

MEIOS DE PROVA NA LEI SECA

Thales Marques da Silva¹

Sandresson Menezes²

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática que envolve os meios de prova utilizados para comprovar, se o condutor ingeriu bebida alcoólica e em seguida dirigiu. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que até a devida alteração da lei, somente o teste do bafômetro e o exame de sangue podem comprovar a embriaguez do motorista para desencadear a ação penal. Esta decisão considerou inadmissível outros meios de prova para constatar embriaguez, como por exemplo, a prova clínica e a testemunhal. Analisando o início da Lei Seca no Brasil em seu contexto histórico, comparando os efeitos da referida lei em outros países, quais as penalidades advertidas aos condutores infratores e seus efeitos que refletem em uma sociedade mais organizada e com baixos índices de acidentes de trânsito. A metodologia utilizada deu-se através da pesquisa bibliográfica com análise da legislação e jurisprudência brasileira junto com o método dialético. Para provar que o condutor do veículo esteja dirigindo sob o efeito do álcool, não basta apenas realizar testes de bafômetro e/ou exame de sangue, deve haver outras medidas que atestem para ser desencadeada a ação penal, coibindo os motoristas que praticam este ato.

Palavras-chave: Prova; Embriaguez; Penal.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.
E-mail: thales_marques_ms@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.
E-mail:sandresson1@hotmail.com

MEANS OF EVIDENCE LAW IN DROUGHT

ABSTRACT

This article discusses the problems involved in the evidence used to prove, if the driver consumed alcohol and then drove. The Supreme Court decided that due to the change in the law, only the breathalyzer test and blood test can prove the intoxication of the driver to initiate criminal action. This decision considered inadmissible other evidence to verify drunkenness, for example, the clinical evidence and witnesses. Analyzing the onset of Prohibition in Brazil in its historical context, comparing the effects of that law in other countries, which the penalties for drivers warned offenders and their effects are reflected in a more organized and with low rates of traffic accidents. The methodology used was made by the literature review with analysis of the Brazilian legislation and case law with the dialectic method. To prove that the vehicle operator is driving under the influence of alcohol, not enough testing of breathalyzer and / or blood test, there must be other measures that attest to be triggered the criminal case, deterring drivers who practice this act.

Keywords: Evidence; Drunkenness; Criminal. .

1. INTRODUÇÃO

O código de trânsito brasileiro, no seu artigo 306, relata que ao conduzir veículo em via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (atualmente reduzido para 0) decigramas, a pena é de detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir o veículo automotor. O parágrafo Único deste artigo relata que o Poder Executivo federal poderá estipular a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para que caracterize crime tipificado. Porém, recentemente o Superior tribunal de Justiça decidiu que apenas o teste do bafômetro e exame de sangue pode comprovar a embriaguez do motorista. Muitas são as problemáticas que envolvem o indivíduo a recusar-se realizar tais testes. Pois, há um princípio constitucional que diz: “Ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”. Este princípio dificulta os agentes fiscais da lei, a coibir os condutores que trafegam sob o efeito do álcool, uma vez que os mesmos se negam a realizar os testes.

A matéria é de interesse multidisciplinar o qual envolve várias polêmicas sobre a Lei Seca quando se fala dos meios de prova. Portanto, são necessários requisitos para

desencadeamento da ação penal e determinar quais as consequências jurídicas do motorista flagrado conduzindo o veículo com índices de álcool no sangue.

Para comprovar que o motorista ingeriu bebida alcoólica, não basta apenas à realização de teste do bafômetro e exame de sangue, deve haver outras medidas que possibilitem a comprovação de que o indivíduo bebeu tais como provas testemunhais, vídeos, fotos, teste de equilíbrio, dentre outros. Desta forma, é necessário o estudo na legislação que consiste o Código de Transito Brasileiro e a Constituição Federal e averiguar como esta lei é aplicada nos Tribunais no caso concreto.

1. A “LEI SECA” E SEUS ASPECTOS

Em 16 de janeiro de 1920, entrou em vigor a 18ª Emenda Constitucional dos Estados Unidos que tinha como objetivo combater o alto índice de criminalidade e violência no país, passando a proibir o varejo, a fabricação, o transporte, a importação e a exportação de bebidas alcoólicas. Dessa forma essa proibição genérica estabelecida pela emenda acima citada ficou conhecida mundialmente como “Lei Seca”.

A partir de então, qualquer forma de restrição estatal, ainda que pontual ou mínima relativa à comercialização de bebida alcoólica receberia tal apelido (COUTO, 2008).

No Brasil, a Lei nº 11.705/08 de 19 de julho de 2008, proibiu em seu artigo 2º a comercialização varejista de bebidas alcoólicas na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos a essa faixa com acesso direto à rodovia, onde podemos observar:

Art. 2º da Lei nº 11.705/08: São vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, à venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.

Com a proibição à respeito da comercialização, a Lei nº 11.705/08 em seu artigo 1º inclui também o consumo de bebida alcoólica pelos motoristas, determinado a tolerância 0 (zero) de álcool no sangue.

“Art. 1º. Esta Lei altera dispositivos da Lei n. 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, [...]”

Podemos observar que o principal objetivo desta lei é reduzir a elevada incidência de acidentes de trânsito com feridos e mortes, que tem se tornado questão de segurança e de saúde pública. De acordo com a Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (Abramet), a utilização de bebidas alcoólicas é responsável por 30% dos acidentes de trânsito. E metade das mortes, segundo o Ministério da Saúde, está relacionada ao uso do álcool por motoristas. Diante deste cenário preocupante, a Lei 11.705/2008 surgiu com uma enorme missão: alertar a sociedade para os perigos do álcool associado à direção. A adoção da lei refletirá de forma mais eficaz contra os condutores infratores que insistem em dirigir sob a influência do álcool.

1.1 A “LEI SECA” EM OUTROS PAÍSES

No Japão, a Lei Seca vem sendo cada vez mais severa. Com a intenção de reduzir o número de mortes relacionadas ao álcool e direção, em junho de 2002 o governo japonês aprovou uma lei de trânsito rodoviário contra o álcool deficiente condução. A lei reduziu o teste de álcool admissível respiração 0,25-0,15 mg/l e concentração de álcool no sangue de 0,05% a 0,03%, aumentando o valor da multa de 50 000 para 500 000 Yen, e os pontos na carteira de motorista que foram severamente imposta. Além disso, se passageiros entrarem no veículo com motorista alcoolizado, podem acabar presos.

Com essa medida, os números de morte decorrente de acidente de trânsito reduziu para 32%, uma redução significativa após da aprovação da nova lei. Agindo de forma responsável e sabendo que não tem como escapar das rigorosas punições, cresce positivamente a segurança no trânsito.

Nos Estados Unidos, as leis de trânsito também são bastante rigorosas. Em 48 de 50 Estados, o motorista que for flagrado dirigindo alcoolizado, pode ser julgado como criminoso.

No Estado de Iowa (EUA), por exemplo, um jovem de 22 anos foi condenado a 50 anos de prisão por ter atropelado e matado quatro pessoas em agosto de 2010, quando dirigia embriagado. O nível de álcool no sangue do jovem no momento do acidente era quatro vezes mais que o permitido naquele Estado.

Outro caso é a reincidência. O país tem investido em leis mais rigorosas para evitá-la. Um dos casos de bastante repercussão é de um homem de 51 anos que foi flagrado nove vezes dirigindo embriagado pelo Estado de Nova Iorque (EUA). Em junho de 2011, ele recebeu a condenação de no mínimo 15 anos de prisão, caso não tenha bom comportamento poderá passar o resto da vida preso.

Nova Iorque (EUA) adotou um aparelho que só permite que o motor do automóvel funcione depois que motorista sopra o bafômetro. Este aparelho é instalado nos veículos daqueles que foram flagrados dirigindo com álcool no sangue acima do limite. O custo da instalação é equivalente a R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais) e fica por conta do motorista. A medida adotada vem sendo eficaz. No Estado os números de mortes em acidentes de trânsito reduziram para 25% em cinco anos.

2. MEIOS DE PROVA

São muitas as polêmicas quando o assunto são os meios de prova. Neste ano, o Senado Federal aprovou a projeto de Lei no Senado de 16 de fevereiro de 2011 que amplia a possibilidade de provas de condução de veículo sob efeito de álcool no âmbito da Lei Seca. Esse projeto foi uma reação ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu de que só é possível punir o motorista se houver comprovação do consumo de álcool por meio de exame de bafômetro ou de sangue. Usando o princípio da autoincriminação, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a promover provas contra si, a lei seca ficou inviabilizada com a posição do judiciário.

Esse é o caso concreto onde o Ministério Público do Distrito Federal interpôs recurso no Superior Tribunal de Justiça, quando se opôs a uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que acabou beneficiando um motorista que não se submeteu ao teste do bafômetro, porque na época o exame não foi oferecido por policiais. O motorista havia se envolvido em um acidente de trânsito em março de 2008, quando a Lei Seca ainda não estava

em vigor, e na época foi conduzido ao Instituto Médico Legal, onde um teste clínico atestou o estado de embriaguez.

O Ministério Público denunciou o motorista com base no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, porém conseguiu o trancamento da ação penal, através de um habeas corpus, alegando que não ficou comprovada a concentração de álcool exigida pela nova redação da norma trazida pela Lei Seca. O tribunal do Distrito Federal entendeu que a lei nova seria mais benéfica para o réu, por impor critério mais rígido para a verificação da embriaguez:

“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”.

Devendo por isso ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência.

A decisão da Terceira Seção negou provimento ao recurso do Ministério Público do Distrito Federal, argumentado pela maioria dos ministros que a Lei Seca trouxe critério objetivo para a caracterização do crime de embriaguez, tipificado pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. É necessária a comprovação de que o motorista esteja dirigindo sob influência de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue. Essa quantidade pode ser atestada somente pelo exame de sangue ou pelo teste do bafômetro, segundo definição do Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008, que disciplinou a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os dois testes.

A Ministra Maria Thereza ao definir sua tese afirmou que “Se o tipo penal é fechado e exige determinada quantidade de álcool no sangue, a menos que mude a lei, o juiz não pode firmar sua convicção infringindo o que diz a lei”.

O desembargador Macabu ressaltou que é constitucional o condutor se recusar a se submeter ao teste de alcoolemia, tanto o bafômetro, quanto o exame de sangue, resguardado sob o princípio da não autoincriminação, que de acordo com o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Com a objetividade artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o douto magistrado considerou inadmissível a possibilidade a utilização de outros meios de prova ante a recusa do motorista em colaborar com a realização de exame de sangue ou bafômetro.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por maioria dos votos decidiu que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista.

Diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça, o projeto aprovado pelo Senado Federal tem a intenção de permitir que condutores que se recusarem a fazer o teste do bafômetro também possam ser enquadrados e punidos criminalmente. A proposta prevê o uso de vídeos, fotos, prova testemunhal e "outros meios de prova em direito admitidos" como forma de comprovar a condução de veículo com a "capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência".

Além de ampliar os meios de prova para punir os motoristas que forem flagrados dirigindo sob o efeito de álcool, também foi dobrado o valor da multa para esse tipo de infração que passa de R\$ 957,00 (novecentos e cinquenta e sete reais) para pouco mais de R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais). A punição ainda pode dobrar mais uma vez se o condutor cometer a mesma infração no período de 12 (doze) meses. O objetivo é reduzir o número de acidente de trânsito.

3. SANÇÕES

As penalidades administrativas cominadas no preceito secundário do Código de Trânsito Brasileiro refletem em uma resposta punitiva bastante severa. Principalmente, as de natureza de Direito Administrativo e a aplicação de forma cumulativa destas sanções.

De acordo com Moreira (2008, p. 34),

As normas são seguidas e aceitas pelas nações por dois motivos principais: a percepção dos benefícios que a norma trará, para os indivíduos e a sociedade, e o receio com relação às sanções previstas. No Brasil, a alcoolemia zero para os condutores de veículos foi aceita principalmente pelos benefícios que tem demonstrado cotidianamente, desde 19 de junho de 2008. Para a população, a Lei 11.705 não só “pegou”, ela também se transformou num “bem público”, algo com que já contamos para nos proporcionar um trânsito mais digno e seguro.

As sanções impostas para os condutores que dirigirem sob influência de álcool, está exposto no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro. Vejamos:

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.

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

O artigo acima citado é de caráter administrativo de modo que a administração pública se reveste de competência para delimitar e impor regras de aspecto geral, com aplicação de sanções administrativas e multas pela ação ou omissão do prescrito na norma.

No artigo 276 observa-se quando estabelece qualquer concentração de álcool por litro de sangue, o condutor está sujeito às penalidades previstas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, respeitada a margem de tolerância (zero), isto é, se o condutor ultrapassar a margem de tolerância, será sempre penalizado administrativamente, mas dependendo do nível, também poderá ser penalizado criminalmente. Vejamos o artigo 276 na íntegra:

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.

No artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, em seu parágrafo 3º, foram interpostas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 do mesmo código, ao condutor que venha negar a se submeter aos procedimentos que comprove a embriaguez. Vejamos tal artigo e seu parágrafo terceiro:

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.

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§ 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.

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que trata dos crimes de trânsito, mais especificamente da embriaguez ao volante, recebe nova redação conforme se extrai abaixo:

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:

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.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Analisando o artigo, entendendo-se que a conduta da embriaguez ao volante, se amolda à tipificação prevista no art.306 do Código de Trânsito Brasileiro, quando o motorista está dirigindo o veículo embriagado, na via pública (ruas, avenidas, estradas, rodovias, caminhos e similares aberto à circulação pública, e estando comprovada a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. Afirma-se que é categórico a quantificação determinada na lei, sendo necessária a quantidade completa e específica de álcool no sangue, sem a qual não há como desencadear a ação penal.

Duas, portanto, as hipóteses identificadas:

Na primeira hipótese, para que se tenha por autorizada a persecução criminal será imprescindível produzir provas técnicas indicando que o agente, na ocasião, se colocou a conduzir a conduzir veículo na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. O dispositivo penal aqui é taxativo no que tange à quantificação de álcool por litro de sangue para que se tenha por configurada a infração penal, e tal apuração só poderá ser feita tecnicamente, de maneira que a prova respectiva não poderá ser suprimida por outros meios, tais como exames clínicos ou prova oral. Na segunda hipótese estará configurado o crime quando o agente se colocar a conduzir veículo na via pública sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Sob tais condições, para a persecução penal não é imprescindível prova pericial, sendo suficiente a produção de prova oral. (MARCÃO, Renato, 2009, p.160).

4. EFEITO DA “LEI SECA” SOB A SOCIEDADE

Para ter resultados cada vez mais positivos no trânsito brasileiro, são necessárias quatro medidas. Quais são: conscientização, prevenção, fiscalização e punição. Todavia, à medida que demonstra maiores resultados é a punição, haja vista que acomete o financeiro do cidadão brasileiro. Vejamos:

A conscientização: como o nome já diz, é feita para conscientizar o motorista por meio da educação no trânsito, porém, pouco se tem feito, haja vista que a educação, como fator de socialização, não recebe o cuidado necessário do Estado. A preocupação nos dias atuais é com os novos condutores, para que tenham consciência e optem por uma vida mais segura, evitando que ocorram acidentes fatais.

A prevenção: é feita por meio das campanhas publicitárias, como vem sendo a anos há anos, não obtém grandes resultados, sendo que para cada campanha publicitária de conscientização, existem várias incentivando que beber torna a vida mais fácil e útil.

Salienta-se que, as campanhas publicitárias apresentadas por empresas que produzem bebidas alcoólicas influenciam muito o consumo, para se uma noção, foi constatado que para cada anúncio de bebida alcoólica divulgado por mês, cresce 1% na média de drinques consumidos. Além disso, o Brasil é um dos países com o valor mais baixo em se tratando de bebidas alcoólicas, facilitando a comercialização e incentivando desta forma o consumo de bebidas alcoólicas.

A fiscalização: tem por objetivo fiscalizar se a lei está sendo cumprida, por meio de uma maneira eficiente. Porém, a falta de recursos humanos, qualificação e de equipamentos deixa a desejar uma fiscalização adequada e consistente.

A punição: é a única solução apresentada pelos Estados para os problemas no trânsito, que são as punições mais severas, com isso os índices de acidentes têm diminuído de forma positiva.

“O Brasil, comparando com outros países, é um dos países com maior índice de mortes no trânsito. Atualmente, 40 mil pessoas morrem no Brasil (AUAD FILHO, 2008)”.

A segunda maior causa de mortes por fatores externos no Brasil é a violência no trânsito, ficando atrás apenas para o homicídio. Ressalta-se que o DENATRAN em 2009 realizou publicou suas pesquisas realizada e que ocorrem mais de 350 mil acidentes nas ruas e estradas brasileiras com um saldo se: 33 mil mortos e mais de 400 mil feridos (DENATRAN, 2009).

Segundo levantamento do Ministério da Saúde divulgado em 18 de junho de 2010, as mortes provocadas por acidentes de trânsito reduziram 6,2% no período de 12 meses após a entrada em vigor da Lei Seca. Esse levantamento foi comparado com o ano de 2009.

Para estancar a tendência de crescimento de mortes no trânsito, era necessária uma ação enérgica. E coube ao Governo Federal o primeiro passo, desde a proposta da nova legislação à aquisição de milhares de etilômetros. Mas para que todos ganhem, é indispensável à participação de estados, municípios e sociedade em geral. Porque para atingir o bem comum, o desafio deve ser de todos.

5. ACERTOS E EQUÍVOCOS

Após a Lei Seca ter entrado em vigor, foi reduzida de 2,1% em 2007 para 1,4% em 2008 a frequência de pessoas que dirigem após ter consumido algum tipo de bebida alcoólica. Porém, houve um aumento de 1,7% em 2009. Mesmo com esse aumento, ainda continua o inferior ao índice apontado em 2007.

Como as pessoas do sexo masculino são as que mais consomem bebidas alcoólicas, no ano de 2007, 4,1% era a porcentagem de confirmação de homens que dirigiam após ter ingerido bebida alcoólica. Em 2008, esse índice reduziu para 2,8%, sendo que no ano de 2009 aumentou para 3,3%.

Porém, no Estado do Rio de Janeiro, no período de abril a agosto de 2009, houve uma redução de 2.477 mortes em relação ao mesmo período do ano de 2008. Em São Paulo, a SAMU registrou uma redução de 30% nos casos de traumas. No Brasil, a quantidade de motoristas flagrados embriagados caiu de um em cada seis, para um em cada quarenta.

Quando o Superior Tribunal de Justiça decidiu que somente exame de sangue e etilômetro, também conhecido como bafômetro, podem comprovar o crime de embriaguez ao volante. Com essa decisão a Câmara dos Deputados aprovou um texto de lei para criminalizar a embriaguez ao volante. Vejamos o novo texto que constitui crime:

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

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

I – concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de aralveolar; 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.”

A interpretação do referido texto pode trazer problemas, pois amparado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça e no texto constitucional, o motorista não é obrigados a fazer prova contra ele mesmo, que no caso seria se submeter ao exame de sangue e etilômetro (bafômetro). Nessas duas primeiras situações, para comprovar a concentração de álcool no sangue, exige-se necessariamente a prova do exame de sangue ou etilômetro. Caso o motorista recuse estes exames, restam apenas “os sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora”. Esses sinais serão definidos pela norma do CONTRAN, que provavelmente a norma vai discorrer sobre a primeira situação. Quais são: voz pastosa, dificuldade de deambulação, ideias confusas etc.

Seguindo a literalidade do texto de lei, o tipo retrata uma hipótese de periculosidade presumida, que pelo ponto de vista do direito penal da ofensividade, é abominável. Dessa forma, pelos sinais indicativos, fica presumida a alteração da capacidade psicomotora. Em contrapartida, pela literalidade, não se exige uma condução anormal, como dirigir em zigue-zague etc. de início, a alteração da capacidade psicomotora é presumida. Em seguida se presume um perigo (abstrato). Com a devida vênia, o texto viola o princípio da ofensividade.

Ao produzir o texto da lei, o legislador brasileiro falhou em querer fazer outros meios de prova para consistir o crime, independentemente de qualquer grau de alcoolemia, haja vista que não se pode esperar que o motorista alcoolizado colida o carro, atropеле alguém, ou

mate terceiros. Apenas, para que a lei seja executada de forma positiva, o correto seria exigir um fato objetivo concreto, como dirigir de forma anormal que revele a “influência” do álcool, outras substâncias ou a alteração da capacidade psicomotora. Não é necessário para haver vítima concreta tampouco qualquer tipo de dano. O crime é de perigo para a segurança viária.

No novo texto da lei, o crime exige “alteração da capacidade psicomotora”. Nem sempre a embriaguez afeta a capacidade psicomotora. Para gerar os 6 decigramas de álcool por litro de sangue, basta tomar dois copos de chope. Na maioria dos motoristas, com essa quantidade de álcool, continuam absolutamente lúcidos.

Dessa forma, o motorista, de forma explícita, pode solicitar a contraprova. Tendo em vista que há uma brecha existente se alegar: há embriaguez, mas não alteração na capacidade psicomotora.

6. ABUSOS E IMPUNIDADE

Infelizmente o legislador não atentou para os mecanismos necessários para a lei ser aplicável com êxito e o resultado é a impunidade de motoristas bêbados, que provocam danos materiais e mortes de pessoas inocentes. Diversas vezes os motoristas acham brechas na lei e continuam bebendo e dirigindo.

Para dar continuidade a impunidade existe escritórios de advocacia especializados em recursos de trânsito que se comprometem a manter o motorista infrator dirigindo. Segundo é noticiado, o entrave a garantir a impunidade está nos morosos mecanismos de análise e no exagerado número de recursos disponíveis para o infrator procrastinar a punição que, além da multa em pecúnia, tem a apreensão da carteira de motorista e a suspensão do direito de dirigir veículos automotores.

Outro fato que contribuiu para o abuso e a impunidade nas leis de trânsito foi o caso em que teve mãe e filha foram mortas no dia 17 de setembro de 2011, vítimas de um atropelamento por um carro em alta velocidade, em São Paulo/SP. O motorista, Marcos Alexandre Martins atropelou as duas mulheres que estavam caminhando pela calçada.

Quando os policiais chegaram no local do acidente, Marcos se recusou a fazer o exame do bafômetro, mas fez exame de sangue. No Boletim de Ocorrência, testemunhas afirmam que ele estava completamente embriagado.

O tribunal de justiça de São Paulo relaxou sua prisão. Conforme a decisão do juiz Emanuel Brandão Filho, Marcos Alexandre Martins está livre do pagamento de fiança, mas terá que cumprir outras medidas. Ele responderá por homicídio doloso, aquele que há intenção de matar.

As medidas que Marcos enquanto aguarda as investigações do acidente e futuro processo judicial, está proibido de dirigir, comparecer a cada trimestre em juízo para informar e justificar suas atividades, não poderá acessar ou frequentar bares, boates e outros locais onde são comercializadas bebidas alcoólicas, está proibido de se ausentar da Comarca, salvo expressa autorização do juízo, e deverá ficar recolhido em sua casa à noite.

7. JURISPRUDÊNCIA

Citam-se casos onde um condutor foi flagrado cometendo o crime de embriaguez ao volante:

HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. REALIZAÇÃO DE EXAME DE AR ALVEOLAR PULMONAR. PRESCINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL ESPECÍFICO. ORDEM DENEGADA.I. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.II. A nova redação do art. 306 do CTB (dada pela Lei nº 11.705/08) aponta duas condutas incriminadoras: (a) conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas e (b) conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.III. Para caracterização do crime de embriaguez ao

volante configurar crime não é necessário a individualização de vítimas, isto é, não se exige, efetivamente, que algum objeto jurídico individual sofra risco de dano em virtude do comportamento do agente. Basta a possibilidade de risco à coletividade, à segurança viária. IV. O delito de embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato. V. Esta Corte consolidou entendimento no sentido de que o simples fato de o agente dirigir veículo em estado de embriaguez tipifica a conduta descrita no art. 306 do Código Trânsito Brasileiro, dispensado, pois, a comprovação do efetivo risco à segurança pública, bem jurídico protegido no dispositivo legal supracitado. VI. Ordem denegada. (STJ – HABEAS CORPUS: HC 204127/RJ, Relator (a): Ministro GILSON DIPP, Data do Julgamento: 24/05/11, Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA, Data da Publicação: DJe 15/06/11) (grifo nosso)

PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CARACTERIZAÇÃO. EXAME PERICIAL. TESTE DE ALCOOLEMIA OU BAFÔMETRO. PRESCINDIBILIDADE. AVERIGUAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. EXAME CLÍNICO E PROVA TESTEMUNHAL.

ADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que a Corte estadual, não obstante a existência de depoimentos de testemunhas no sentido de que o réu conduzia o veículo sob influência de álcool, o absolveu da imputação, sob o entendimento de que o tipo penal "não se contenta com o exame clínico, exigindo demonstração técnica do teor alcóolico do motorista", sendo que não foi possível a averiguação do teor de álcool em seu sangue, uma vez que não fora realizado exame pericial.

II. O delito de embriaguez ao volante configura-se por meio da prova de que o condutor ingeriu bebida alcóolica em concentração por litro de sangue igual ou superior à fixada na norma incriminadora - aferida por teste de alcoolemia ou de sangue -, ou então que estava sob a influência de substância psicoativa que causasse dependência - averiguada por meio de exame clínico ou depoimento testemunhal.

III. Para a caracterização da conduta prevista no tipo do art. 306 do CTB não é imprescindível a realização de exame pericial ou teste de bafômetro,

bastando a prova testemunhal ou exame clínico, quando impossível a realização da prova técnica.

IV. Afastada a imprescindibilidade da prova técnica para a configuração do delito, deve ser determinada a cassação do acórdão recorrido, de modo que outro seja proferido com base na jurisprudência desta Corte.

V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp 1208112/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 15/06/2011)

HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGAÇÃO DE QUE, POR SE REFERIR A CRIME DE PERIGO ABSTRATO, O ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO NÃO É ACEITO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. NÃO CABIMENTO. DANO POTENCIAL. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro - delito de embriaguez ao volante -, não prosperando as alegações de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. Esta Corte Superior de Justiça entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 187.478/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 06/06/2011)

HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. LEI N.º 11.705/2008.

PLEITO DE APLICAÇÃO DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 306 DO CTB. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO ORGANISMO VERIFICADA POR "BAFÔMETRO". MATERIALIDADE COMPROVADA POR CRITÉRIO VÁLIDO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante a anterior redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, configurava-se o crime de embriaguez ao volante se o motorista conduzisse "[...] veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem".

2. Com a superveniência da Lei n.º 11.705/2008, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, apesar de dispensar a elementar "expondo a dano potencial a incolumidade de outrem", passou a exigir que o acusado esteja conduzindo veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

3. Nos termos do art. 2.º, inciso II, do Decreto n.º 6.488/2008, a aferição da alcoolemia poderá ser obtida mediante exame sanguíneo, que ateste concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue, ou por meio de teste de bafômetro, que acuse concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

4. Na hipótese dos autos, além de ter sido ressaltado na denúncia que o acusado dirigia em "zigue-zague" e avançando na contramão, foi realizado o teste do "bafômetro" e verificada concentração alcoólica no ar dos pulmões que corresponde à concentração sanguínea superior à que a lei proíbe (1,30 miligramas de álcool por litro de ar expelido). Dessa forma, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal, seja pela antiga ou pela nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

5. Habeas corpus denegado.

(HC 142.876/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011)

HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.705/2008). CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS. INICIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE.

MATERIALIDADE. TESTE DO BAFÔMETRO. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

1. O delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro inclui-se dentre aqueles considerados de perigo abstrato, ou seja, para sua configuração prescinde-se da demonstração do efetivo risco causado pela conduta incriminada (Precedentes) 2. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente o fato típico imputado, crime em tese, com todas as suas circunstâncias, atribuindo-o ao paciente, terminando por classificá-lo, ao indicar o ilícito supostamente infringido.

3. O trancamento de ação penal é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

4. No caso, não há falar em deficiência da prova da materialidade apresentada pela acusação (teste de alcoolemia - "bafômetro") para justificar a inépcia da denúncia, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme em que "A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto." (RHC 26.432/MT, Quinta Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/2/10).

5. Ordem denegada.

(HC 178.882/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 29/08/2011)

8. CONCLUSÃO

A cada ano no Brasil, ocorrem milhares de mortes no trânsito, invalidez de pessoas, prejuízos patrimoniais, e vem atingindo níveis alarmantes. O Brasil ocupa, hoje, a 5ª posição mundial em quantidade absoluta de fatalidades no trânsito, depois da Índia, China, EUA e Rússia. Conforme pesquisa divulgada pelo IBGE no ano de 2010, em diversos estados brasileiros o trânsito já mata mais do que a violência interpessoal (NIVALDINO, 2008). Dentre diversos fatores é necessário ter uma Política de Trânsito adequada, estável, bem definida e cumprida com o rigor que o problema exige.

A Lei 11.705/2008 alterou, de forma apenas pontual, dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro que tratam da infração de conduzir veículo automotor “sob a influência do álcool”, a lei proporcionou a sociedade brasileira mais segurança e a tranquilidade. As penalidades administrativas cominadas no preceito secundário do art. 165, do Código de Trânsito Brasileiro, representa uma resposta punitiva, de caráter educativo para que os condutores tenham consciência e não venham a praticar tal ato.

O art. 276 sofreu alterações adotando a política de “alcoolemia zero”, em termos de uso de bebida alcoólica para os condutores de veículo automotor. Em consequência, para determinar a infração de trânsito, o condutor não necessita apresentar uma taxa mínima de álcool no sangue. Basta que o mesmo tenha ingerido e se encontre sob influência de qualquer tipo de bebida alcoólica. O objetivo será de punir administrativamente o condutor que apresente qualquer concentração de alcoolemia (tolerância zero).

Para determinar o crime de embriaguez ao volante, a prova é um elemento decisivo para a persecução penal, e ao estado, cabe produzi-las, seja por meio de bafômetro, exame clínico, termo de constatação de embriaguez feito pelo agente fiscalizador, exame de sangue, ou por testemunhas. Todavia, apesar de vir com boas intenções, à lei não se adaptou com perfeição, pois o que pudemos observar, com relação aos meios de produção de provas, são entendimentos doutrinários divergentes.

A fiscalização deve se proceder fielmente aos direitos e garantias fundamentais e do devido processo legal, porém o estado não pode ficar a mercê da vontade do condutor de veículo, em fornecer material (ar ou sangue) para a comprovação do teor da alcoolemia. O condutor não pode invocar o direito de não autoincriminação para se livrar da responsabilidade penal, levando ao fracasso a imposição da lei, por isso, é preciso reavaliar e encontrar uma maneira plausível para essa questão.

É importante frisar que a utilização de veículos automotores é uma licença que ao ser liberada deve-se comprovar diversos requisitos, entende-se que aquele cidadão que solicita ao Estado uma licença para conduzir veículos automotores em vias públicas, esteja sempre ciente de que a lei proíbe a ingestão de álcool, implicitamente estará permitindo que esse requisito seja verificado em eventual fiscalização.

REFERÊNCIAS

AUAD FILHO, Jorge Romcy. **Lei seca: aspectos jurídicos e práticos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1658, 15 jan. 2008.

Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10853>

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Tribunal do Júri: Aspectos Constitucionais e Procedimentais**. 2011. Editora Verbatin – São Paulo.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. Lei Seca, 04 agosto 2008. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=2137> Acesso em: 20 maio. 2012.

_____. **Código Penal de Processo Penal 1941**. Brasília: Senado Federal, 1941.

COUTO. Alessandro Buarque. **Explicando a lei seca de transito (lei 11.705/2008)**.30/08/2008.Disponível em:
<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4553/Explicando-a-Lei-Seca-de-Transito-Lei-11705-2008>. Acesso em: 13/06/2012

CONGRESSO NACIONAL, Sala das Sessões 11/04/2012. **Subemenda substitutiva ao projeto de lei do no 5607, de 2009**. Disponível em:< <http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em 15 abri. 2012.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Penal, Crimes de Trânsito. Recurso Especial número: 1.111.566. Ministério Público do DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 28/03/2012. **Crimes Previstos na Legislação Extravagante**. Brasília, março de 2009.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 2009. Editora Impetus – Rio de Janeiro.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 20ª Ed. 1998. Editora Saraiva – São Paulo.

GOMES, Luiz Flávio. Embriaguez ao volante (Lei 11.705 /2008): exigência de perigo concreto indeterminado, 02 julho. 2008. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/44149/embriaguez-ao-volante-lei-11705-2008-exigencia-de-perigo-concreto-indeterminado-luiz-flavio-gomes>> Acesso em: 20 maio. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Reforma do Código de Trânsito (Lei 11.705 /2008): novo delito de embriaguez ao volante, 25 junho. 2008. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/35596/reforma-do-codigo-de-transito-lei-11705-2008-novo-delito-de-embriaguez-ao-volante-luiz-flavio-gomes>> Acesso em: 20 maio. 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. 2009. Editora Atlas – São Paulo.

MARCÃO, Renato, Crimes de Trânsito, São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Fernando. **A mudança cultural que salva vidas: a lei que salva vidas e a “vacina” contra a violência do trânsito**. Rio de Janeiro: Arquimedes edições, 2008. 109 p.

NIVALDINO, José Rodrigues. **Efeitos da lei seca sobre os acidentes de trânsito**. Transito Seguro, 29/09/2008. Disponível em: <http://www.frentetransitoseguro.com.br/artigos/630-efeitos-da-lei-seca-sobre-os-acidentes-de-transito>. Acesso em: 14/06/2012

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 2009. Editora Lumen Juris – Rio de Janeiro.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVEIRA, Karina Rocha Mendes da. **Lei federal 11.705/08(lei seca): punir arrecadar, não educar elucrar**. São Paulo: 01/10/2008.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4552/Lei-Federal-no-11705-08-lei-seca-punir-arrecadar-nao-educar-e-lucrar> Acesso em: 06/06/2012

Superior Tribunal de Justiça:

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=lei%20seca. Acesso: 15/05/2012

VADE MECUM. **Código de Trânsito Brasileiro**. 7. Ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009