



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**

CLÁUDIO ALÍPIO DA SILVA

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: RECUSA DO TESTE DO BAFÔMETRO
E PROVAS SUBSTITUTIVAS**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

CLÁUDIO ALÍPIO DA SILVA

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: RECUSA DO TESTE DO BAFÔMETRO
E PROVAS SUBSTITUTIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de graduação da
Universidade Estadual da Paraíba, em
cumprimento a exigência para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Rosimeire Ventura Leite

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586e Silva, Cláudio Alípio da.
Embriaguez ao volante [manuscrito] : recusa do teste do bafômetro e provas substitutivas / Cláudio Alípio da Silva. - 2014.
33 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.
"Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Departamento
de Direito Público".

1. Embriaguez. 2. Lei seca. 3. Alcoolemia. 4. Teste do bafômetro. I. Título.

21. ed. CDD 348

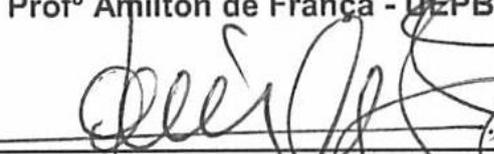
**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: RECUSA DO TESTE DO BAFÔMETRO
E PROVAS SUBSTITUTIVAS**

Aprovado em 25/02/2014.



Profª Drª Rosimeire Ventura Leite - UEPB


Profº Amilton de França - UEPB
Profº Jaime Clementino - UEPB

RESUMO

A lei n.º 11.705, de 19 de junho de 2008, foi publicada com a principal finalidade de reduzir o número de vítimas fatais relacionadas à embriaguez ao volante, impondo punições severas de naturezas administrativas e penais. Este artigo científico tomará por base a apresentação das principais modificações legislativas sobre a “lei seca”, desde sua publicação, analisando o direito vinculado ao condutor de veículo automotor de não produzir provas contra si mesmo (*“Nemo tenetur se detegere”*), bem como as principais garantias constitucionais inerentes ao motorista, e por fim, a postura do legislador em perquirir outros meios de provas admitidas em direito para comprovar o grau de embriaguez tendo em vista a recusa do teste do bafômetro.

PALAVRAS- CHAVE: Embriaguez, lei seca, alcoolemia, teste do bafômetro, provas, capacidade psicomotora.

INTRODUÇÃO

O consumo de álcool na direção de veículo automotor tem sido responsável pelo elevado número de mortes no trânsito. A maioria dos acidentes envolvendo vítimas fatais estão relacionadas diretamente a embriaguez ao volante.

Diante dos elevados e assustadores índices de violência no trânsito, foi publicada Lei Nº 11.705/2008, chamada “Lei Seca”, a fim de alcançar resultados satisfatórios na redução dos acidentes e punir os infratores contra os abusos e desrespeito a própria vida e a incolumidade pública. Desde sua publicação, tem-se verificado a preocupação do governo na mudança no Código de Trânsito Brasileiro, relacionados a embriaguez ao volante.

No decorrer dos anos, através da Lei Nº 12.960/2012 (“nova Lei Seca”), modificou novamente o CTB. Através da técnica legislativa, foi possível a fomentação de novos meios de provas tais como: prova testemunhal, prova de vídeo, prova pericial, preenchimento do formulário dos sinais da alteração da capacidade psicomotora do motorista, etc. Diante abertura dos novos precedentes da colheita da prova, a “nova lei seca” corrigiu as falhas da antiga “lei seca” (Lei Nº 11.705/2008). Anterior as modificações no CTB, através das “Leis Secas”, o nível de álcool no sangue só era comprovada através do exame do bafômetro e exame de sangue.

O problema da aplicação da chamada “Lei Seca”, refere-se a produção de provas. Muitos motoristas, preferem em não dispor da livre e espontânea vontade na colheita de suas informações sobre o nível de embriaguez, alegando que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”. No entanto, a resolução nº. 432 do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN que regulamentou a Lei Nº 12.960/2012, concebeu aplicação as autoridades de trânsito e seus agentes, outros meios de provas capaz de constatar a quantidade de álcool no organismo do condutor.

Neste presente estudo, serão apresentados as principais modificações legislativas no Código de Trânsito Brasileiro referentes ao crime de embriaguez (art.306) através das Leis 11.705/2008 e 12.960/2012, ambas conhecidas como “Lei Seca”.

Serão abordadas as principais garantias constitucionais do motorista quando for instaurado o procedimento administrativo ou criminal, como exemplo, a garantia do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Bem como a garantia da não

produção de provas contra si mesmo em detrimento do constrangimento que alguns motoristas se passavam quando se recusavam em se prontificar para a realização do teste etilômetro e o exame de sangue.

Por fim, serão discorridos as principais características e o procedimento correto dos instrumentos de aferição do nível de álcool do motorista e os vários meios alternativos na produção de provas na comprovação das manifestações do álcool no organismo.

1 BEBIDA ALCÓOLICA E DIREÇÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil é considerado, pelos principais especialistas mundiais, como o 5º (quinto) país mais violento no trânsito, perdendo apenas para países como a Índia, China, Estados Unidos e Rússia. Segundo informações colhidas pelo DATASUS, no ano de 2011 houveram cerca de 44.000 (quarenta e quatro mil) mortes relacionadas ao trânsito¹

No balanço operacional realizado pela Polícia Rodoviária Federal, confirmaram que no ano de 2013, houveram a morte de cerca de 2.350 (duas mil e trezentos e cinquenta) pessoas vítimas da violência no trânsito. No mesmo ano a PRF, realizou 1.523.334 (um milhão e quinhentos e vinte três e trezentos e trinta e quatro) testes de alcoolemias, representando 173 (cento e setenta e três) testes a cada hora. Durante o mesmo ano, 38.079 (trinta e oito mil e setenta e nove), motoristas foram autuados por dirigir sob o efeito do álcool².

Desde 2008, a Lei seca vem cumprindo com sua função social e, acima de tudo, punindo dentro do procedimento legal os motoristas que ainda se obstinam em conduzir o veículo sobre o efeito do álcool.

Não só no Brasil, mas também em outros países, se o condutor for flagrado

¹ FONTE: DATASUS, Ministério da Saúde.

² Balanço Operacional PRF 2013. Disponível em: < <http://issuu.com/ascomprf/docs/balancopr2013>>. Acesso em: 02 jan 2014.

dirigindo sob efeito de álcool, sofrerá severas punições, a título de exemplo, nos Estados Unidos, o limite é de 8 (oito) decigramas por litro de sangue, porém, a multa pode chegar até R\$20.500,00 (vinte mil e quinhentos reais) dependendo do Estado Americano, estando ainda o motorista sujeito a penas alternativas como a prestação de serviços à comunidade, proibição de dirigir durante seis meses e, caso haja vítimas fatais, ficará preso por até dez anos.

No Japão a lei seca é mais rígida. É terminantemente proibida a ingestão de qualquer quantidade de álcool, podendo a multa chegar até R\$ 17.900,00 (Dezessete mil e novecentos reais), a licença para dirigir ser suspensa definitivamente e, dependendo da situação, poderá haver prisão em até 5 (cinco) anos.

Na China o limite máximo permitido é de 8 (oito) decigramas por litro de sangue e, havendo vítimas fatais em casos de acidentes causados por motorista sob ingestão de bebida alcoólica, será decretada a pena de morte. Além do mais, os condutores estão sujeitos a multas e suspensão do direito de dirigir por 5 (cinco) anos.

Na Rússia também é proibida a ingestão de bebida alcoólica em qualquer quantidade, e a depender da situação envolvida no acidente de trânsito, o condutor terá sua licença suspensa em até dez anos. O motorista que for responsável por vítimas fatais deverá ser preso por, no máximo, 20 (vinte) anos³.

Diante ao direito comparado sobre as “Leis Secas” espalhadas por alguns países da América, Europa e Ásia percebemos o quanto as “leis secas” são de fatos mais enrijecidas relacionadas com nossa atual. A violência no trânsito é uma preocupação global e todos os países no mundo têm fomentado suas políticas internas no combate a violência no trânsito, principalmente relacionadas a embriaguez ao volante.

2 INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA E DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR: ANÁLISE DAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS

As modificações legislativas são de grande relevo, porque além de acepilharem

³ LEI seca pelo mundo. Disponível em:< <http://www.semexcesso.com.br/lei-seca-pelo-mundo>>. Acesso em: 02 jan 2014.

os artigos 165, 276, 277 e 306 da Lei nº. 9.303 de 1997 (CTB), externa grande preocupação do legislador na elaboração de uma lei mais rígida, suprimindo as lacunas que porventura existiam anteriormente a reforma e que de fato penalizem o condutor levando até mesmo a decretação de sua prisão em determinadas circunstâncias.

2.1 Lei Nº 11.705/2008

Conhecida por todos como a “Lei Seca”, a Lei n.º 11.705, foi introduzida no nosso ordenamento jurídico em junho de 2008, alterando a Lei Federal n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e, em especialmente, o artigo 165, no qual impôs penalidades administrativas para aqueles condutores flagrados sob a influência de bebida alcoólica.

Com a alteração introduzida pela lei 11.705/2008, o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro passou a vigorar com a seguinte redação:

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

Infração - gravíssima;

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

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

A criação da “Lei Seca”, inaugurada com esta mudança no Código de Trânsito Brasileiro, tornou-se referencial abarcando uma série de medidas administrativas para os condutores que fossem flagrados sob o efeito do álcool.

Quanto às características constantes no CTB anteriores à reforma, o condutor flagrado sob efeito do álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determinasse dependência, responderia a uma infração de natureza gravíssima culminada com uma multa e suspensão do direito de dirigir com prazo de duração

indeterminado. Após a modificação legislativa do art. 165 do CTB, o prazo da duração da suspensão não deverá ultrapassar 1 (um) ano.

A lei permitia uma margem de tolerância de álcool contida no sangue no valor igual ou inferior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. Ultrapassado este valor, a infração administrativa passaria a ser considerada infração criminal, respondendo assim o condutor ao crime de embriaguez ao volante nos termos do seu artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Além disso, o condutor sofreria as demais sanções administrativas previstas no art. 165 do CTB, ou seja, o desconto de 7 (sete) pontos na Carteira Nacional de Habilitação, o pagamento de uma multa de natureza gravíssima no valor de R\$ 957,70 (novecentos e cinquenta e sete reais e setenta centavos, retenção do veículo até a presença de um condutor devidamente habilitado.

Outra modificação de grande pertinência foi relacionado a natureza jurídica do crime de embriaguez. Anterior a reforma da “Lei Seca,” o delito de embriaguez ao volante era revestido de crime de perigo concreto, portanto, era necessário demonstrar um dano potencial à incolumidade de outrem, ou seja, um atropelamento, para ser tipificado nos moldes de art. 306 do CTB.

Após as modificações trazidas pela “Lei seca,” a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante passou a ser crime de perigo abstrato. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Habeas Corpus 155.069/DF, enfatizou ainda mais a nova natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante:

“[...] ‘O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior de que a admitida pelo tipo, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta[...].’

(HC 155.069/RS, 5ªT, Rel. Min. Félix Fisher, 19.012.09)”.

Após as modificações trazidas pela “Lei seca,” a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante passou a ser crime de perigo abstrato. Isso quer dizer que, não se exige mais a comprovação de um dano potencial a vítima, porque este dano passou a ser presumido, bastando apenas a comprovação da redução na segurança viária da vítima.

2.2 Lei Nº 12.760/2012

Em dezembro de 2012, houve uma segunda modificação referente ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, trazendo medidas ainda mais duras para os condutores. Com a reforma introduzida pela Lei nº 12.760/2012, a redação do artigo 306 passou a vigorar com a seguinte redação:

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

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

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora.

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

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

A principal mudança legislativa obtida por meio da Lei 12.760 de 2012, em relação ao artigo 306 do CTB, foi ampliar a possibilidade de aquisição de outros meios de provas. Anterior a reforma, as alternativas para certificar o grau de embriaguez do condutor eram bastante limitadas em disparidade na recusa do condutor no exame do bafômetro.

A postura do legislador de fato, ganhou grandes proporções. A maioria dos condutores, no momento das abordagens policiais, criavam óbices na sua disposição voluntária de realizar o teste do bafômetro e o exame de alcoolemia, visto que, não sentiam-se obrigados.

Após a reforma, o termo “capacidade psicomotora alterada”, passou a fazer parte elementar do tipo. Segundo a professora Vicente Martínez, o termo “significa a

afetação das faculdades psicofísicas de percepção, autocontrole e reação, basicamente, originada pelo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou bebidas alcóolicas⁴.

Isso significa dizer que, além do motorista ter que ingerir bebida alcóolica ou substância psicoativa que cause dependência, acima do limite permitido, é necessário haver alteração de sua capacidade psicomotora. Não havendo alteração da capacidade psicomotora como consequência do consumo do álcool, o crime de embriaguez ao volante não estará configurado, respondendo tão somente a infração de trânsito (art. 165 CTB).

2.3 Resolução Nº 432/2013 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN)

Através do CONTRAN, em janeiro de 2013, houve uma regulamentação da Lei 12.960/2012, modificando as penas administrativas do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, tornando-se a “Nova Lei Seca”, conseqüentemente, umas das mais rígidas leis do mundo. O Brasil compõe o ranking dos 12 (doze) países que aplicam a tolerância zero relacionado à embriaguez ao volante, trazendo uma série de modificações previstas para aqueles motoristas que ainda teimam em dirigir sob o efeito de álcool.

A tendência da técnica legislativa é tornar-se a Lei Seca ainda mais rígida, o legislador a cada ano vem aperfeiçoando a lei a fim de aumentar ainda mais o cerco por meio de imposições de medidas mais duras para os motoristas que dirigem sob o efeito do álcool comprometendo a segurança viária tanto dos demais motoristas como os pedestres.

As principais mudanças dizem respeito ao valor da multa que passou de R\$ 957,70 (novecentos e cinquenta e sete reais e setenta centavos) para R\$ 1.915,40 (hum mil novecentos e quinze reais e quarenta centavos), caso não seja o condutor reincidente.

⁴ VICENTE MARTÍNEZ, Rosário. *Derecho penal de la circulación*. Barcelona: Bosch, 2006, p.185.

Sendo reincidente no crime de embriaguez ao volante prevista no CTB, o valor é elevado para R\$ 3.830,80 (três mil oitocentos e trinta reais e oitenta centavos), além das demais penalidades administrativas já apresentadas, tais como: multa de natureza gravíssima, perda de sete pontos na carteira do motorista, suspensão do de dirigir por 12 meses (com o recolhimento da habilitação) e a retenção do veículo até a presença de condutor habilitado.

Com a alteração trazida pela referida resolução do CONTRAN, o condutor que apresentar qualquer quantidade de álcool no sangue, averiguado em exame de sangue ou apresentar 0,05 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expirado no teste do bafômetro, responderá pelos artigos 165 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro. A tolerância é absoluta relacionada ao exame de sangue e relativa ao teste etilômetro.

O parágrafo único do artigo 276 do CTB enfatiza: “O CONTRAN disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica (Art. 276, parágrafo único da Lei nº 12.760/2012)”. Isso significa que anteriormente à resolução, a tolerância era de 0,1 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, passando agora a 0,05mg/l. Praticamente, tolerância zero.

3 NOTAS SOBRE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO

As garantias constitucionais são atributos vinculados ao Estado Democrático de Direito que garantem a qualquer cidadão uma série de prerrogativas de proteções nas vastas áreas do procedimento administrativo, civil e penal.

As garantias constitucionais revestidas pelos direitos fundamentais da nossa Carta Magna de 1988, estabelece a cima de tudo, a preservação da dignidade da pessoa humana nos exercícios de seus direitos, seja nas garantias criminais preventivas, a exemplo, da plenitude da defesa. Seja nas garantias criminais repressivas, abrangendo a personalização, humanização e individualização da pena, ou nas garantias cíveis, como na impetração do mandado de segurança ou na solução rápida de litígio quando discutidos em juízos.

Estas garantias permitem “expressar os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais” [SILVA, 2002, p. 418]. Através destas garantias, são impostas limitações ao Estado em seu papel coercitivo na prestação jurisdicional ao acusado. A maioria das garantias constitucionais vêm expressas no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

3.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL: Sua origem baseia-se no brocardo de origem inglesa *due process of law* e sua definição legal encontra-se no art. 5º da Carta Magna de 1988, *in verbis*:

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:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Na Convenção de São José da Costa Rica⁵, no art. 8º, a garantia do devido processo legal, fundamenta-se na aplicação de um procedimento justo e igualitário perante um Juiz ou Tribunal, resguardando todos os direitos constitucionais inerentes ao indivíduo.

Art. 8º – “Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁵

O Devido Processo Legal é base de todo o ordenamento jurídico vigente e

⁵ SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.

serve de fundamentos para as demais garantias e princípios constitucionais atribuídas ao cidadão, como exemplo, o contraditório e a ampla defesa, “objetivando trazer um conjunto de garantias constitucionais que , de um lado , asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual, e de outro, legitimam a própria função jurisdicional” [ARAUJO CINTRA, 2012, p. 56], buscando o ideal de justiça.

A maioria dos países democráticos se utilizam do devido processo legal para reger a base de todo o ordenamento jurídico, manifestado a partir da liberdade e do respeito ao cidadão através de um processo justo. Quando a lei cumpre sua função de servir ao interesse público afastando qualquer espécie de abuso de poder ou outro meio que impeça ou dificulte o indivíduo o acesso à justiça, o devido processo legal estará caracterizado.

Esta garantia se manifesta pela limitação imposta ao legislador e ao mesmo tempo assegurando ao cidadão em defesa de seus interesses, o acesso amplo à justiça, através de um processo eficiente, com duração razoável, com boa-fé processual e acima de tudo imparcial.

3.2 DA INAFSTABILIDADE DO JUDICIÁRIO: Garantia constitucional do acesso do cidadão ao Poder Judiciário manifestado através do direito de ação e defesa quando existir lesão ou ameaça de lesão do seu direito. Sua definição legal encontra-se no art. 5º da Carta Magna de 1988, in verbis:

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:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A garantia da inafastabilidade do judiciário, garante o direito de ação a todo o indivíduo quando este direito estiver ameaçado. Garante a participação do Estado na busca da solução mais viável para a composição dos conflitos, pois é, através d’Ele o

poder-dever de atuar quando provocado, através de sua função jurisdicional na aplicação do direito.

Canotilho, nos ensina a importância do indivíduo procurar as vias judiciais com o propósito de:

garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos 'segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado'. Por isso, a abertura da via judiciária é uma *imposição diretamente dirigida ao legislador* no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais⁶.

O Estado jamais poderá se abster tornando-se omissivo e virar as costas ao cidadão. Quando este se sentir prejudicado ou ameaçado por um direito que lhe assiste, o Estado é obrigado a efetivar a prestação da tutela jurisdicional. É um dever inerente a sua função

3.1.3 ISONOMIA PROCESSUAL: Garantia vinculada a todos os indivíduos incluindo homens, mulheres, idosos, jovens, crianças, etc. Seu conceito encontra-se na Constituição Federal no art. 5º da CF/1988, in verbis:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Porém, a igualdade utilizada pela Constituição Federal é a material, ou seja, aquela defendida por Aristóteles, onde a lei deverá tratar os iguais conforme suas igualdades e os desiguais também conforme suas desigualdades. A exemplo disto, o art. 7.º, XVIII e XIX da CF/1988 que trata sobre a licença - maternidade e licença -

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "*Direito constitucional e teoria da constituição*". 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275.

paternidade, ambas com particularidades próprias. A igualdade formal é aquela que todos são iguais perante a lei almejando a paridade de todos os cidadãos ao acesso à lei, sendo vedado qualquer tipo de diferença relacionada à pessoa e ao seu estado.

Neste contexto, Roberto Hertel dissertando sobre a igualdade material afirma que:

Deve-se destacar, ainda, que a atividade do Legislador, por si só, já consiste em uma atividade de distinção, ou seja, de classificação. Assim, o Legislador, naturalmente, já deve conceder um tratamento diversificado em relação às diversas classes sociais. Por exemplo: somente o portador de determinado título acadêmico pode exercer certa profissão. A questão, contudo, não se limita somente ao tratamento diversificado que deve ser concedido pelo editor normativo. Mais do que isso, deve-se analisar os limites e os parâmetros empreendidos nessa classificação. Assim, não basta apenas que a lei trate de forma desigual pessoas em situações desiguais e igualmente pessoas em situações iguais. É necessário que esse tratamento seja razoável, proporcional e justificado.⁷

A igualdade processual, parte do pressuposto de que as partes e seus procuradores, deverão ser tratados de forma igualitária, obedecendo sempre os parâmetros impostos pela lei, a fim de limitar possíveis excessos cometidos por uma parte em detrimento de outra. Desta forma, a igualdade processual garante o equilíbrio entre os litigantes suprimindo certos privilégios.

Não se pode falar em processo ou procedimento quando existem regalias na relação processual. Existem mecanismos que a lei processual se utiliza para evitar tratamento desfavorecido em favor de uma parte, dentre eles a exceção de suspeição e a incompetência do juiz, garantindo ainda mais a isonomia processual entre as partes.

Esta garantia não é absoluta. Em algumas situações, a própria lei estabelece as desigualdades quando perceber que uma das partes ao compor a relação processual é revestida de fragilidades, ou seja, pelo fato de existir grande vulnerabilidade na relação processual, a lei protege ainda mais a parte que compõe o lado mais fraco. A exemplo disso, o tratamento diferenciado que a lei impõe ao

⁷ HERTEL, Daniel Roberto. *Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual*. Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos/7112/reflexos-do-principio-da-isonomia-no-direito-processual>. Acesso em: 01 fev 2014.

consumidor em suas relações de consumo com o fornecedor através do Código de Defesa do Consumidor, afim de proteger ainda mais suas relações de consumo.

3.1.4 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: Ambas garantias possuem forte ligação com o princípio constitucional do devido processo legal, porque na ausência, tanto do contraditório como da ampla defesa, jamais haverá o devido processo legal. São inerentes a todos os tipos de processos e procedimentos contra decisões de ordem superiores através do qual o “princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito. Assim, aplica-se tanto na jurisdição civil e penal, quanto nos procedimentos administrativos”. (PORTANOVA, 2001, p. 146).

As garantias do contraditório e da ampla defesa vêm esculpidas no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, in verbis:

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:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo⁸. O direito de defesa além de ser um direito fundamental expresso na maioria das Constituições, resguarda em âmbito nacional, a liberdade inerente ao indivíduo no atual Estado Democrático de Direito, ao trazer guarita contra os abusos dos *jus puniendi* do Estado nos procedimentos o que o acusado se insere.

A garantia da Ampla Defesa assevera o direito de se defender amplamente sobre o que se discute no processo relacionado ao acusado. Se apoia no brocardo

⁸ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 192.

jurídico *audiatur et altera pars*: a parte contrária deve ser ouvida. O acusado se reveste do direito de defender-se através dos meios de provas admitidas no direito sobre as acusações que estão lhe sendo imputadas no processo.

A ampla defesa se manifesta no âmbito processual quando a parte adversária se defende sobre as declarações impostas sob outra parte seja através da defesa técnica por meio de um defensor dativo ou advogado particular, ou através de sua própria auto – defesa em casos de menor complexidade a exemplo dos procedimentos administrativos. Sempre que o magistrado perceber que o indivíduo ao exercer sua própria defesa em processo de menor complexidade estiver deficiente a ponto de comprometer sua defesa, deverá constituir um defensor a fim de suprir sua ineficiência.

Almeida (2009) argumenta que é forçoso reconhecer que somente haverá ampla defesa processual quando todas as partes envolvidas no litígio puderem exercer, sem limitações, os direitos que a legislação vigente lhes assegura, dentre os quais se pode enumerar o relativo à dedução de suas alegações e à produção de prova.

A garantia constitucional do contraditório integra um meio de defesa vinculado ao indivíduo interagindo em conjunto com a ampla defesa valorando ainda mais a igualdade processual entre as partes em processo litigioso. Neste contexto, Eugênio Pacelli, afirma:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (PACELLI, 2008, p.28).

Partindo do conceito da garantia constitucional do contraditório, Ruano Fernando da Silva explica:

Como a atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos, – sejam fatos, provas, pedidos da outra parte – que sejam importantes para a decisão do conflito. Deixou de ser apenas um elemento para a dialética do processo, para ser a participação efetiva da parte na totalidade do processo (LEITE, 2010).

No âmbito formal do conceito significa em conceder à parte a chance de se manifestar, participar e falar no processo (DIDIER JUNIOR, 2008, p.45). De um modo geral o contraditório pode ser entendido como um direito de defesa inerente a qualquer cidadão nas vias administrativas e judiciais, manifestado através de produção de provas, alegações orais ou qualquer outro meio que rebata e convença a decisão do magistrado na relação processual.

O contraditório gira em torno do convencimento do Juiz, ou seja, não serve a penas para acolher a manifestação da parte e sim modificar a decisão proferida pelo magistrado.

No decorrer do anos o conceito clássico da garantia do contraditório sofreu algumas modificações. Na teoria clássica, o conceito do contraditório funcionava quando determinada parte afirmava algo relacionado ao processo e consequentemente a outra parte rebatia, tornando-se apenas uma verdadeira discursão processual, sem haver necessariamente uma participação pertinente das partes na modificação do convencimento do Juiz

Com a nova regra do conceito do contraditório difundida pela grande parte da doutrina, surgiu a teoria substancial, que garantiu a possibilidade das partes de fato participar modificando o convencimento do Juiz. Através do “poder de influência”, as partes na relação processual, interferindo na decisão do magistrado.

Neste diapasão, Didier Junior explica:

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.⁹

Com isso, tanto a ampla defesa como o contraditório são mecanismo usados pelo

⁹ DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008. p.45

indivíduo para garantir a máxima de efetividade referente ao exercício da plenitude da defesa no relação processual.

3.1.5 DO JUIZ NATURAL: Garantia do acusado de ser processado e julgado pelos tribunais que possuem as competências atribuídas pela nossa Constituição Federal de 1988. Afasta todo o tipo de petulância, parcialidade e excesso no julgamento do acusado, a fim da busca da segurança jurídica e do anseio da justiça no processo de julgamento. Sua definição vem esculpida no art. 5º, incisos XXXVII e LII da CF/1988:

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:

XXXVII- Não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII- Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

A garantia do Juiz Natural e sua aplicação não se limita apenas no âmbito nacional. A Declaração dos Direitos Humanos de 1948¹⁰, descreve a respeito, que em qualquer acusação criminal, é assegurado a independência e a imparcialidade do Tribunal. Pela proteção de uma aplicação jurisdicional imparcial, a garantia do Juiz Natural assegura a proibição dos chamados tribunais de exceções, criados de forma ilegal sem a observância de princípios constitucionais em todos os países democráticos, principalmente no que se refere a garantia constitucional do devido processo legal.

4 DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NO DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

¹⁰ Artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Esta garantia não está expresso em nossa Constituição, porém, é baseado no princípio da presunção de inocência esculpida no art. 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988, onde até que prove o contrário o acusado é considerado inocente.

Esta garantia fundamental vinculada a todos os indivíduos é derivada da Convenção dos Direitos Humanos de 1969 (mais conhecido pelo “Pacto de San José da Costa Rica”), que assegura que toda a pessoa tem “o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”¹¹, ou seja, o pacto veda o acusado de auto se incriminar.

O direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*), possui a natureza jurídica de um direito fundamental e compõe o rol dos direitos da 1ª geração, limitando o poder de investigação do Estado não só na fase processual, como também em instâncias inferiores das diferentes áreas. O acusado de um modo geral fica desobrigado em ajudar a justiça na produção de provas em que o mesmo seja objeto de investigação.

Nesse contexto, segue o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal.

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 02.07.09).

Com a primeira edição da Lei 11.705/2008, muito se vinculou nos principais canais de comunicações se o motorista estaria ou não obrigado em realizar os testes de bafômetro e o exame de alcoolemia. Baseados no adágio de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo,” muitos motoristas revestidos por estas prerrogativas se negavam a assoprar o teste do bafômetro.

¹¹ Artigo 8º, §2º, alínea g do Pacto de San José da Costa Rica.

A polêmica aumentou ainda mais quando a Advocacia Geral da União publicou um parecer interno sobre a obrigatoriedade do teste do bafômetro. Nele, informava-se aos agentes da Polícia Rodoviária Federal que qualquer condutor que se recusasse a fazer o teste do bafômetro ou teste de alcoolemia, sob o argumento de ausência de previsão legal, sofreria as sanções cabíveis, a exemplo do crime de desobediência.

O condutor que se recusar a realizar qualquer um dos procedimentos de testes não responde pelo crime de desobediência e sim pelas sanções administrativas do art. 165 do CTB. Após a alteração trazida pela lei 11.705/2008, o artigo 277 do Código Brasileiro de Trânsito passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

(...)

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

A respeito, Luiz Flávio Gomes explica:

Na prática, alguns delegados estão acreditando que seria cabível prisão em flagrante por desobediência (quando houvesse recusa ao exame de sangue, ao bafômetro ou ao exame clínico). Não é isso, propriamente, o que diz o §3º do art. 277 do CTB. Como se vê, o correto não é falar em desobediência, e sim nas sanções administrativas do art. 165. (GOMES, 2013, p.187).

Diante do exposto, o motorista possui o direito de recusar a fazer o teste do bafômetro e exame de sangue, onde não é obrigado à auto se incriminar, jamais recaindo qualquer tipo de sanção penal ou administrativa. O condutor só responderá pelos procedimentos do caput do art. 277 e parágrafo 3º do CTB, bem como as medidas administrativas do art. 165 do CTB, quando o mesmo se recusar a realizar o exame clínico para atestar seu grau de embriaguez. Luiz Flávio Gomez continua afirmando:

O § 3º que estamos estudando só teria pertinência em relação ao exame clínico. A recusa ao exame de sangue e ao etilômetro não está sujeita a nenhuma sanção. Quando alguém exercita um direito (direito de não autoincriminação) não pode sofrer qualquer tipo de sanção. O que está autorizado por uma norma não pode estar proibido por outra (por força da tipicidade conglobante). Mas mesmo em relação ao exame clínico, como ele não depende da vontade do agente, com ou sem sua anuência ele será feito. (GOMES, 2013, p.188).

Com as mudanças impostas no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento relacionado à ampliação de métodos para se comprovar a influência do álcool no organismo do condutor, reforçando ainda mais a tese que ninguém é obrigado na colaboração de produção de provas para auto se incriminar, entendimento defendido pela Suprema Corte (STF).

Na verdade, os meios de constatação da influência no organismo do condutor, anteriores à reforma do mencionado artigo, só eram aferidos através exame do bafômetro, teste de alcoolemia e exames periciais, havendo após a reforma, a ampliação de outros meios de comprovação da materialidade delitiva.

Luiz Flávio Gomes explica os critérios bastante pertinentes sobre a constatação da embriaguez de acordo com o art. 306 do CTB:

Em primeiro lugar, é dispensável a superação da concentração de álcool disciplinada no art. 306, §1º, I, do CTB para fins de responsabilização penal. Em segundo lugar, como o tipo penal proíbe conduzir anormalmente em razão da influência de álcool, e não simplesmente conduzir com certo nível de álcool no sangue ou se equivalente por litro de ar alveolar, a prova de alcoolemia, por si só, não será suficiente para confirmar a presença da influência e gerar a responsabilidade penal do condutor. Em último lugar, e novamente com a professora espanhola, o decisivo para fins de verificação do novo delito do art. 306 “será a convicção racional do magistrado a partir de todos os elementos destacados, da alteração real da capacidade psicomotora do condutor para fins de realizar uma condução segura com o veículo automotor”. (GOMES, 2013, p.101).

5 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: MEIOS DE PROVAS

A confirmação da alteração da capacidade psicomotora deverá ser obtida mesmo na recusa do teste do bafômetro ou do exame de sangue, não obstante, as

autoridades em suas operações rotineiras de fiscalizações poderão utilizar de outros procedimentos para ratificar que o condutor dirige seu veículo sob a influência do álcool ou qualquer outra substância psicoativa.

O Departamento Nacional de Trânsito foi bastante meritório em aprovar a resolução n.º 432, porque abriu novas fronteiras para se comprovar o grau de embriaguez e punir os infratores de forma enérgica, preservando sempre os princípios que regem o ordenamento jurídico sobre a colheita de provas inerentes a todas as relações processuais, tal como o princípio da ampla defesa e do contraditório.

O princípio do livre convencimento motivado serve também de parâmetro na liberdade que o juiz possui para formar sua convicção sobre a materialidade da prova ora analisada no processo. Seja na decisão favorável ou não, o magistrado deve sempre respeitar o devido processo legal.

5.1 O TESTE ETILÔMETRO

O aparelho utilizado para verificar a concentração do álcool no organismo através de ar expelido pelos pulmões é de origem americana. Em 1954, o médico Robert Borkenstein, foi capaz de criar o aparelho que na época não possuía grande tecnologia comparado com os aparelhos eletrônicos atuais, no entanto, os resultados eram bastante proveitosos.

O teste de bafômetro idealizado por Robert se baseava numa cadeia de reações químicas, onde o teor alcóolico era manifestado através de uma cor que era produzida por meio dessas reações, sendo o procedimento bastante rudimentar.

Com o transcorrer dos anos e, conseqüentemente, do avanço da tecnologia, estes aparelhos foram se tornando gradativamente mais aprimorados, sempre baseados na criação de Robert Borkenstein.

Os aparelhos atuais totalmente eletrônicos possuem um visor digital que medem, numa margem de erro praticamente zero, o teor alcóolico através do ar expelidos pelos pulmões do condutor. Grande parte das pessoas acredita que o bafômetro serve de forma errônea para examinar o hálito do condutor quando na verdade o que se examina é o ar expelido pelos pulmões.

Existem vários tipos de testes de bafômetro utilizados pelas autoridades policiais no mundo todo, contudo, os mais usais e conhecidos são os que funcionam a base de dicromato de potássio e os que funcionam a base de célula de combustível.

No aparelho do bafômetro baseado no dicromato de potássio, o ar se mistura com o ácido sulfúrico, com a água, com o nitrato de prata e com o dicromato de potássio, onde através do ácido sulfúrico o álcool do oxigênio é retirado. Conseqüentemente, desencadeia-se uma nova reação juntamente com o dicromato de potássio produzindo etanol e íons de cromo III.

A principal função do nitrato de prata é servir como um catalizador na reação química. Como os íons de cromo são verdes e o dicromato de potássio alaranjado, caso haja a mudança de cor do dicromato de potássio para uma cor esverdeada, há evidência de álcool no sangue.

O aparelho do bafômetro baseado nas células de combustível funciona da seguinte forma: existe um sensor elétrico no qual sua principal função é aumentar a corrente elétrica quando em contato com o álcool, liberando, conseqüentemente, uma carga de elétrons na reação. Quanto maior a concentração de álcool, maior será a produção de elétrons. Todo esse processo leva a conclusão de que houve quantidade de álcool ingerida no organismo e através do chip que se encontra no interior do aparelho mostra-se a concentração do álcool etílico¹².

No Brasil, as autoridades policiais usam sempre o aparelho de bafômetro baseado na célula de combustível, pelo fato de ser prático. Basta que o condutor assope em um canudo descartável por cerca 4 (quatro) segundos, apresentando-se, logo em seguida, através do sensor no interior do aparelho, as informações necessárias sobre a quantidade de álcool etílico contido nos pulmões.

Os efeitos que o álcool pode trazer em um homem de estatura física normal, com porte de 70 kg que ingere de 3 a 4 copos de cervejas, podem interferir e comprometer seus reflexos, além da vulnerabilidade de ficar mais agressivo e acima de tudo apresentar déficit de atenção e concentração. Comprometendo acima de tudo sua coordenação motora.

¹² HAMANN, Renan. Como Funciona o bafômetro. Tecmundo, São Paulo-SP, 8 maio 2012. Disponível em: <[http:// www.tecmundo.com.br/infografico/23251-como-funciona-o-bafometro-iinfografico-.htm](http://www.tecmundo.com.br/infografico/23251-como-funciona-o-bafometro-iinfografico-.htm)>. Acesso em: 09 fev 2014.

5.2 EXAME DE SANGUE

Consiste no procedimento de aferir a quantidade de decigramas de álcool por litro de sangue do motorista. A lei é bastante clara e considera crime o condutor que for flagrado dirigindo numa quantidade superior a seis decigramas por litro de sangue respondendo de acordo com o art. 306 do CTB.

O teste do bafômetro e o exame de sangue são os mais importantes para se comprovar o teor alcóolico do motorista. Inclusive, o STJ já se manifestou a respeito por meio de uma publicação de recurso especial n.º 1.111.66/DF¹³, sobre a necessidade da comprovação da materialidade delitiva em juízo por algum dos referidos testes.

5.3 SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Baseia-se no preenchimento de formulário em que a autoridade comprovará se o condutor manifesta sinais visíveis de sua alteração psicomotora, trazendo informações pertinentes, tais como, os dados pessoais do motorista, dados do veículo, o órgão encarregado da fiscalização e, sobretudo, os conjuntos de sinais de indicações do uso do álcool (sonolência, olhos vermelhos, vômito, desordem nas vestes, soluços, sonolência, odor de álcool no hálito etc.), além das mudanças comportamentais como agressividade, arrogância, exaltação, ironia etc.

Esses conjuntos de sinais de alteração da capacidade psicomotora não são suficientes para caracterizar o crime de embriaguez ao volante, se ainda o condutor, em razão deles, conduzir seu veículo de forma totalmente normal. Neste contexto, Luiz Flávio Gomes ensina:

¹³ “[...] a Lei Seca trouxe critério objetivo para a caracterização do crime de embriaguez, tipificado pelo art. 306 do CTB. É necessária a comprovação de que o motorista esteja dirigindo sob a influência de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue. Esse pode ser atestado somente pelo exame de sangue ou pelo teste do bafômetro segundo definição do Decreto 6.488/08, que disciplinou a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os dois testes.” (STJ. 3ª Seção. Rel. Acórdão Des. Conv. Adilson Vieira Macabu. REsp. n. 1.111.566/DF. j. em 28.03.2012).

Estes sinais próprios de quem ingeriu álcool ou fez uso de drogas deverão influenciar a condução do veículo automotor caracterizando com potencial perigo aos bens jurídicos tutelados. (...) Neste sentido, por exemplo, deve-se verificar a inconstância no modo de dirigir, desrespeito às faixas de sinalização na pista, o zigue-zague, a aceleração demasiada, lentidão injustificada, parar sem justificativa na pista, mudar bruscamente de faixa sem finalizar, avançar os sinais fechados, dirigir pelo acostamento, conduzir a noite com os faróis do veículo desligados, entre tantas outras possibilidades de condução anormal. (GOMES, LUIS FLÁVIO. 2013. p.70-71).

Portanto, o condutor só responderá de acordo com o art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, quando houver a mudança na sua capacidade psicomotora e desde que não esteja dirigindo de forma anormal (velocidade a cima do permitido, freadas bruscas, evadindo a contramão, subindo calçadas, etc.) influenciado pelo álcool ou substância psicoativa. Caso não seja caracterizados estes procedimentos, o condutor será autuado no crime de embriaguez ao volante.

5.4 O EXAME CLÍNICO

Fundamenta-se na preparação de um laudo pericial expedido por um médico legista, onde o motorista será avaliado de acordo com os vestígios do consumo exagerado do álcool ou substâncias psicoativas.

Esse tipo de exame é obrigatório e jamais o motorista poderá se abster de prontificar-se em realizar o exame clínico, sendo conduzido coercitivamente caso haja alguma resistência, além de sofrer as demais sanções administrativas do §3º do art. 277 do CTB¹⁴.

5.5 A PROVA TESTEMUNHAL, A PROVA DE VÍDEO OU QUALQUER OUTRO MEIO DE PROVA ADMITIDO EM DIREITO

¹⁴ § 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.

A prova testemunhal se respalda na colheita, em juízo, dos depoimentos das autoridades de trânsito que autuaram o motorista, bem como as pessoas que presenciaram toda a fiscalização policial, desempenhando um excelente papel no momento em que os vestígios do teor alcóolico ao desaparecerem no organismo do motorista, serão supridas através da prova testemunhal.

A prova testemunhal é mais importante do que o próprio exame de corpo de delito. A respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou que:

É sabido que a melhor prova do estado de embriaguez é a testemunhal, já que informa as condições físicas do indivíduo embriagado, muito conhecidas

pelo andar inseguro, as palavras incoerentes e confusas. Daí porque já pronunciou a jurisprudência que, entre a prova pericial, concluindo pelo estado de embriaguez, e a testemunhal, afirmando não estar o agente embriagado, deve prevalecer esta última sobre aquela. (TACrimSP - AC - Rel. Albano Nogueira - RT 575/396)".

Desta forma, além dos depoimentos prestados pelos policiais, é necessário anexar aos autos o boletim de ocorrência sobre o procedimento adotado na diligência, colhendo todas as informações possíveis, a exemplo da tomada do depoimento do condutor, das pessoas que presenciaram a fiscalização, da disposição ou não do motorista em realizar o teste do bafômetro e a percepção por parte dos policiais que o condutor estava com sinais de sua capacidade psicomotora alterada.

A prova de vídeo também possui grande prestígio, porque através de câmeras instaladas no trânsito a exemplo, das câmeras instaladas nos semáforos ou em prédios particulares, são capazes de provar a condução anormal do veículo automotor

É possível também a colheita de provas por meio vídeo, produzidos pelos próprios policiais quando suas viaturas disponibilizam em suas funções rotineiras a gravação de suas abordagens. Os vários tipos de filmagens obtidas pelas autoridades policiais vão servir de contraprova caso haja resistência por parte do motorista em juízo, relacionada à comprovação da materialidade do crime de embriaguez ao volante.

O CONTRAN por meio de sua resolução n.º432/2013 admitiu a produção de outros meios de provas admitidas em direito para atestar o grau de embriaguez

do condutor, sempre respeitando os princípios constitucionais e as leis processuais.

Com isso, o legislador aumentou ainda mais as possibilidades de se obter outros meios de provas como, por exemplo, exame na saliva do motorista bastante usada na Alemanha pelas autoridades, bem como exame da urina. A própria confissão do condutor também servirá de prova e a prova pericial, onde através da técnica laboratorial é capaz de chegar à conclusão sobre o consumo do álcool ou substâncias afins.

CONCLUSÕES

A drástica combinação de bebida alcóolica com a direção tem sido responsável por milhares de mortes todo ano, isso tem chamado atenção do governo na criação de campanhas de conscientização difundidas em rede nacional pelos principais veículos de comunicações. Tem-se alertado toda a sociedade sobre a violência no trânsito relacionada à embriaguez ao volante.

Preponderante também, o papel desempenhado pelas autoridades de trânsito, que vêm intensificando as blitz em locais estratégicos a fim de punir estes condutores irresponsáveis.

Neste cenário, a Lei n.º 11.705 de 2008 criou os meios de punições para os infratores que fossem flagrados dirigindo veículo automotor sob o efeito do álcool, como a perda de 7 (sete) pontos na carteira, retenção do veículo, aplicação de multa e etc. Aclamando aos apelos da população, foram feitas outras alterações no Código de Trânsito Brasileiro através da Lei n.º 12.760/2012 e da Resolução n.º 432 do CONTRAN que enrijeceram ainda mais as penas do infrator, levando inclusive à prisão.

Na prática, muitos motoristas no ato da abordagem se negam em assoprar o teste do bafômetro invocando o direito de não ser obrigado a auto se incriminar, baseado em garantias constitucionais.

No entanto, o Estado não pode agir em função da vontade do motorista. O legislador na necessidade da elaboração de outros meios de provas, em detrimento da recusa do teste do bafômetro, aumentou o rol das provas admitidas em direito,

objetivando aferir o grau de embriaguez do motorista. Ressalta-se o papel desempenhado pelo Estado em suas fiscalizações devendo atender às observâncias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Os testes corriqueiros (teste do etilômetro e alcoolemia) são sem dúvidas os mais importantes principalmente pela sua rapidez nos resultados. Contudo, havendo resistência por parte do motorista, as autoridades deverão utilizar a prova testemunhal, os sinais da alteração da capacidade psicomotora, os vídeos, o exame clínico ou outras produções de provas admitidas no direito, hábeis para comprovação do teor alcóolico.

Grandes são os desafios ainda a serem percorridos, todavia, o legislador já encontrou parte dos mecanismos usados na conscientização e punição dos motoristas a respeito dos riscos que o álcool trás quando consumido de maneira indiscriminada.

ABSTRACT

Law 11.705 of 2008 was published as main purpose to reduce the number of fatalities related to drunk driving, imposing severe punishments of administrative and criminal natures. This research paper will be based on presenting the main legislative changes on "dry law" since its publication, analyzing the right linked to the driver of a motor vehicle not produce evidence against himself ("Nemo tenetur if detegere"), outlining the main terms constitutional inherent to the driver finally analyzing the posture of the legislature to assert in other ways to be admitted in evidence to prove the right degree of drunkenness over the refusal of the breathalyzer test.

KEYWORDS: Drunkenness, Prohibition, BAC, breathalyzer test, tests, psychomotor ability.

REFERÊNCIAS

_____. Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo. Brasília, DF, 16 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 15. Jan. 2014.

_____. Lei nº 12.760, de 20 de setembro de 2012. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo. Brasília, DF, 20 dez, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo. Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 15 jan 2014.

_____. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução n. 432 de 23 de janeiro de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolucao/20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolucao/20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 16 jan 2014.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo. **Breves Anotações do princípio da ampla defesa**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3166>>. Acesso em 18.fev.2009.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Direito constitucional e teoria da constituição"**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275.

Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt. **Nova Lei Seca: Comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

HAMANN, Renan. **Como funciona o bafômetro**. Tecmundo, São Paulo-SP, 8 mai 2012. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/infografico/23251-como-funciona-o-bafometro-infografico-.htm>>. Acesso em: 09 fev 2014.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4.ed. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo : Malheiros, 2002.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosário. **Derecho penal de la circulación**. Barcelona: Bosch, 2006, p. 185.