestação, exercendo as garantias e os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Torna-se, então, indiscutível a inconstitucionalidade da presunção de embriaguez, visto que, os referenciais numéricos adicionados ao artigo 306 pela Lei nº 11.705/2008 são imprescindíveis para a configuração do delito de embriaguez ao volante. Com isso, apenas os testes e exames periciais atualmente conhecidos, quais sejam o etilômetro e o exame de sangue, servem como prova na configuração deste crime, na medida em que são os

⁵⁵ SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Medicina legal à luz do direito penal e processual penal: teoria resumida e questões**. Rio de Janeiro: Impetus, 2001, p. 39.

únicos meios aptos a demonstrar a graduação alcoólica no sangue ou no ar do condutor de veículo suspeito.

Neste contexto, já se manifestou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a Ministra Relatora Cármen Lúcia assim fundamentou seu voto no julgamento do *Habeas Corpus* nº 93.916:

É certo que, ao contrário do que afirmado na denúncia, não se pode presumir que o Paciente estaria alcoolizado pela recusa em se submeter ao exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerça o direito de não produzir prova contra si mesmo.⁵⁶

Neste mesmo sentido, Vicente Greco Filho afirma que o agente ao recusar-se a submeter a exame evasivo, como, por exemplo, exame de sangue e exame do bafômetro, não poderá sofrer conseqüências danosas. A garantia de recusa aos testes de alcoolemia, em especial os citados acima, é assegurada na Constituição Federal, de acordo com os princípios da presunção de inocência do acusado e do direito de permanecer calado, ou seja, não produzir provas contra si mesmo.⁵⁷

Corroborando o entendimento da doutrina e da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal irá dirimir todas as controvérsias existentes ao analisar a constitucionalidade da Lei Seca (Lei nº 11.705/2008), quando da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103, proposta pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento, a qual está sob a relatoria do Ministro Eros Roberto Grau.

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº 93.916. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de jun. 2008. DJe de 26.06.2008.

⁵⁷ FILHO, Vicente Greco. **A culpa e sua prova nos delitos de trânsito**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 146.

3.3 Lei mais benéfica

De início cumpre observarmos a redação do artigo 2º e seu parágrafo único do Código Penal:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Na interpretação do artigo acima, vejamos o que Ney Moura Teles diz a respeito:

Pode ocorrer que uma lei que define certo fato como crime venha a ser revogada por outra lei, em atenção ao desejo da sociedade de não mais punir aquele comportamento humano. Desaparece, assim, do ordenamento penal aquela figura de crime. É claro que essa lei posterior vem beneficiar todo aquele que tiver praticado o tal fato antes considerado criminoso.⁵⁸

Desta forma, na existência de uma nova lei considerada mais benéfica ao réu, serão atingidos não apenas os casos em andamento no Poder Judiciário, mas também àqueles em que já houve o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nesse contexto, poderão surgir as figuras do *abolitio criminis* ou da *novatio legis in melius*. Na primeira situação, a lei nova retroagirá e alcançará todos os fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, podendo extinguir os processos em curso e, até mesmo, colocar em liberdade os sujeitos presos em decorrência de sentença condenatória, eliminando assim esse crime da sua folha de antecedentes.

⁵⁸ TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120.** vol. I. São Paulo: Atlas, 2004, p. 105.

Já no caso da *novatio legis in melius*, a nova lei favorece de qualquer modo o réu ou condenado, por exemplo, criando uma circunstância atenuante ao eliminar uma agravante, ou até mesmo diminuindo a pena do delito.

A Constituição Federal de 1988 tratou desse assunto no seu artigo 5º, inciso XL, *in verbis*:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Assim, a Constituição Federal manteve o disposto no Código Penal, afirmando que a lei penal mais benéfica deverá ser aplicada sempre, independente da fase em que o processo se encontra, tanto em curso perante a justiça ou no caso de já estar findado com o trânsito em julgado.

Ao trazermos o tema acima para o estudo desta monografia, interessa indagarmos se a Lei Seca é mais favorável ao réu, sendo possível retroagir aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 9.503/97.

A Lei nº 9.503/97 prevê o crime de embriaguez ao volante no seu artigo 306. A redação desse dispositivo foi alterada pela Lei nº 11.705/2008. Ocorre que a nova Lei não alterou a pena a ser aplicada ao sujeito incurso nesse artigo, a qual permanece 06 (seis) meses a 03 (três) anos de detenção e multa, além da proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo. Entretanto, a Lei Seca exige que para o fato ser considerado crime deverá haver a comprovação de que o motorista esteja dirigindo com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

Na redação anterior do artigo 306 o crime estaria consumado caso o condutor de veículo automotor dirigisse sob influência de álcool, independente de outra exigência, como, por exemplo, o grau de concentração de álcool por litro de sangue.

Apesar da aparente intenção do legislador em agravar o crime de embriaguez ao volante ao inserir critérios objetivos para a caracterização do crime, acabou por tornar a norma mais favorável àqueles que dirigem sob influência de álcool e que possuem a intenção de infringir a norma legal.

Conforme já tratado, o exame de sangue e o teste do etilômetro são os únicos meios a serem utilizados para a comprovação, com rigor, da concentração de álcool no sangue ou no ar expelido do motorista. Entretanto, a permissão para a realização desses meios de prova é faculdade do indivíduo suspeito, pois a obrigatoriedade da realização desses meios de provas evasivos fere o princípio da obrigatoriedade da não auto-incriminação.

Assim, a Lei Seca criou a dependência da colaboração do condutor de veículo automotor para a comprovação do critério objetivo, visto que o exame clínico, a prova testemunhal ou o relato do agente fiscalizador de trânsito não são suficientes para comprovar tal critério exigido pela nova redação do artigo. Ou seja, o motorista embriagado apenas será punido criminalmente se aceitar realizar o exame de sangue ou o teste do bafômetro, exames estes que ele não está obrigado a colaborar para a sua realização.

Sobre o tema, sustenta Fernando Capez:

[...] No momento em que o nível de alcoolemia (6 decigramas de álcool por litro de sangue) foi inserido como elementar do tipo incriminador, tornou-se

imprescindível a comprovação cabal dessa dosagem sob pena de atipicidade da conduta. O nível de álcool, por se tratar de medida técnica, necessita de demonstração pericial. Em outras palavras, não se consegue extrair o exato nível de alcoolemia mandado o agente "fazer o quatro" ou "dar uma andadinha" ou ainda "falar 33 no consultório médico". [...]O problema é que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo e sem a colaboração do condutor supostamente embriagado, será impossível a afirmação de que praticou o tal crime. [...]Assim, sob tal aspecto, operou-se uma *novatio legis in melius*, com o amesquinamento do arsenal probatório do detentor do *jus puniendi*. Embora a questão tenha caráter processual, é inequívoco seu caráter híbrido, já que se encontra umbilicalmente ligada a elementar do fato típico.[...] Nos processos em andamento, por crime anterior à nova Lei, aplica-se a proibição da prova testemunhal, inovação mais benéfica, com incidência imediata. Nesses casos, o sujeito somente poderá se condenado se: (a) a prova pericial comprovar que ele estava embriagado de acordo com os níveis de alcoolemia exigidos na época do crime; (b) se esta comprovação se der mediante prova pericial; (c) se da conduta resultar perigo para a coletividade. [...] ⁵⁹

Guilherme de Souza Nucci, ainda confirma:

[...] não é demais concluir que parte da denominada *Lei Seca* é inconstitucional.

Na parte penal, conseguiu-se a proeza de piorar - e muito - a infração penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Antes, bastaria conduzir veículo automotor na via pública, *sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos*, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Agora, é preciso conduzir veículo automotor, na via pública, *estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas...* Ora, anteriormente, qualquer prova testemunhal seria facilmente aceita para demonstrar que o condutor dirigia *sob influência de álcool* (qualquer quantidade), causando perigo à segurança viária. A partir da edição da Lei 11.705/08, somente se consegue demonstrar que alguém dirige com a precisa e determinada concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue fazendo-se exame pericial. ⁶⁰

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios segue o entendimento esposado acima:

[...] a alteração dada pela Lei nº 11.705/2008 é mais benéfica ao réu que a lei anterior, na medida em que exige para a configuração do delito previsto no art. 306, na redação dada pela nova lei, a concentração de pelo menos 6 decigramas

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. Lei nº 11.705/2008 – A Lei Seca. **Carta Forense**, São Paulo, 4 de ago. 2008, p. 12. Entrevista.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. A presunção de inocência e a 'Lei Seca'. **Carta Forense**, São Paulo, 4 de ago. 2008, p. 14. Entrevista.

de álcool por litro de sangue, cuja prova demanda a realização de exames periciais (etilômetro e ou exame de sangue).⁶¹

Destacamos também a manifestação do Desembargador George Lopes Leite, assim proferida:

Essa mania de legislar apressadamente em cima de fatos, o resultado, como disse, é diametralmente oposto. Realmente a lei foi mais benéfica ao réu, embora querendo ser mais severa.

Peço vênha ao eminente Relator, mas acompanho o 1.º Vogal, pois perdeu-se a tipicidade da embriaguez pela quase impossibilidade de se determinar a exata quantidade de alcoolemia.⁶²

Sendo assim, as condutas delitivas cometidas antes da entrada em vigor da Lei Seca serão consideradas atípicas caso não exista a indispensável prova técnica apta a demonstrar que o condutor de veículo automotor estava sob efeito de álcool na exata concentração exigida pela Lei.

Além disso, nos crimes cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.705/2008 apenas será autorizada a persecução penal no caso de constatação do percentual mínimo de concentração alcoólica exigida pela Lei.

⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Turma Criminal. Apelação Criminal nº 20030910022972. Relatora: Des. Nilsoni de Freitas. Brasília, DF, 14 de mai. 2009. DJU de 24.06.2009, p. 234.

⁶² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Criminal. Habeas Corpus nº. 2009002001791-2. Relator: Des. João Egmont. Relator Designado: Des. Mário Machado. Brasília, DF, 18 de jun. 2009. DJU de 27.07.09, p. 192.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi realizado um estudo sobre as alterações produzidas pela Lei nº 11.705/2008 no Código de Trânsito Brasileiro. A pesquisa abordou de forma sucinta todas as modificações introduzidas pela Lei Seca. Entretanto, deu enfoque na alteração do artigo 306, o qual tipifica o crime de embriaguez ao volante. A inclusão de um referencial numérico no *caput* do dispositivo gerou discussões acerca dos instrumentos utilizados para a colheita das provas que deverão servir de comprovação da taxa de alcoolemia no organismo do indivíduo. Foi abordado, também, o questionamento acerca da possibilidade da nova lei ser mais benéfica aos réus, condenados e sujeitos que possuem a intenção de infringir a lei.

O resultado desta pesquisa visou esclarecer, de acordo com o entendimento que nos mostrou ser mais compatível com a legislação vigente e com a Carta Magna, a impossibilidade do condutor de veículo automotor ser obrigado a realizar o teste do etilômetro, possibilitando dessa forma, reflexões e conclusões sobre os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema tão controvertido.

Após toda a pesquisa produzida para a elaboração da presente monografia, não nos restam dúvidas, os conflitos existentes na alteração do Código de Trânsito Brasileiro após a modificação de alguns artigos com o advento da Lei Seca deverão ser dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Muito embora o intuito do legislador ao modificar a redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro tenha sido exclusivamente coibir àqueles indivíduos que insistem em dirigir alcoolizados, provocando acidentes e aumentando o índice de mortes decorrentes de crimes de trânsito, a modificação textual não foi fiel a essa intenção. A alteração na qual foi incluída a expressão “estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas” dificultou a configuração do delito de embriaguez ao volante, exigindo a comprovação do referencial numérico previsto no dispositivo.

A proteção à vida pode ser considerada um dos direitos com maior valor e relevância para a sociedade. Entretanto, não se pode admitir que para a existência de um direito alheio alguns direitos consagrados na Constituição Federal sejam restringidos ou postos em segundo plano. Ao analisarmos o período de entrada em vigor da Lei Seca e o conseqüente aumento na fiscalização do trânsito, existem pesquisas tendentes a confirmarem a redução de mortes e o aumento de motoristas denunciados como incurso no artigo 306 da Lei 9.503/97. Além disso, discordar da intenção do legislador em punir com penas severas àquele indivíduo que põe risco à sua própria vida e a de um desconhecido seria incoerente do ponto de vista humano. Portanto, concordamos com a idéia de aumentar a fiscalização e penalizar os condutores de veículos automotores que não respeitam as regras de trânsito e insistem em violar a lei. Porém, a Lei Seca tornou quase impossível a produção da prova de que o sujeito se encontra embriagado, trazendo a impunidade para esses indivíduos.

É necessário reconhecer, conforme já demonstrado ao longo do presente trabalho e através de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não existe a obrigatoriedade do sujeito produzir provas contra si mesmo, ou seja, o teste do bafômetro não é

obrigatório e ninguém poderá ser submetido a esse método de verificação da embriaguez sem o seu consentimento.

Destarte, antes da recente modificação, as provas testemunhal e pericial eram aceitas por alguns magistrados para firmar a ocorrência do crime de embriaguez ao volante. Assim, a nova redação do artigo 306 exige que o motorista esteja sob influência de álcool com concentração acima dos índices firmados no artigo 1º da Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Trânsito.

Aufere-se, portanto, a ineficácia da modificação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, pois, mesmo que sejam impostas sanções no âmbito administrativo, não se podem admitir punições penais no caso da não existência de prova inequívoca que aponte a quantidade de álcool que influencia o indivíduo no momento do flagrante.

Finalmente, pode-se concluir que a Lei Seca é mais benéfica, devendo ser aplicada aos casos que estão em trâmite perante a Justiça e àqueles já transitados em julgado. E assim sendo, apenas na existência de resultado advindo do teste do bafômetro ou do exame de sangue ou urina, é possível comprovar a ocorrência do crime de embriaguez ao volante. Portanto, é mais que obrigação do Estado proteger a integridade física das pessoas e diminuir os índices estatísticos de acidentes de trânsito com vítimas fatais, mas antes do advento da Lei nº 11.705/2008 existia uma facilidade em punir os indivíduos que desrespeitavam as leis, tornando as defesas jurídicas menos eficazes, devido a não dependência da colaboração do sujeito infrator na produção da prova do crime.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva**. São Paulo: Lex Editora, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBAGALO, Fernando Brandini. Alguns Aspectos sobre a Lei Seca. **Revista Justilex**. Brasília, nº 75, p. 32, out./2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiras impressões sobre as inovações do Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11452&p=2>> Acesso em: 17-set-2009.

CAPEZ, Fernando. Lei nº 11.705/2008 – A Lei Seca. **Carta Forense**, São Paulo, 4 de ago. 2008. Entrevista.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, p. 2528, 24 de maio de 1994, seção II.

_____. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, p. 6091, 10 de setembro de 1960, seção II.

_____. **Diário do Senado Federal**. Brasília, p. 13166-13167, 09 de maio de 2008.

DUMONT, Albert Santos. **Os meus balões**. Traduzido por: A. de Miranda Bastos. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Irmãos Di Giorgio & CIA. LTDA., 1956.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e aumen. São Paulo: Saraiva, 2001.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FILHO, Vicente Greco. **A culpa e sua prova nos delitos de trânsito**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GARCIA, Ismar Estulano. **Novo Código de Trânsito Brasileiro: crimes de trânsito**. Goiânia: Cultura e Qualidade, 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e Contornos do Princípio Contra a Auto-Incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

HONORATO, Cássio Mattos. **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro: Análise das Penalidades e das Medidas Administrativas cominadas na Lei n. 9.503/97**. Campinas: Millennium, 2004.

JESUS, Damásio de. Limites à Prova da Embriaguez ao Volante: a Questão da Obrigatoriedade do Teste do “Bafômetro”. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, nº 28, out./nov. 2004.

JESUS, Damásio E. **Direito penal: Parte geral**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEI N.º 11.705/200, de 19.6.08. Altera a Lei nº 9.503 [...]. DOU de 20.6.08.

LEI N.º 9.503, de 23.09.97. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. DOU de 24.9.97.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 7. ed. São Paulo: Método, 2004.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial, v. IV, Campinas: Millennium, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Humberto Fernandes. Alguns Aspectos sobre a Lei Seca. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, nº 52, out./nov. 2008

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito**. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. A presunção de inocência e a 'Lei Seca'. **Carta Forense**, São Paulo, 4 de ago. 2008. Entrevista.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de trânsito na lei n. 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

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

QUIXADÁ, Luiz Gonzaga; QUIXADÁ, Valquíria Oliveira. **Aplicação do Código de Trânsito Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Medicina legal à luz do direito penal e processual penal: teoria resumida e questões**. Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. RHC nº 25.118. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 4 de mai. 2009. DJE de 08.05.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº 93.916. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de jun. 2008. DJe de 26.06.2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC nº 88.452. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 2 de mai. 2006. DJ de 19.05.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. HC nº 91.654. Ementa: [...] Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 8 de abr. de 2008. DJE nº 211 de 07.11.2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 85.961. Ementa: [...] Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 5 de mar. de 2009. DJE nº 71 de 17.4.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. RHC nº 83.810. Ementa: [...] Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 5 de mar. de 2009. DJE nº 54 de 23.3.2009.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120.** vol. I. São Paulo: Atlas, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 1ª Turma Criminal. Apelação Criminal nº 2005011051925-2. Acórdão nº 322.401. Ementa: [...] Relatora: Des. Gislene Pinheiro. Brasília, DF, 18 set. 2008, DJ 21.10.2008

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Criminal. Habeas Corpus nº. 2009002001791-2. Relator: Des. João Egmont. Relator Designado: Des. Mário Machado. Brasília, DF, 18 de jun. 2009. DJU de 27.07.09.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Turma Criminal. Apelação Criminal nº 20030910022972. Relatora: Des. Nilsoni de Freitas. Brasília, DF, 14 de mai. 2009. DJU de 24.06.200.

VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.