



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FLÁVIO LUCIANO PEREIRA DA CRUZ

**ANÁLISE DOS ARTIGOS 306 E 277 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS
PELA LEI 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.**

**BARBACENA
2011**

FLÁVIO LUCIANO PEREIRA DA CRUZ

**ANÁLISE DOS ARTIGOS 306 E 277 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS
PELA LEI 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Edson Gonçalves Tenório Filho

**BARBACENA
2011**

FLÁVIO LUCIANO PEREIRA DA CRUZ

**ANÁLISE DOS ARTIGOS 306 E 277 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS
PELA LEI 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.**

Monografia Apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^a Esp. Odete Araújo Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Junior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em _____ / _____ / _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para esta jornada. Em especial aos mestres, pela dedicação na nobre missão de ensinar; aos colegas de classe que transformaram episódios difíceis em momentos de alegria; a toda minha família pelo apoio incondicional; aos ausentes, ainda hoje fonte de inspiração; por fim, agradeço a Deus por cada minuto de vida e por sua eterna presença.

RESUMO

Este trabalho destina-se a analisar as alterações introduzidas no Código de Trânsito Brasileiro pela Lei 11.705/08, a “Lei Seca”, sobretudo aquelas de que tratam os artigos 306 e 277, com novas exigências para a tipificação do crime de embriaguez ao volante, notadamente com a fixação de uma quantidade mínima de álcool no sangue a ser comprovada por prova técnica, e a obrigatoriedade do suspeito em submeter-se ao teste com o etilômetro (bafômetro). Inicialmente será demonstrada a importância do tema tratado e o objetivo do estudo. Posteriormente, será apresentada uma compilação a fim de indicar o posicionamento de instituições de destaque sobre o tema, como o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública e os procedimentos adotados pelas forças Policiais quando da fiscalização de trânsito. Em seguida, o leitor visualizará as decisões judiciais sobre o tema que sinalizam as orientações dos Tribunais Superiores. Ao final, será abordado o que a redação do artigo 306 trouxe de mais controverso, qual seja, a obrigatoriedade ou não do condutor de veículo automotor submeter-se ao teste com aparelho de ar alveolar – o etilômetro, tendo em vista o “princípio” constitucional de que “ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo”, em visível conflito, em nosso entendimento, com direitos fundamentais como o que estabelece o “direito a vida”, decorrente da garantia do trânsito seguro. A partir daí passar-se-á à elaboração de breve parecer sobre a constitucionalidade da Lei, tendo em vista a colisão entre direitos e princípios fundamentais, utilizando como instrumento a teoria de resolução de conflitos constitucionais derivada da doutrina Alemã prevalecente no Brasil.

Palavras chave: Código de Trânsito Brasileiro. Artigos 306 e 277. Etilômetro (bafômetro). Constitucionalidade.

ABSTRACT

The aim of the following work is the analysis of the change in The Brazilian Traffic Law, particularly the change in Act 306 and 277 of the Law 11.705/08, relating to drink driving, also called "Lei Seca". This work will also analyzes the Law new requirements to categorize the alcohol related road traffic offences, notably the *blood alcohol content* limit, Alcohol Breath Testing and whether the person to whom the test is administered, has to or doesn't have to provide a specimen of breath to be used for the test. First, it will be shown the importance of the theme and the goal of this study. Then, a compilation will be presented to indicate the positioning of leading institutions on the subject, such as the Public Prosecution, the Attorney-General of the Union, Order of Attorneys of Brazil and the Public Defenders. You will also see the police procedures when it comes to the traffic inspection. Then the reader can see judicial decision on the matter, provided by the Superior Court. Finally, we shall discuss the most controversial point brought by the Act 306, that is to say, the requirement or not the driver has to submit to the Alcohol Breath Testing, given that, the constitutional principle is that "no one is obliged to provide evidence against himself", which clearly is in conflict to the fundamental "right to life", therefor, is also in conflict to the guarantee of safe passage. From there, we will move on to the preparation of a brief opinion on the constitutionality of the Act 306, in view of the conflict between fundamental rights and principles using the theory as a tool for conflict resolution, derived from the German constitutional doctrine widespread in Brazil.

Keywords: Brazilian Traffic Law. Act 306 and 277. Breathalyzer (Alcohol Breath Testing). Constitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União
CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos
CNH – Carteira Nacional de Habilitação
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CTB – Código de Trânsito Brasileiro
DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito
DP – Delegacia de Polícia
DPRF – Departamento de Polícia Rodoviária Federal
DPU – Defensoria Pública da União
HC – Habeas Corpus
IML – Instituto Médico Legal
INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MJ – Ministério da Justiça
MP – Ministério Público
MPU – Ministério Público da União
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
PCMG – Polícia Civil do Estado de Minas Gerais
PIB – Produto Interno Bruto
PMERJ – Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro
PMES – Polícia Militar do Estado do Espírito Santo
PMMG – Polícia Militar do Estado de Minas Gerais
PRF – Polícia Rodoviária Federal
RHC – Recurso em Habeas Corpus
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ/MG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJ/RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
RHC – Recurso em Habeas Corpus

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DAS INTERPRETAÇÕES INICIAIS DO ARTIGO 306 DO CTB	14
3	DAS MANIFESTAÇÕES INSTITUCIONAIS SOBRE O TEMA	17
3.1	Da Ordem dos Advogados do Brasil	17
3.2	Da Defensoria Pública	18
3.3	Do Ministério Público da União	19
3.4	Da Advocacia-Geral da União	21
3.5	Das Forças Policiais	22
4	DO ENTENDIMENTO QUE SE CONSOLIDA NOS TRIBUNAIS	25
4.1	Da validade do <i>Habeas Corpus</i> preventivo	25
4.2	Do momento da configuração do crime	26
4.3	Da Jurisprudência selecionada	29
5	DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 306 E 277 do CTB	34
5.1	Da teoria prevalente sobre colisão de princípios constitucionais	37
5.2	Da aplicação da teoria prevalente ao tema em estudo	43
6	DAS SUGESTÕES PARA A ATUAÇÃO POLICIAL	49
7	CONCLUSÃO	52
8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas noticiários do mundo inteiro têm dado destaque aos acidentes de trânsito no Brasil. O País é apresentado como um dos que possuem o trânsito mais violento do mundo, com a ocorrência de milhares de mortes. Não raro esta realidade é comparada a uma verdadeira “guerra”, já que o número de mortes anuais no trânsito brasileiro gira em torno de 35.000, conforme levantamento do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN (2011).¹

É sabido que os acidentes causam impacto extremamente negativo, não somente pela dor, sofrimento e perda de qualidade de vida das vítimas e seus familiares, mas também pelo alto custo econômico que provocam, com reflexos em toda a sociedade.

Para se ter uma dimensão do problema, foi lançada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, no mais abrangente trabalho realizado sobre o tema, a pesquisa intitulada “Impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras” (2006).²

Nesta pesquisa, o instituto procura desenvolver uma metodologia para coleta de dados a fim de definir parâmetros de referência para identificar e mensurar os custos dos acidentes de trânsito nas rodovias federais, estaduais e municipais, visando a fornecer subsídios para a elaboração e avaliação de políticas públicas.

Assim, inicialmente conceituou-se acidente como um “evento independente do desejo do homem, causado por uma força externa, alheia, que atua subitamente (de forma inesperada), e deixa ferimentos no corpo e na mente”.

Para calcular o custo total de um acidente os pesquisadores levaram em consideração os custos associados à pessoa, como o atendimento pré-hospitalar, atendimento hospitalar, atendimento pós-hospitalar, perda da produção, remoção/translado e gastos previdenciários; os custos associados aos veículos, como os danos materiais em veículos, perda da carga, custos de remoção, gastos com pátio e reposição; os chamados custos institucionais, onde se mensurou os custos com processos judiciais e atendimento policial; e por fim os custos associados à via e ao local de acidente, com danos à propriedade pública e privada.

¹ Disponível em: www.denatran.gov.br

² Disponível em: www.denatran.gov.br

Como resultado, constatou-se que o custo anual dos acidentes nas rodovias brasileiras alcançou a impressionante cifra de R\$22 bilhões, a preços de dezembro de 2005, o que equivale a 1,2 % do Produto Interno Bruto – PIB anual brasileiro.³ A maior parte refere-se à perda de produção associada à morte das pessoas ou interrupção de suas atividades, seguida dos custos com cuidados em saúde e os associados aos veículos (IPEA, 2006, pag. 64).

Nas rodovias federais o custo total estimado dos acidentes foi da ordem de R\$6,5 bilhões, onde um acidente com vítima fatal atinge um custo de aproximadamente R\$418.341,00.

A propósito, veja na tabela abaixo, conforme dados da pesquisa, o custo médio dos acidentes conforme o nível de gravidade:

TABELA 1

Custo de acidentes por gravidade, 1º/julho/04 a 30/junho/05

Nível de gravidade do acidente	Número de casos	Custo total (R\$ de dez/05)	%	Custo Médio (R\$ de dez/05)
Sem vítima	68.423	1.152.269.508	17,7	16.840
Com vítima	36.966	3.180.258.879	48,8	86.032
Com fatalidade	5.210	2.179.556.664	33,5	418.341
Todos	110.599	6.512.085.051	100,0	58.880

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça, Polícia Rodoviária federal, Núcleo de Estatística, apud Denatran 2004/2005, projeto IPEA/DENATRAN a partir da transformação dos dados obtidos na fonte e com incorporação de dados de Pesquisa Completa do Projeto.

Diante deste quadro preocupante, foi sancionada a Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997, o novo Código de Trânsito Brasileiro (CTB), com vigência a partir de 22 de janeiro de 1998, que veio substituir o Código anterior (Lei nº 5.108/66), apresentando-se mais rigoroso e impondo maiores penas àqueles que conduzem seus veículos de forma perigosa.

Nesse sentido, o novo CTB criou os denominados crimes de trânsito, reservando um capítulo especial onde foram relacionados 11 delitos elencados entre os art. 302 e 312, entre eles o homicídio culposo de trânsito (art. 302), a lesão culposa de trânsito (art. 303) e a omissão de socorro no trânsito (art. 304).

³ O produto interno bruto (PIB) representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos numa determinada região (quer seja, países, estados, cidades), durante um período determinado (mês, trimestre, ano, etc). Disp. em http://pt.wikipedia.org/wiki/Produto_interno_bruto.

No entanto, tendo passado mais de uma década da criação do CTB, o Brasil continuou entre os países com o maior número de mortes no trânsito, ficando atrás apenas da Índia, China, Estados Unidos e Rússia.⁴

Diante desta constatação, buscando aprimorar a matéria penal no CTB, foi editada a Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, que apresentou novos contornos ao crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art.302), ao crime de lesões corporais culposas na direção de veículo automotor (art.303), embriaguez ao volante (art.306), objeto desse estudo, e ao crime de entrega temerária de veículo à condução de terceiro (art.310).

O Decreto n. 6.489 de 19 de junho de 2008 regulamenta os artigos 276 e 306 do CTB, disciplina a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito.

Assim, com a nova redação do art. 306, quem conduzir veículo automotor na via com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 dg/l de sangue, o que equivale a concentração de álcool de 0,3 mg/l de ar expelido pelos pulmões, medida pelo etilômetro (que deve considerar ainda a tolerância específica decorrente de uma margem de segurança contra imprecisão do aparelho),⁵ pratica o crime de dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, devendo ser observada a quantidade mínima de 2 dg/l de sangue acima da qual deverá ser aplicada a penalidade administrativa.

De sua vez, o art. 277 introduz a obrigatoriedade de que o condutor envolvido em acidente de trânsito ou sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool seja submetido a teste de alcoolemia, exames clínicos ou periciais, sendo aplicadas as penalidades e medidas administrativas àqueles que se negarem a realizar os procedimentos.

Desta forma, buscou-se reforçar o arcabouço probatório pela sujeição do indivíduo a exames que demonstrassem a materialidade do crime, bem como infringir ao infrator penalidades mais duras, seja através de maiores penas ou com o a sujeição de medidas administrativas mais severas, como a elevação do valor das autuações.

⁴ www.portal.saude.gov.br

⁵ Em se tratando da Polícia Rodoviária Federal (PRF), a medição no etilômetro considerada para a configuração do crime de trânsito deve ser igual ou maior que 0,34 mg/l, conforme tabela de conversão que leva em conta a margem de erro do aparelho estabelecida em Regulamento Técnico Metrológico (Portaria n. 06/2002 do INMETRO). Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. PRF. Instrução Normativa n.03 de 24 de junho de 2008.

No entanto, apesar da nobre intenção dos legisladores de verem reduzido o número de acidente através de uma legislação mais rigorosa, a Lei abriu espaço para vários questionamentos, o que se faz notar pela formulação de procedimentos policiais não uniformes e de decisões conflitantes nos tribunais.

Nesse sentido, a redação antiga do artigo 306 do CTB rezava “**Conduzir** veículo automotor, na via pública, **sob a influência de álcool** ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” (grifamos).

Nota-se da leitura do artigo que a materialidade do crime se fazia presente com a constatação, pelos meios de prova admitidos pelo ordenamento jurídico, inclusive a prova testemunhal, de que o indivíduo conduzia veículo sob a influência de álcool, não exigindo, como na nova redação, uma quantidade mínima de álcool no sangue para a configuração do crime, que só não é essencial em se tratando de medida administrativa.

Verifica-se, igualmente, que na redação anterior o crime ocorria apenas se o indivíduo conduzisse o veículo expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, ou seja, exigia-se uma conduta temerária ao volante para a configuração do delito, o que não é necessário no novo artigo, que se contenta com a simples verificação de que o condutor ingeriu bebida alcoólica além do permitido, deslocando o crime do rol dos crimes de perigo concreto para o conjunto dos crimes de perigo abstrato.

Em reforço ao art. 306, o art. 277 dispõe imperativamente que o condutor será submetido a teste de alcoolemia sob pena de serem aplicadas as penalidades e medidas administrativas descritas no primeiro artigo.

Sendo assim, a nova lei abre caminho para as seguintes questões:

- a) O crime do art. 306 apenas se configura com a comprovação por meio de prova técnica de uma quantidade mínima de álcool no sangue ou é permitida também a prova testemunhal?
- b) É necessária uma ação temerária na condução do veículo para a configuração do crime, ou seja, trata-se de crime de perigo abstrato ou perigo concreto?
- c) O indivíduo abordado em uma blitz policial, ou que tenha sofrido acidente de trânsito, que esteja sob suspeita de ingestão de bebida alcoólica, deve submeter-se obrigatoriamente ao teste com o etilômetro?
- d) A negativa do suspeito em se submeter ao teste configura o crime desobediência?

- e) Em que casos o policial que presenciou o fato deverá encaminhar o suspeito à delegacia de polícia judiciária para a apreciação da conduta pela autoridade policial?
- f) Em que momento deverá dar-se a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação do condutor infrator. O veículo deverá ser retido, obrigatoriamente apreendido, ou poderá ser liberado?

Dessa forma, este trabalho objetiva esclarecer as questões acima propostas, a partir da análise sistemática da legislação, da doutrina e da jurisprudência.

Para tanto, será apresentado o entendimento doutrinário e jurisprudencial inicial sobre o tema, assim como os novos caminhos que se abrem com as decisões em sede de recurso nos Tribunais Superiores.

Serão também apresentadas as manifestações de alguns dos principais órgãos encarregados da interpretação e aplicação da lei, como o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Outrossim, serão comentados os procedimentos adotados por algumas instituições policiais quando da fiscalização de trânsito.

Finalmente, será analisada a obrigatoriedade ou não do suspeito submeter-se ao teste com aparelho de ar alveolar – o bafômetro – tendo em vista o princípio de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”.

2 DAS INTERPRETAÇÕES INICIAIS DO ARTIGO 306 DO CTB

Segundo o CTB constitui crime “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” (art. 306).

Segundo o egrégio TJ/RS, conforme aresto abaixo, o objeto jurídico dessa tutela penal é a segurança do trânsito:

O objeto jurídico da tutela penal é garantir a segurança do trânsito, que irá proporcionar a preservação da incolumidade pública, um dos direitos fundamentais previstos expressamente no art. 5º, caput, da CF. Neste sentido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS, ACR 70007057987, 1º CCrim, rel. Des. Rodolfo Vieira, j. 10-12-2003, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal n. 25, p.143.

Da mesma forma, para NUCCI (2006, p. 849) “O objeto jurídico é a segurança viária”.

Conforme doutrina dominante trata-se de “crime doloso; comum; vago; comissivo; formal; de perigo abstrato” (MARCÃO, 2010, p.159).

Para Marcão (2010) o sujeito ativo é qualquer pessoa que se ponha a conduzir veículo automotor na via pública, estando habilitada ou não, por se tratar de crime comum, não se exigindo qualquer qualidade especial do agente.

O mesmo autor afirma que o elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico, que não se presume. Não há a modalidade culposa. Não é necessária uma finalidade específica.

Prosseguindo, afirma que o objeto material é o veículo conduzido nas condições apresentadas pelo tipo penal.

Para ele, o tipo objetivo é conduzir. Para os fins do dispositivo em comento, significa dirigir, colocar em movimento mediante acionamento dos dispositivos do veículo.

Acrescenta tratar-se de crime formal, pois se consuma independente do resultado naturalístico, isto é, não exige para a consumação o resultado pretendido pelo agente.

Por fim, entende ser crime vago, que é aquele que tem como sujeito passivo entidade sem personalidade jurídica, como a coletividade.

Antes das mudanças introduzidas pela Lei 11.705/08, o entendimento dominante era de que para a configuração do crime previsto no artigo 306 exigia-se prova da ocorrência de perigo concreto,⁶ não sendo suficiente o perigo abstrato.

Contudo, com as alterações, o predito delito passou a ser considerado de perigo abstrato, como se constata no aresto do colendo TJ/RS abaixo transcrito:

O crime previsto no artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito, na redação emprestada pela Lei 11.705/2008, possui idêntica natureza jurídica do delito de porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.826/2003, art.14), conferindo proteção penal ao legítimo interesse do Estado em evitar ou prevenir a produção concreta de dano a bens individuais socialmente relevantes, como a vida e a integridade corporal das pessoas. Para sua realização, mesmo em tese, mostra-se desnecessário que o motorista conduza o veículo na via pública de forma anormal, em alta velocidade ou em zigue-zague, por exemplo, bastando que o faça em desrespeito à lei que proíbe fazê-lo ostentando concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, como no caso dos autos (TJ/RS, ApCrim 70026820134, 3º CCrim, rel. Dês. Vladimir Giacomuzzi, j. 19-3-2009).

No mesmo sentido:

Com as alterações introduzidas pela nova Lei, o entendimento que prevalece é que não se exige mais um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem, como manobras evasivas ou dirigir em ziguezague: “o mero fato de dirigir veículo embriagado é causador de dano potencial à incolumidade de outrem, independentemente de dano concreto a pessoa determinada, caracterizando o delito tipificado no art. 306 da Lei 9.503/97 (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ/SP, ApCrim 985.149.3/4, 12º CCrim “B”. rel. Dês. Aristóteles de Alencar Sampaio, j. 6-4-2009).

Entendendo que a prova pericial é imprescindível:

Com a alteração do dispositivo legal em análise, o nível de concentração de álcool no sangue passou a ser elementar do tipo. Se o réu for flagrado dirigindo com menos de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, o fato será atípico. Por mais eviente que seja o estado de embriaguez do acusado, o exame clínico e a prova testemunhal não são suficientes para comprovar tal fato. (TJ/RS, ApCrim 70018559146, 2º CCrim, rel. Desa. Lúcia de Fátima Cerveira, j. 9-12-2008).

⁶ Cf. nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça - STJ, REsp 608.078/RS, 5º T, rel. Min. Felix Ficher, DJU de 16-8-2004, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal n. 28, p. 131.

Da mesma forma:

Com o advento da Lei n. 11.705/2008, alterando a redação do CTB, o crime de embriaguez ao volante somente se caracteriza quando restar comprovado através do teste de alcoolemia que o condutor do veículo estava com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas. Sem prova neste sentido, não há como incriminá-lo por embriaguez ao volante, constituindo-se a conduta, a teor do artigo 165 do CTB, em infração administrativa. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJ/MG, ApCrim 1.0223.08.241339-2/001, 3º CCrim, rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. 3-4-2009).

Portanto, inicialmente prevaleceram as decisões no sentido de tratar-se de crime de perigo abstrato, com a exigência de prova pericial que comprovasse estar o indivíduo com nível de álcool no sangue igual ou superior a 6 dg/l.

3 DAS MANIFESTAÇÕES INSTITUCIONAIS SOBRE O TEMA

Devido à sua importância o tema interessou a diversas instituições, como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública, o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União e as Forças Policiais, como abaixo analisado.

3.1 Da Ordem dos Advogados do Brasil

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) decidiu, em 17 de agosto de 2010, que é constitucional a aplicação de penalidades e medidas administrativas a motorista que se nega ao teste do bafômetro.

A constitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 277 foi questionada pela OAB-SP diante das sanções aplicadas a condutor que se nega ao teste do bafômetro, em face do princípio previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH),⁷ também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, segundo o qual “ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo”.

O vice-presidente da OAB, Alberto de Paula Machado, opinou pela completa constitucionalidade da aplicação de medidas punitivas ao condutor que se nega aos testes de medição de percentuais de álcool a partir dos bafômetros: "Trata-se de legítimo exercício do poder de polícia administrativa, que não desencadeia cominação de crime ao fato, mas representa a regulação da sociedade pelo Poder Público, impondo meras sanções na esfera administrativa". O voto do relator, que teve como base o relatório da Comissão Nacional de Estudos Institucionais da OAB, foi seguido pela maioria dos conselheiros federais.

A partir da votação, a OAB opinou pela constitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 277 do CTB e decidiu que não irá manejar qualquer procedimento ou ação contra esse aspecto da Lei Seca.⁸

⁷ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

⁸ Disponível em: www.oab.org.br.

3.2 Da Defensoria Pública

Em síntese, as Defensorias têm propugnado, quando da elaboração de sua peça de defesa, pela exigência de conduta perigosa na direção do veículo para a configuração do crime do art. 306. Neste sentido é o argumento da Defensoria Pública da União - DPU no *Habeas Corpus* (HC) nº 109269 de 07/07/2011 interposto junto ao Supremo Tribunal Federal – STF.

A DPU solicitou ao STF o restabelecimento de decisão do juiz da Vara Criminal de Araxá/MG que absolveu o acusado do crime previsto no art. 306 do CTB por considerar o dispositivo inconstitucional. A ação foi proposta no STF tendo em vista que ao analisar o recurso do Ministério Público contra a decisão do magistrado o Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJ/MG reformou a sentença determinando o prosseguimento da ação contra o réu.

No HC ajuizado no STF a DPU defende a posição do magistrado mineiro, “O primeiro magistrado questiona a constitucionalidade do polêmico artigo com larga propriedade”, diz a Defensoria. Ela sustenta que parece contraditório o fato de o Estado permitir, e até incentivar, a promoção publicitária de bebidas alcoólicas e ao mesmo tempo atuar com rigidez para evitar a conduta de dirigir alcoolizado. “O álcool está presente na nossa sociedade e já faz parte da cultura do brasileiro. O que se vê, porém, em termos de atitude do ente estatal é um completo desregramento no que diz respeito ao consumo, patrocinada pelas grandes corporações do ramo”, diz o representante da DPU.

Para o magistrado mineiro, o legislador incorreu na caracterização do crime previsto no artigo 306 do CTB como sendo de perigo abstrato, modalidade que se consumaria apenas com a possibilidade de dano. Nesse ponto, a Defensoria cita estudo sobre a influência do álcool nas mortes violentas e acrescenta que:

[...] por essa lógica, considerando o elevado número de casos de homicídios praticados sob o efeito de álcool, poderia também ser considerado crime potencial ou abstrato a mera ingestão de bebida alcoólica acima dos mesmos limites estabelecidos pela legislação de trânsito.

Com esses argumentos, a DPU solicitava que o Supremo restabelecesse a decisão do juiz de primeira instância, que inocentou sumariamente o acusado.

No entanto, o STF decidiu, em 24/10/2011, pela constitucionalidade do art. 306 do CTB no que tange a tipificação do crime com a simples conduta descrita no artigo em estudo, não sendo necessário dano específico decorrente da ação do condutor:⁹

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente.

III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.

IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.

V – Ordem denegada.

(STF – Supremo Tribunal Federal, HC 109269, 2º Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 24-10-2011)

3.3 Do Ministério Público

Ao analisarmos o posicionamento do Ministério Público dos Estados e da União, observamos que a instituição argumenta pela utilização de “outras provas admitidas em direito”, notadamente a prova testemunhal, para a comprovação do crime do art. 306. Vejamos:

⁹ Disponível em: www.stf.jus.br

O Ministério Público do Distrito Federal (MP/DF), por exemplo, no HC nº 2008002009130-0 dirigido ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça distrital – TJ/DF com ordem de trancamento da ação penal pela atipicidade da conduta, no crime em tela, tendo em vista a falta de prova técnica pelo etilômetro ou exame de dosagem alcoólica no sangue, sustenta que no sistema processual penal brasileiro não existe hierarquia entre provas e que negar uma prova técnica, como o exame clínico, sob o argumento de que outra mais específica é necessária para tipificar o ilícito ofende o princípio da persuasão racional. Eis o caso:

O TJ/DF mandou trancar Ação Penal contra um acusado de dirigir bêbado que não fez exame de sangue nem passou pelo bafômetro. Por dois votos a um, a 1ª Turma do tribunal seguiu o entendimento da desembargadora Sandra de Santis, de que o exame clínico do Instituto Médico Legal não é capaz de comprovar a concentração de álcool no sangue.

Para o procurador de Justiça José Firmo Reis Soub, que assina o recurso, “negar a prova técnica do exame clínico sob o argumento de que outra, mais específica, é necessária para tipificar o ilícito ofende o Princípio da Persuasão Racional (art. 157 do Código de Processo Penal)”.

De acordo com o Ministério Público, é ilegal “sujeitar a persecução estatal à vontade do acusado em se submeter ao exame de teor alcoólico”. O procurador reconhece que é “legítima a recusa do suspeito a soprar o etilômetro ou a fornecer sangue para alcoolemia”. E, por isso mesmo, a “atuação punitiva estatal não pode estar condicionada à concordância do motorista em fazer os exames”.

Sendo assim, “é perfeitamente possível a comprovação do estado de embriaguez por outro meio idôneo. A prova pode, ainda, ser complementada por testemunhos que afirmem aparentar estar o motorista visível e completamente bêbado, cambaleante, com voz dificultada, excitado ou deprimido, com os olhos vermelhos, hálito etílico etc”, sustenta o MP.

De outra forma, “o CTB admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (CPP), sendo assim, devemos recorrer ao mesmo na ausência do etilômetro, exame de sangue e exame clínica, aos quais o cidadão tem direito constitucional de não submeter-se, já que, ninguém está obrigado a constituir prova em seu detrimento”.

Assim, sustenta a aplicação subsidiária do artigo 165 do Código de Processo Penal no qual estabelece a obrigatoriedade do exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios.

Citando ainda o CPP, aduz que o artigo 167 prevê que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”, ou seja, a recusa do condutor em submeter-se aos testes de alcoolemia, exame de sangue ou exame clínico não pode ser utilizada para beneficiar sua própria torpeza, da mesma forma, que a ausência na comarca de etilômetro não pode afugentar a aplicação da lei penal, isso porque, cabe ao Estado reunir o arcabouço probatório necessário para provar a existência da prática criminosa.¹⁰

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ): "Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o artigo 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitativa, apenas e tão-somente, o respectivo exame pericial". (STJ, 5.ª Turma, RHC 13.215/SC, relator ministro Felix Fischer, DJU de 26 de maio de 2003, p. 368.)

3.4 Da Advocacia-Geral da União

Em consulta formulada pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal (DPRF) à Advocacia-Geral da União (AGU) sobre a legalidade e obrigatoriedade do uso do etilômetro para uniformizar o tratamento do tema no âmbito do DPRF, a AGU se posicionou através do Parecer nº 21/2009, Processo nº 08.650.001.209/2009-94, da seguinte forma:

A AGU, através de sua Consultoria Jurídica, e após consulta ao DPRF, ratificou entendimento demonstrado pela Assessora-Técnica de Gabinete da instituição policial, concluindo “que a utilização do etilômetro com a obrigatoriedade do cidadão em submeter-se ao teste, além de ser legalmente permitido, constitui importante meio para a proteção da vida e incolumidade das pessoas, sendo, portanto, legítimo seu uso”.

¹⁰ Disponível em: www.mpdf.gov.br.

Outrossim, citou que este é o entendimento que foi tratado no Fórum Brasileiro de Segurança realizado na cidade do Rio de Janeiro onde se chegou a conclusão de que “o uso do bafômetro é legal”. E ainda defendeu: “caso o condutor negar-se a fazer o teste este deve ser enquadrado no crime de desobediência, art. 330 do Código Penal (CP)”. Assim, a AGU trouxe mais uma controvertida variável ao debate.¹¹

3.5 Das Forças Policiais

Para realizar este trabalho e no intuito de esclarecer qual o procedimento padrão adotado em ocorrências envolvendo suspeito de conduzir veículo automotor após o uso de bebida alcoólica, foram consultados verbalmente agentes da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais – PMMG, da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – PMERJ, da Polícia Militar do Estado de Espírito Santo – PMES, da Polícia Rodoviária Federal – PRF e da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais – PCMG.¹²

Nessa pesquisa constatou-se que apenas a PRF tem um procedimento padrão em forma de Instrução Normativa,¹³ publicado em Boletim interno, com abrangência geral, que apresenta de forma mais detalhada e clara os procedimentos de fiscalização para os casos de que trata o art. 306 do CTB. As demais instituições apresentam orientações gerais não expressas em instruções normativas e que deixam a cargo do policial, no caso concreto, a decisão a ser tomada quando da ocorrência, o que vem demonstrar que ainda não há um consenso sobre a forma de atuação policial.

Em suma, a atuação da força policial ostensiva quando da fiscalização se resume a duas situações, residindo na segunda toda a controvérsia:

Primeira situação:

— O policial aborda o condutor com sintomas de uso de bebida alcoólica e solicita que ele se submeta ao teste com etilômetro. Realizado o teste:

¹¹ Disponível em: www.agu.gov.br.

¹² Foram efetuadas entrevistas com agentes policiais atuantes na área de fiscalização e elaboração de procedimentos

¹³ Disponível em: www.dprf.gov.br.

1) Constatada alcoolemia inferior a 0,11 mg/l (miligrama se álcool por litro de ar expelido pelos pulmões) o condutor é liberado.

2) Constatada alcoolemia entre 0,11 mg/l e 0,29 mg/l, aplica-se as medidas administrativas, quais sejam, multa, apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e retenção do veículo, que poderá ser liberado para pessoa habilitada.

3) Constatada alcoolemia igual ou superior a 0,30 mg/l, aplicação de todas as medidas administrativas e o condutor é encaminhado à Delegacia em razão do crime do artigo 306 do CTB.

Segunda situação:

O policial aborda o condutor com sintomas de uso de bebida alcoólica, solicita que ele se submeta ao teste com etilômetro e ele se recusa a fazê-lo. Nessa hipótese:

1) Mesmo que o condutor não apresente sintomas de embriaguez alcoólica aplica-se a multa e o recolhimento da CNH.

2) Porém, se o condutor apresenta sintomas de embriaguez:

a) Para as Polícias Militares, avalia-se a necessidade de conduzir o condutor à Delegacia de Polícia (DP) para que o mesmo se recuse a soprar o etilômetro e também a fazer o exame de sangue – outro exame capaz de medir a alcoolemia – na presença da autoridade policial.

b) Para a PRF, não há encaminhamento do condutor à DP, lavra-se o termo de constatação de embriaguez (discorrendo-se sobre os sintomas do suspeito, como hálito etílico, dificuldade no equilíbrio, agressividade, fala alterada etc.), arrola-se testemunhas e encaminha-se o boletim de ocorrência para a Delegacia.

Colabora para a falta de uniformidade de procedimentos a decisão que tem prevalecido na Polícia Judiciária de autuar em flagrante o condutor apenas mediante a prova técnica produzida pelo etilômetro, tornando sem efeito a prova testemunhal, havendo de se lembrar que o condutor que se nega ao teste do etilômetro raramente se sujeitará à coleta de sangue para análise ou mesmo ao exame clínico.

Da mesma forma, defende-se a inviabilidade de condução coercitiva do suspeito para a DP sem provas concretas de seu estado de embriaguez, tendo em vista o possível comprometimento operacional das polícias ostensivas com desperdício de recursos em procedimentos ineficazes, o que vem sendo combatido em termos estratégicos.

No Estado de Minas Gerais, corrobora a assertiva acima a Resolução Normativa nº 149 de 16 de setembro de 2011,¹⁴ emitida pela Secretaria de Estado de Defesa Social, que institui o protocolo de atuação operacional para registro e tramitação de ocorrências policiais relativas a infrações penais. Esta resolução, considerando a necessidade de otimizar recursos e ampliar a capacidade de resposta do policiamento, autoriza o encaminhamento de ocorrências policiais para análise dos Delegados à distância, por meio eletrônico, por exemplo, em se tratando de locais e horários não abrangidos pela presença de Delegados de plantão e a depender do delito, sendo obrigatório o encaminhamento do suspeito à presença da autoridade policial apenas em caso de flagrante delito confirmado após consulta prévia à autoridade.

Neste sentido, observa-se uma preocupação dos órgãos policiais quanto à elaboração de um procedimento de fiscalização que venha adequar a conduta policial de forma a evitar excessos que possam configurar eventual abuso de autoridade ou constrangimento ilegal, ou seja, que respeite as garantias constitucionais, e ao mesmo tempo, que propicie a presença reguladora do Estado, com a máxima eficiência nos gastos públicos.

¹⁴ Disponível em: www.seds.mg.gov.br.

4 DO ENTENDIMENTO QUE SE CONSOLIDA NOS TRIBUNAIS

Salientamos que a lei, tendo em vista apresentar vários pontos controversos, propiciou a interposição de inúmeros recursos, muitos dos quais foram objeto de debates pelas Turmas dos Tribunais Superiores. As abordagens iniciais, em grande parte, relacionavam-se às ações de *Habeas Corpus Preventivo*, com o pedido de expedição de salvo conduto que impedisse a fiscalização policial e garantisse o livre trânsito do condutor.

Posteriormente, muito se discutiu sobre que conduta ao volante configuraria o crime, tendo em vista a potencial ou real lesão causada pelo condutor.

Outrossim, deu-se destaque para o questionamento sobre quais seriam os meios de prova válidos para a condenação.

Outras questões de menor repercussão versavam sobre a validade do laudo de constatação de embriaguez preenchido pelo policial que pontua a condição aparente do suspeito no ato da fiscalização, se o crime é de ação pública etc.

4.1 Da validade do *Habeas Corpus Preventivo*

Sobre a validade do *Habeas Corpus* (HC) Preventivo (ação utilizada quando alguém se acha ameaçado de sofrer coação ilegal em seu direito de locomoção, conforme o art. 5º, LXVIII, CRFB/88, e estando para isso presentes algum requisito do art. 648 do CPP, apresentamos o que dispôs a sexta turma do STJ, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) 25.311.

Na hipótese, invocando a premissa de que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo e o direito fundamental de presunção de inocência, o defensor mineiro entende que a Lei Seca é inconstitucional, e propõe junto ao STF um HC preventivo, requerendo a expedição de ofício determinando ao Comando Geral da Polícia Militar em Minas Gerais e à Secretaria de Segurança Pública do Estado o fim da fiscalização policial nos termos da citada lei. O presidente do STF nega seguimento à ação e determina a remessa do pedido para ser apreciado pelo TJ/MG, por entender que a Suprema Corte é incompetente para apreciar o HC. O pedido é remetido ao Tribunal Mineiro, que nega a concessão da ordem, o que enseja a interposição de recurso ao STJ. Neste Tribunal o pedido foi negado por unanimidade nos termos do voto do Ministro Relator Og Fernandes:

[...] O *habeas corpus* preventivo é cabível quando haja fundado receio de que o paciente possa vir a sofrer coação ilegal a seu direito de ir, vir e permanecer. Não se pode considerar como fundado receio o simples temor de, porventura, ter o paciente de se submeter ao chamado teste do bafômetro ao trafegar pelas ruas em veículo automotor. Uma vez que não existe qualquer procedimento investigatório direcionado ao paciente, não está configurada a ameaça à sua liberdade de locomoção, mesmo que em potencial [...]. (TJ/MG, RHC 25.311-MG, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 4/3/2010).

Em caso similar, o HC n. 25.118-MG, o Ministro Og Fernandes expõe o seguinte entendimento:

[...] Como bem ressaltou o Tribunal de origem, a referida norma está em plena vigência e deve ser aplicada, pelo menos até ulterior apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.103/DF pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo ser afastada apenas para beneficiar determinado cidadão, mediante a expedição de salvo-conduto. Convém ressaltar, ainda, que a nova Lei não obriga o cidadão a produzir prova contra si próprio, tendo em vista que, além do bafômetro e do exame de sangue, subsistem os demais meios de prova em direito admitidos para a constatação da embriaguez, sendo certo que a recusa em se submeter a esses testes implica apenas sanções no âmbito administrativo. Como é cediço, a ameaça de violência ou de coação à liberdade, a que se refere a garantia fundamental do art. 5º, LXVIII, da CRFB/88, deve se revelar objetiva, iminente, plausível e não hipotética, como no caso dos autos [...]. (STJ, HC 25.118-MG, Rel. Og Fernandes, julgado em 13/10/2009).

Esse o entendimento prevalecente, como se constata, entre outros, nos RHC 25655, RHC 27373, RHC 27590 e HC 140861, decididos pelo STJ.¹⁵

4.2 Do momento de configuração do crime

Sobre a discussão do momento de configuração do crime, as decisões iniciais foram no sentido de que o crime em comento seria de “perigo abstrato”, que se configuraria com a simples prática da ação descrita no tipo, ou seja, conduzir o veículo sob a influência de álcool.

¹⁵ Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

Por outro lado, notadamente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), fortalece as decisões no sentido de tratar o crime de “perigo concreto”, que se caracterizaria apenas se o condutor “embriagado” provocasse efetivo dano quando na direção do veículo:

A 5ª Turma do TJ/RJ entende que para a caracterização do crime em tela há de se verificar quando da abordagem policial não só a presença dos sintomas típicos de embriaguez alcoólica por parte do condutor, mesmo que comprovados pelo etilômetro, havendo de se narrar ainda uma conduta temerária do condutor, manobras arriscadas ao volante que efetivamente coloquem em risco os usuários da via. Porém, até mesmo entre os integrantes das próprias Câmaras não há uniformidade de entendimento. Na 1ª Câmara, por exemplo, os desembargadores Ricardo Bustamante, Moacir Araújo e Marco Aurélio Bellizze têm votado no sentido de que não é necessário demonstrar o perigo concreto para que o motorista seja processado criminalmente quando a quantidade de álcool no sangue for superior ao permitido por lei. Já os desembargadores Marcus Basílio e Jayme Boente votam no sentido contrário. Noutras Câmaras acontece o mesmo. Na 4ª, a desembargadora Gizelda Leitão costuma ficar vencida na matéria, pois vota por manter a ação penal contra motorista flagrado em blitz com concentração de álcool superior a permitida.

Já no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), a 5ª Turma tem validado inclusive a prova testemunhal como meio de comprovação do estado de embriaguez do condutor quando notórios os sinais de embriaguez presenciados. Assim, enquanto o TJ/RS “fortalece” a possibilidade de punição estendendo o ferramental probatório com a aceitação de testemunhas do estado de embriaguez do condutor, mesmo que este não seja submetido à prova pericial, o TJ/RJ apenas tem validado o arcabouço probatório, mesmo se realizados os testes com o etilômetro, se descrita uma ação perigosa na condução do veículo.

Para exemplificar, citamos a decisão consubstanciada no HC nº 0004474-29.2011.8.19.0000 impetrado junto à 5ª Câmara criminal do TJ/RJ.¹⁶

No citado HC, o Ilustre Desembargador Relator Geraldo Prado invoca a lógica finalista da teoria do delito, onde a conduta deve estar orientada a um resultado penalmente reprovável, ao dizer que na ótica penal vigente a proteção do bem jurídico não justifica a criminalização de determinadas condutas a qualquer

¹⁶ Disponível em: www.tjrj.jus.br.

custo; ao contrário, orienta a sua limitação, exigindo a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico para a configuração de crimes, sem que, com isso, se abra mão da punição de condutas tidas por socialmente reprovadas em maior nível de gravidade (p. 5). Sustenta a inconstitucionalidade da lei por incluir na responsabilidade penal condutas que não impliquem perigo de lesão algum, nem mesmo a um bem jurídico titularizado por pessoas indeterminadas, a coletividade (p. 6). Baseia-se no princípio da ofensividade para interrogar sobre em que caso poderá o Estado Juiz intervir na esfera de liberdade individual de uma pessoa, naquele em que ele simplesmente dirige veículo automotor com a quantidade de álcool por litro de sangue superior à definida na nova lei ou naquele em que, em razão dessa concentração que a norma penal considera excessiva, ele conduz o veículo de maneira anormal, causando no mínimo perigo de lesão à incolumidade física de outras pessoas determinadas. Responde dizendo que a resposta, evidentemente, está na segunda hipótese. Geraldo Prado também chama a atenção para a questão da proporcionalidade ao comentar que o próprio Código de Trânsito exige, para a caracterização de infração administrativa, evidentemente menos grave que a de índole penal, que a condução do veículo se dê **sob a influência** (grifo meu) de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, e que soaria desarrazoado que a lei assim fizesse para aplicar uma multa e, por outro lado, não o fizesse para restringir a liberdade de locomoção de indivíduo, bem sabidamente mais valioso do que o patrimônio, (p. 10). Informa ainda que a presunção do crime de perigo abstrato colide frontalmente com o princípio da ampla defesa.

De outra sorte, explana o ilustre Desembargador Relator Ivan Leomar Bruxel, na Apelação nº 70034422030 dirigida ao TJ/RS, no sentido de crime de perigo abstrato:

Atenta para a existência do fato e autoria: “existe prova do teor alcoólico superior ao tolerado pela nova lei, não havendo necessidade de demonstração de perigo concreto” (p. 1). Defende a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: “não há inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Inclusive o Supremo Tribunal Federal, tem julgado recursos a respeito dos crimes de trânsito, e até hoje, já passados treze anos desde o novo Código de Trânsito, não declarada a inconstitucionalidade” (p. 1). E segue dizendo: “E tanto vem ocorrendo inclusive depois da alteração legislativa que definiu o crime do artigo 306 do Código, que anteriormente era de perigo concreto, e tornou-se de perigo abstrato, ou presumido”

(p. 7). “De mais a mais, inúmeros são os crimes de perigo abstrato, que não dependem do resultado, e o exemplo mais recente, e cuja alegação de inconstitucionalidade foi expressamente rejeitada pelo STF, é o Estatuto do Desarmamento. E, se aqueles crimes não ofendem a Constituição, também não os crimes de trânsito”. Para ele: “É que a moderna teoria do crime, cada vez mais, adota medias preventivas, criminalizando condutas sem perigo concreto, justamente para evitar o crime mais grave, ou seja, antes que aconteça um resultado de maior gravidade” (p. 8). Reforça seu argumento com a seguinte decisão (p. 9):

INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E LESIVIDADE. DESCABIMENTO. REJEIÇÃO. O delito de direção sem habilitação, assim como o de tráfico de drogas e porte ilegal de armas, são crimes de perigo abstrato, prescindindo da demonstração de efetivo risco de lesão à incolumidade pública e à segurança do trânsito. Estes delitos representam a opção política do legislador, que busca a proteção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado, não havendo se falar em inconstitucionalidade, ou mesmo violação aos princípios da proporcionalidade e lesividade. No caso, a conduta do réu foi de perigo concreto, na medida em que além de embriagado, colidiu se veículo em outro, que estava estacionado e com pessoas em seu interior. (TJ/RS, 1º CCrim, Ap n. 70031427099, Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 23/09/2009).

Apesar da grande divergência neste ponto específico do tema, o STF ao julgar o **HC 109269**, em recente decisão anteriormente citada (p. 19), manifestou-se pela constitucionalidade do artigo 306 do CTB no que tange a interpretação por ser o crime de perigo abstrato.

4.3 Da jurisprudência selecionada

Decisão do TJ/SP no sentido de que é indispensável prova técnica para comprovar embriaguez:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO. 1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem. 2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas. 3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro. 4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade. 5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue. 6. Ordem concedida (TJ/SP, 6ª Turma. HC 166.377-SP. Rel. Min. Og Fernandes).

Manifestação do STJ pela validade do etilômetro para a comprovação da quantidade de sangue ingerida pelo condutor:

HABEAS CORPUS. 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. 1. A Lei n. 11.705/08, deu nova redação ao caput do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto. O legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal. 2. O Código de Trânsito Brasileiro declara, no seu art. 277, que todo condutor de veículo automotor que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam certificar seu estado. O parágrafo único do art. 306, ao tratar do crime de embriaguez ao volante, determina ao Poder Executivo Federal que estipule a equivalência entre os diferentes testes de alcoolemia. Por fim, a redação do Decreto nº 6.488/08 esclarece que, para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503/07, a concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões deve ser igual ou superior a três décimos de miligrama. 3. No caso, a materialidade do delito se encontra demonstrada pelo teste de etilômetro, cujo resultado acusou o índice de 1,22 miligrama de álcool por litro de ar expelido dos pulmões do paciente, concentração esta superior ao máximo de 0,30 mg/l. 4. Ordem denegada (STJ, HC n. 177.942/RS (2010/0121242-4), Rel. Des. Celso Limongi, julgado em 14/03/2011).

Pela idoneidade do bafômetro para comprovação do estado de embriaguez:

HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. QUANTIDADE DE ÁLCOOL INGERIDA PELO AGENTE. MEIO UTILIZADO."BAFÔMETRO". MEIO IDÔNEO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1.Embriaguez ao volante. Quantidade de álcool ingerida pelo agente. Aferição. Aparelho de ar alveolar pulmonar - etilômetro -, vulgo bafômetro. Instrumento empregado, em conformidade com a legislação aplicável à espécie. 2.Não há se falar em ausência de justa causa para a persecução penal, pois a comprovação da ingestão de álcool acima do limite tolerável foi atestada por meio idôneo, uma vez que tal verificação pode ser feita pelo exame de sangue ou pelo teste do "bafômetro", o que ocorreu na hipótese dos autos. 3.Ordem denegada (STJ. 6º Turma. HC 2011/0092299-1. Rel. Min. Vasco Della Giustina. Julgado em 16/08/2011).

Pela validade da prova testemunhal:

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 (STJ. Re. 1208112/MG. Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 24/05/2011).

Pela possibilidade de comprovação da embriaguez por laudo do IML:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. ARTS. 165 E 277 DO CTB. COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ POR LAUDO DO IML. POSSIBILIDADE. 1. Cinge-se a questão à possibilidade de configuração da infração descrita no art. 165 do CTB – motorista embriagado recusar-se a realizar o exame de alcoolemia. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem

consignou que o laudo de exame de corpo de delito concluiu pela embriaguez do motorista baseado nos seguintes indícios: a) marcha titubeante; b) coordenação motora alterada; c) elocução arrastada; e d) hálito etílico. 3. Apesar de o dispositivo citado, à época da prolação do acórdão, determinar que seria necessária a comprovação de álcool em nível superior a seis decigramas de sangue, a ratio essendi do dispositivo conduz à interpretação de ser possível constatar estado de embriaguez de outras maneiras, como no caso dos autos, em que esse foi verificado pelo IML. 4. Recurso Especial provido (STJ, 2º Turma. Re. 829628/DF. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 03/12/2009).

Pela validade do auto de constatação de embriaguez que descreve sintomas do suspeito pela polícia militar:

CRIMINAL. RHC. CRIME DE TRÂNSITO. DIREÇÃO SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 277, § 2º DO CTB. COMPETÊNCIA DA POLÍCIA CIVIL PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. POLÍCIA MILITAR QUE NÃO POSSUI TAL INCUMBÊNCIA. AUTO DE CONSTATAÇÃO DE EMBRIAGUEZ LAVRADO PELOS AGENTES DE TRÂNSITO. POSSIBILIDADE. ATO QUE NÃO CONSTITUI APURAÇÃO DE CRIME. PROVA A SER UTILIZADA PELOS POLICIAIS CIVIS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. RECURSO DESPROVIDO. Hipótese na qual é atribuída ao paciente a prática, em tese, de crime de trânsito, consistente em direção sob a influência de álcool, sendo que, diante da recusa do réu de ser submetido a teste de alcoolemia, os policiais militares lavraram Auto de Constatação de Embriaguez. Compete às polícias civis a função de apuração de infrações penais e às polícias militares a preservação da ordem pública. Caso o condutor do veículo supostamente embriagado se recuse a ser submetido ao teste de alcoolemia, os agentes de trânsito poderão obter outros tipos de provas em direito admitidas, tais como a documentação dos seus sinais de embriaguez, excitação e torpor resultantes do consumo de álcool. Descabido o argumento de inconstitucionalidade do § 2º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, pois a lavratura do Auto de Constatação de Embriaguez não configura apuração de infração penal, servindo, na verdade, como prova a legitimar a ação dos policiais civis. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade. Precedentes. Verificada a constitucionalidade do § 2º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, não há que se falar em falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal, pois a produção de prova da embriaguez do réu pelos agentes de trânsito não caracteriza ofensa à competência da polícia civil, tornando prematuro o trancamento da ação penal. Recurso desprovido (STJ. 5º Turma. RHC n. 20190/MS. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgado em 24/04/2007).

Pela ação pública incondicionada:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REPRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. O crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é de ação penal pública incondicionada, em face do caráter coletivo do bem jurídico tutelado (segurança viária), razão pela qual não depende de representação para a instauração do inquérito policial e início da ação penal. 2. Precedentes desta Corte. 3. Ordem denegada (STJ. 5º Turma. HC 99468/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 03/02/2009).

5 DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 306 E 277 DO CTB

O aspecto que tem provocado maior discussão na interpretação do artigo 306 do CTB, sobretudo por despertar interesse não apenas no meio acadêmico, mas também na população em geral, inclusive com grande espaço nos noticiários, é se o condutor flagrado em uma fiscalização sob suspeita de ter ingerido bebida alcoólica ou que tenha se envolvido em acidente de trânsito é ou não obrigado a submeter-se ao teste com o etilômetro.

Neste ponto o artigo é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103-7 proposta no STF em 04/07/2008 pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento, que teve como relator o Ministro Eros Grau, com o argumento jurídico de que a fiscalização proposta por meio do etilômetro atenta contra o direito à intimidade e a imagem, e submete a pessoas a práticas vexatórias, sendo certo que o inciso LXIII do art. 5º da CRFB/88 permite que o cidadão se recuse a fazer prova contra si mesmo (p. 26).¹⁷

Assim, aqueles que defendem que o condutor não deve ser obrigado a realizar o teste evocam a CRFB/88 com a máxima de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”.

Neste sentido, como observa Piovesan (1997), a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, entre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu artigo 8º, II, g, estabelece que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si.

Dando interpretação à regra, Steiner (2000) ensina que o direito ao silêncio diz mais do que o direito de ficar calado. Os preceitos garantistas constitucional e convencional conduzem à certeza de que o acusado não pode ser de nenhuma forma compelido a declarar contra si mesmo, ou a colaborar para a coleta de provas que possam incriminá-lo.

Sobre eventual conflito de normas, conclui Comparato (1999, p.48-49):

¹⁷ www.stf.jus.br

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a jurisprudência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de Direitos Humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

Em sentido contrário, aqueles que defendem a obrigatoriedade da realização do teste com etilômetro se fortalecem na afirmação de que o que está em jogo na aplicação da norma é a defesa da vida e da incolumidade pública, direitos fundamentais elencadas no artigo 5º *caput* de nossa Constituição:

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 a propriedade [...].

Atestam pela estreita legalidade do artigo, pois a obrigatoriedade de se submeter aos procedimentos está expressa em lei, em conformidade com o que reza o art. 5º, II, da CF, "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei". Lembram que o art. 306 ainda não foi alvo de pronunciamento pela Corte Constitucional, o STF. Reforçam o argumento ao concluírem que a afirmação de que "ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo" é uma construção doutrinária e não está expressa em Lei, não sendo, portanto, isenta de críticas.

A respeito, declarou o ilustre jurista Dr. Fernando Capez:¹⁸

No caso da chamada Lei Seca, a criminalização do mero comportamento de conduzir veículo automotor sob a influência de álcool ou qualquer outra substância de efeitos psicotrópicos, não vulnera nenhum princípio constitucional, mas, antes, confere adequada proteção à vida humana, tutelando-a contra agressões ainda em estágio embrionário. Não coibir com rigor o condutor ébrio e inseqüente é dar vazão a uma sequência de atos capazes de se convolver em um homicídio culposos.

¹⁸ Disponível em: www.cartaforense.com.br.

Destarte, esclarece o Parecer nº 121/2009 do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, endossado pela Advocacia-Geral da União, tendo que o princípio evocado é derivado da interpretação do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o Pacto de São José da Costa Rica, que assim dispõe:

Art. 8º Garantias Judiciais

[...]

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

Outrossim, prosseguindo no mesmo Pacto, encontrar-se no Capítulo V os deveres da pessoa:

Art. 32. Correlação entre deveres e direitos

1 Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

2 Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

Assim, verificamos que nenhuma liberdade é absoluta, devendo prevalecer, em uma sociedade democrática, o interesse social. Nesse sentido, preceitua ALEXY (2008, p.93), ao reconhecer que mesmo princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência, vindo a se somar à premissa de que nenhuma liberdade ou direito é absoluto:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido, um princípio terá que ceder. Isso não significa, contudo, que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma no caso concreto que, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência.

Diante do exposto, está-se diante de um conflito de princípios e garantias fundamentais, que deverá ser analisado sob a ótica da “ponderação”, ou seja, pela decisão sobre qual princípio deverá prevalecer no caso concreto, o que permitirá concluir se o teste com o bafômetro é válido.

Vale lembrar ainda o argumento presente no referido parecer (p. 7-8), onde a relatora lança mão da teoria de Konrad Hesse, configurada na “relação de poder especial”, que seriam limitações de direitos fundamentais que valem somente em um círculo limitado de pessoas que teriam deveres especiais em relação ao seu status jurídico particular, como o funcionário público, o militar etc.

Neste sentido, em síntese, alega que essa teoria se aplica perfeitamente à situação em análise, visto que para garantir o direito à vida e à segurança de todos os cidadãos, aqueles que optam por fazer parte de um grupo especial, o dos condutores, do qual não há obrigatoriedade legal de participação (o indivíduo tem a liberdade de optar por não conduzir veículo), devem submeter-se às limitações legais e às obrigações por elas impostas.

5.1 Da teoria prevalente sobre colisão de princípios constitucionais

A Teoria dos Princípios, ligada à teoria dos direitos fundamentais, ganhou impulso a partir dos estudos de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado. Na sequência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito. As duas obras precursoras desses autores “Levando o Direito a sério” e “Teoria dos Direitos Fundamentais” repercutiram em todo o mundo. São elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios.

Segundo os autores, a distinção entre regras e princípios se faz, sobretudo, quando de sua aplicação. As regras se aplicam na modalidade do tudo ou nada, ou seja, ocorrendo o fato descrito na norma ela deverá incidir. Não há margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato à norma e deduz-se uma conclusão objetiva.

Por isso se diz que as regras são mandatos ou comandos definitivos. Já os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Como os princípios têm a mesma hierarquia, não podem ser aplicados na modalidade tudo ou nada, mas sim de acordo com o peso relativo que assumem na situação específica. Assim, cabe à autoridade competente, ao legislador e ao intérprete judicial proceder à ponderação entre os princípios.

Nesse caso, a legitimidade da interpretação apenas será preservada na medida em que, em cada caso, informada pelo critério da proporcionalidade, essa composição seja operada. Como observa Canotilho (2002, p.182):

A especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonização dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efectividade de todos eles.

Robert Alexy (2011, p. 160-175), objetivando aplicar a máxima da ponderação com maior cientificidade, propôs uma fórmula com critérios racionais para a solução de colisões entre direitos fundamentais. Nesta fórmula o autor valoriza a questão do peso do princípio para que haja a aplicação da ponderação:

$G_{pi,jC} = \frac{I_{PiC}}{W_{PjC}}$ onde,
 G é o peso final, I é o grau de intensidade da intervenção no outro direito fundamental, W é a importância do direito fundamental justificador da intervenção, C é a circunstância fática e jurídica, Pi é um direito fundamental, Pj é outro direito fundamental.
 Sendo que, os pesos atribuídos às variáveis são os seguintes:
 $2^0 = 1$ é considerado peso leve
 $2^1 = 2$ é considerado peso médio
 $2^2 = 4$ é considerado peso grave
 Então, considerando que dois princípios estão em colisão:
 Se o resultado for maior que 1 o direito fundamental Pi precede Pj conforme a ordem em $G_{pi,jC}$.
 Se menor, inverte-se a ordem em $G_{pi,jC}$ para $G_{pj,iC}$, o que quer dizer que o direito precedente será Pj e não Pi.

No entanto, fica claro que o cálculo proposto pelo autor, apesar de uma tentativa de racionalização, não passa de uma metáfora de peso, isto é, basta saber em que nível se reporta o direito fundamental, se leve, médio ou grave, para se saber o resultado final. Fato que deixa claro que ele não conseguiu se desvincular da forma sensitiva para se chegar ao peso da intervenção e importância dos direitos fundamentais.

Pelo exposto, para concluirmos sobre qual princípio deveria prevalecer no caso em estudo, a manutenção da vida, derivada do trânsito seguro, ou a defesa da liberdade, decorrente da não incriminação, bastaria primeiramente valorar e depois contrabalancear o bem vida e o bem liberdade. Ora, uma simples pergunta feita a qualquer prisioneiro, por exemplo, e uma resposta intuitiva, colocaria fim à questão: Se perguntássemos a um detido qual pena ele preferiria, a pena de morte ou a prisão perpétua, certamente ele escolheria esta última. Ou seja, o bem vida prevalece sobre o bem liberdade, logo, a norma seria válida.

Nesse sentido, Dimoulis e Martins (2011, p. 214) discorre uma crítica à aplicação do critério da proporcionalidade *strictu sensu* e à teoria de Alexy, ao concluírem:

A proporcionalidade em sentido estrito deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade, já que, a despeito da opinião dominante tanto no Brasil quanto na Alemanha e em outros países, tem dado azo à usurpação da competência de decisão política própria do órgão do Poder Legislativo por órgãos do poder jurisdicional.

Estes autores definem direitos fundamentais como (p.49):

Direitos fundamentais são direitos políticos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Avançando na teoria proposta por Dimoulis e Martins (apresentada como um refinamento à Teoria da Proporcionalidade de Alexy), demonstraremos em seguida a técnica de interpretação jurídica para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais defendida pelos autores e da qual faremos uso para a conclusão sobre a constitucionalidade dos artigos em estudo:

Para os preditos autores uma intervenção será permitida (constitucionalmente justificada) em quatro casos (p.143-144):

a) Se o comportamento não se situar na área de proteção do respectivo direito. Exemplo: reunião de pessoas armadas (art. 5º, XVI, da CF). Aqui não se tem uma intervenção de sentido técnico-jurídico, vez em que a ação do Estado que proibiria tal reunião não recai sobre um comportamento individual ou coletivo abrangido pela área de proteção de um direito fundamental. A ação do Estado não chega a configurar uma intervenção na área de proteção, não encontrando nenhum óbice normativo, sendo *ab initio* constitucionalmente permitida.

b) Será também justificada a intervenção se representar a concretização de um limite constitucional derivado do chamado direito constitucional de colisão. Essa concretização é realizada, em primeira linha, pelos titulares da função legislativa e o conteúdo da norma limitadora (interventora) devera ser analisado e, eventualmente, limitado, tendo em vista o vínculo destes órgãos estatais ao direito fundamental atingido.

c) Justifica-se a intervenção quando norma infraconstitucional restringe o direito fundamental de forma permitida pela Constituição mediante “reserva legal”. Exemplo: para exercer a profissão de advogado o bacharel em Direito e titular do direito ao livre exercício de qualquer profissão deve ser submetido a exames de conhecimento e aptidão profissional, especificados em lei. Neste caso, a intervenção legislativa que limita o acesso à profissão do advogado, exigindo esses exames, está “coberta” pelo dispositivo constitucional do art. 5º, XIII, *in fine*, da CF (“atendidas as qualificações que a lei estabelecer”) que prevê a possibilidade de tal limitação.

d) Temos a possibilidade da intervenção justificada se dois direitos fundamentais ou um direito fundamental do indivíduo e um princípio de interesse geral colidirem quando da aplicação de normas de direito infraconstitucional. Exemplos: a polícia proíbe uma reunião para possibilitar o exercício da liberdade de locomoção (colisão entre direitos fundamentais); o diretor de um presídio abre a correspondência dos detentos por razões de segurança pública (relação de tensão entre dois bens jurídico-constitucionais). Nesses casos, o comportamento proibido situa-se na área de proteção, porém sua proibição ou limitação pode vir a ser constitucionalmente justificada pela existência de uma colisão normativa. Seu pressuposto é a atividade legiferante infraconstitucional do Estado que, ao perseguir a proteção de bens jurídicos constitucionais, acaba tendo que limitar o exercício de um direito fundamental.

Os autores esclarecem que do ponto de vista de seu conteúdo, o exame de proporcionalidade deve ser realizado em quatro passos sucessivos, que estruturam e, segundo o entendimento da presente apresentação dogmática, esgotam o exame de proporcionalidade (p. 188-219):

1) Licitude do propósito perseguido:

Em primeiro lugar deve-se avaliar a licitude (ou legalidade, ou “legitimidade”) do propósito da medida de intervenção na área de proteção do direito fundamental atingido. Não sobre a legalidade do ato em si, mas sobre a justificação constitucional da lei. Tampouco interessa avaliar, nesse contexto, o caráter legítimo do fim (e do meio) do ponto de vista filosófico-axiológico (valor do fim e do meio) ou do ponto de vista da sociologia jurídica (aceitação da medida estatal pela população). Aqui interessa única e exclusivamente a questão formal da conformidade entre o fim (e o meio) e o ordenamento jurídico vigente. Procura-se saber se o fim é constitucionalmente admitido e, em seguida, se o mesmo vale para o meio escolhido, ou seja, que não se choque contra nenhum dispositivo em sentido formal.

A primeira tarefa do operador do direito ao valer do critério da proporcionalidade é, 1 – interpretar e definir o real propósito da autoridade estatal (ou de seus agentes no exercício de funções estatais ou equivalentes). 2 – verificar se se trata de um propósito lícito.

2) Licitude do meio utilizado:

O segundo passo é a avaliação da idoneidade apriorística ou isolada do meio empregado em relação à sua ilicitude. Assim como o fim perseguido não pode ser proibido pelo ordenamento jurídico, o meio em si considerado (independente com sua relação com o fim) não pode ser reprovado pelo ordenamento (legal) constitucional. Nesse caso, a definição da licitude não requer o mesmo esforço interpretativo como a licitude do propósito, já que o meio e seu impacto são manifestos, não havendo possibilidade de uma ilicitude latente como pode ocorrer com os propósitos. Um exemplo permite ilustrar a ilicitude do meio: a autoridade estatal que manteria como reféns os filhos de um suspeito de ser chefe de uma quadrilha que comete crimes de particular gravidade pode estar perseguindo vários propósitos lícitos, tais como facilitar a prisão do suspeito, evitar que a quadrilha continue cometendo crimes, garantir a efetividade da persecução penal etc. Mas, agindo dessa forma, o Estado emprega meios ilícitos. Isso é facilmente verificável, dado o caráter penalmente reprovável dessas condutas, como ocorre na maioria dos meios ilícitos. Trata-se de definir com precisão e clareza qual é o fim perseguido pela intervenção e quais os meios utilizados para tanto.

3) Adequação do meio utilizado:

No terceiro passo de exame da proporcionalidade avalia-se a relação entre o meio (intervenção) e o propósito por ele perseguido. Adequado será o meio se houver uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado (Schlink, 1976, p. 193). Suponha que o objeto do Estado é diminuir o número de acidentes de trânsito. O estabelecimento de uma limitação de velocidade nas rodovias é uma medida que comprovadamente contribui no mundo inteiro para a diminuição dos acidentes em geral, e do número de acidentes fatais em particular. Uma lei impondo limitações de velocidade permite alcançar este fim, sendo segura a conexão entre o estado de coisas que será obtido após a entrada em vigor desta lei e o estado de coisas almejado ou presente quando o propósito puder ser considerado alcançado. A eventualidade de muitos motoristas desrespeitarem a limitação e a polícia não realizar os devidos controles, deixando a lei de produzir os efeitos desejados, não impugna sua adequação, pois não afeta, em geral, a sua idoneidade enquanto medida. Em primeiro lugar, em caso de dúvidas ou de impossibilidade de constatar objetivamente a adequação da medida deve ser respeitada a vontade do legislador ordinário, ainda que não seja possível, em razão das circunstâncias, comprovar com certeza científica a adequação: *in dubio pro legislatore*.

4) Necessidade do meio utilizado:

Coerentemente com o sentido de garantia do critério da proporcionalidade, qual seja, poupar a liberdade tutelada pelo direito fundamental ao máximo possível, o subcritério da necessidade do meio escolhido e utilizado é o decisivo. Esse subcritério permite realizar o controle mais profundo e exigente, decidindo se o meio utilizado é, em última instância, proporcional aos propósitos perseguidos. Analisando se não há outro meio (meio alternativo) que o Estado possa utilizar e que satisfaça duas condições:

a) O meio alternativo deve ser o menos gravoso para o titular do direito que sofre a limitação de seu direito fundamental. Isso permite descartar os meios igualmente ou mais gravosos que são adequados (requisito da menor gravidade).

b) O meio alternativo deve ter eficácia semelhante ao meio escolhido pela autoridade estatal, que passou pelo crivo da adequação, permitindo alcançar o estado de coisas no qual o propósito possa ser considerado realizado. Dito de outra maneira, o meio alternativo menos gravoso deve ser adequado da mesma forma que o meio mais gravoso escolhido pela autoridade e também tão adequado quanto os eventuais outros meios menos gravosos que o escolhido pela autoridade estatal (requisito da igual adequação).

Em resumo, dentre todos os meios que permitem alcançar os propósitos lícitos, somente o que grava o direito fundamental com menor intensidade será o necessário. Todos os demais são desnecessários, sendo desproporcionais. Se o legislador (ou aquele órgão estatal que aplica a norma no âmbito de sua competência) tiver escolhido um meio mais gravoso do que o necessário, sua escolha deve ser considerada inconstitucional. A argumentação se baseia na premissa segundo a qual o Estado pode intervir na liberdade individual somente quando a intervenção for necessária para o alcance de um propósito lícito, ao mesmo tempo em que a “posição mínima” do indivíduo reste protegida (Schlink, 1976, p. 76 e ss., 192 e ss.). Sobre a figura da “posição mínima” a sua proximidade conceitual com a dogmática do conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, cfr. MARTINS, 2001, p. 148. A intensidade, medida básica para aferir o meio necessário, deve ser auferida a partir da percepção da intervenção por parte de seu titular. Cfr. SCHLINK, 2001, p. 445 e ss. No controle de constitucionalidade concreto, relacionado a uma lide judicial específica, deve-se medir a intensidade a partir das petições e esclarecimentos da parte. No controle abstrato, como não é possível localizar e ouvir todos aqueles cujos direitos serão potencialmente afetados pelas medidas legislativas, a aferição da intensidade da medida estatal e de suas alternativas devem se basear em dados empíricos e em máximas de experiência. Em relação aos componentes conceituais da necessidade devem ser feitas duas observações:

a) Identificação dos meios adequados. Para que seja realizado o exame da necessidade é imprescindível que o avaliador da Constituição estabeleça uma lista completa dos possíveis meios que possibilitem alcançar o propósito almejado pela intervenção. Deve se tratar de meios que demonstrem adequação ao propósito, mas respectivamente intervenham no direito com intensidade diferente.

b) Comparação dos meios adequados. Na realização do exame de necessidade há o problema da mensuração do impacto ou gravidade dos meios. Isso envolve três problemas. Primeiro, saber qual entre os meios propostos é o menos gravoso para o titular do direito (grau de intensidade). Segundo, encontrar formas para medir sua relação com o fim almejado (grau de adequação). Terceiro, relacionar o problema da intensidade com o problema do investimento estatal que pressupõe a tomada de certa medida (grau de custo estatal).

5.2 Da aplicação da teoria prevalente ao caso em estudo

Seguindo o roteiro para o controle de constitucionalidade material em face de direitos fundamentais, especialmente relacionado à lei que limita os chamados direitos negativos (de resistência) e políticos, temos em Dimoulis e Martins (2011, p. 231-232):

1. O comportamento ou *status* jurídico contemplado pela Lei situa-se na área de proteção de um direito fundamental?
 2. A Lei intervém na área de proteção do direito fundamental contemplado pela Lei?
 3. A intervenção verificada é justificada constitucionalmente (intervenção permitida)?
 - 3.1 Há validade formal da Lei (competência, respeito das regras do processo legislativo, vigência)?
 - 3.2 A Lei é geral?
 - 3.3 A Lei é clara e concreta?
 - 3.4 A Lei interventora encontra respaldo (é coberta pelo) no tipo de reserva legal do direito fundamental ou pelo menos no chamado direito constitucional de colisão?
 - 3.5 A Lei respeita o critério de proporcionalidade?
 - 3.5.1 O propósito da intervenção perpetrada é constitucionalmente admitido (lícito)?
 - 3.5.2 O meio de intervenção escolhido é constitucionalmente admitido (lícito)?
 - 3.5.3 O meio de intervenção escolhido é adequado ao alcance do propósito almejado?
 - 3.5.4 O meio de intervenção escolhido é necessário para o alcance do propósito almejado?
- Observação:** Haverá violação de um direito fundamental se respondermos “sim” às duas primeiras questões e “não” a pelo menos um dos itens da terceira.

Sendo assim, com base no roteiro acima, partiremos para a análise da constitucionalidade dos artigos respondendo às questões propostas:

— 1. Ao interpretarmos juridicamente a lei, verificamos que ela não situa na área de proteção de um direito fundamental. Senão vejamos:

O Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 277, em complemento ao artigo 306, traz o seguinte comando imperativo:

Artigo 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 teste de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar o seu estado. (grifo meu)

Muitos daqueles convidados a realizar o teste de alcoolemia com o etilômetro se recusam a realizar o teste sob a alegação de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”.

Esta máxima é derivada do disposto no artigo 8º, alínea g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”, com seu similar artigo 5º, LXIII, da CRFB/88, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, por vezes ainda correlacionado com o “princípio da presunção da inocência”, artigo 5º, LVII da CRFB/88, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Assim, devemos analisar se o direito de permanecer calado é suficiente, ou seja, se pode ser evocado para afastar outras formas de obtenção de prova, como o teste com o etilômetro.

Inicialmente cabe salientarmos que a literalidade do clamado “direito de não fazer prova contra si mesmo” advém de construção doutrinária não corresponde a um texto legal.

Em seu elemento gramatical o artigo restringe seu alcance aos verbos “depor” e “confessar”, ou “permanecer calado”, o que por si só não afasta a utilização de outros meios de prova.

Ao analisarmos o Pacto de São José da Costa Rica, devemos observar o contexto histórico que envolveu a criação da Lei assim como a sua finalidade. É sabido que a década de sessenta foi marcada por profundas violações aos direitos fundamentais na América Latina, praticadas em sua maioria em países governados por meio de Regimes Ditatoriais. Ora, uma simples leitura do art. 8º do Pacto é o bastante para visualizarmos que a norma está ligada, sobretudo, ao direito de permanecer calado em um contexto de interrogatório, onde, por vezes, se utilizava da força para arrancar uma confissão do detido, confissão esta que nem sempre era verdadeira. Ao observarmos o dispositivo constitucional relacionado, igualmente se depreende a influência do contexto social de redemocratização na elaboração da norma. Assim, mais do que restringir o poder regulador estatal, quando de relevância social e democraticamente imposto, a Lei objetivou resguardar a população de abusos de poder.

Para exemplificar o valor da contextualização histórica, argumentamos que muitos artigos de lei que datam desta época estão sendo revistos, tendo em vista não se adequarem mais à realidade da sociedade brasileira, o que se pode observar pela redação do inciso LVIII do art. 5º da CRFB/88, que dispõe que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. O inciso foi regulamentado pela Lei 12.037/2009, que trata da identificação criminal por método datiloscópico e fotográfico. À época da edição do artigo é sabido que eram freqüentes os abusos com encaminhamento desnecessário de civis para “fichamento” nos órgãos policiais, o que não ocorre nos dias atuais. O que se verifica hoje é um número considerável de procedimentos que, no cotidiano, exigem a exposição da imagem, sem que com isto nos consideremos constrangidos, como gravações e monitoramento por câmeras, o recolhimento de digitais em diversas atividades como na realização de concursos públicos, no embarque em vôos, na realização de aulas práticas de direção automobilísticas, para liberação de consultas em planos de saúde etc.

Neste contexto, citamos o que dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Lembramos que a conversa telefônica gravada mediante autorização, por exemplo, não é vista como um depoimento ou como uma confissão de forma a ser invalidada pelo artigo.

Não podemos, assim, sob o pretexto da “máxima efetividade”, estender indiscriminadamente o alcance das normas constitucionais, sobretudo quando limita o próprio texto constitucional.

Conclusão: Portanto, a solicitação do teste com etilômetro não faz parte da área de proteção do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, não sendo por ele protegido.

— 2. Da intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental contemplado em lei.

No caso, não há intervenção no direito fundamental do artigo 8º da Convenção quando da solicitação para que o suspeito se submeta ao teste com o etilômetro no sentido de que o teste não possui relação direta com a ação de permanecer calado. O suspeito pode permanecer em silêncio, não sendo obrigado a dizer, por exemplo, se ingeriu bebida alcoólica, a quantidade ingerida, se efetuou manobras perigosas no trânsito, se foi o responsável pela causa do acidente etc. Neste sentido, o teste não tem como escopo impedir o silêncio.

Não há ainda conflito entre o procedimento em comento com o princípio da presunção de inocência, uma vez que o artigo 277 aduz que os condutores que deverão fazer o teste serão apenas aqueles envolvidos em acidente de trânsito ou sob suspeita de dirigirem sobre influência de álcool. Ou seja, quando o condutor se apresentar em condições que permitam concluir por estar, ou pelo menos apresentar boa probabilidade de estar sob a influência de álcool. Uma verdadeira situação de flagrante desrespeito à Lei, sendo o aparelho utilizado apenas para verificar a intensidade do delito, aplicando uma medida administrativa ou de cunho penal.

No mais, a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça atesta que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, permitindo inclusive o instituto da prisão provisória, que inegavelmente apresenta repercussões que vão muito além de um teste com o etilômetro: “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Tratando-se do artigo 306, mesmo o condutor apresentando grande quantidade de álcool no sangue após constatado pelo etilômetro, será posto em liberdade mediante o pagamento de fiança.

Conclusão: Portanto, a submissão do suspeito à realização do teste com o etilômetro a fim de mensurar seu estado etílico não representa uma intervenção na área de proteção de direito fundamental.

— 3. Justificação constitucional da intervenção estatal do direito fundamental:

Apresentaremos as etapas seguintes fixando na análise do critério da proporcionalidade.

3.1 Validade da lei: A lei é válida, pois entrou em vigência após cumpridas todas as etapas do regular processo legislativo, conforme legislação pertinente.

3.2 A lei é geral: a lei atinge a todas as pessoas capazes de sofrerem sanção e abrange todo o território nacional. Conforme o artigo 22, inciso XI da CRFB/88, é de competência privativa da União legislar sobre matéria de trânsito.

3.3 A lei é clara e concreta: Não há questionamento pela obscuridade do texto legal.

3.4 A Lei é coberta pelo direito de colisão por defender direitos ou princípios previstos na Constituição. Segundo Steinmetz (2001, p. 139), “há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular”.

3.5 Se a medida respeita o critério da proporcionalidade:

3.5.1 Propósito constitucionalmente admitido, ou lícito.

Conforme o art. 5º, *caput*, é garantido “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade”. A lei tem a finalidade de diminuir os acidentes de trânsito. Sabemos que os acidentes de trânsito, por vezes, restringem a liberdade de locomoção (interdição de pista e congestionamentos), provocam danos à propriedade dos envolvidos (muitas vezes daqueles que não deram causa ao acidente), são motivo de ocorrências de crime (furto de carga etc), e tiram vidas (estão relaciondos com o grande índice de morte violenta no Brasil, sobretudo de jovens). Sendo assim, a lei objetiva proteger os direitos acima elencados.

O artigo 144 da CRFB/88 obriga a atuação estatal ao dizer que “a segurança pública é dever do estado e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

A lei respeita o princípio da legalidade, artigo 5º, incisos XXXIX, da CRFB/88, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

As penas previstas são devidamente autorizadas pelo inciso XLVI, artigo 5º, da CRFB/88, ao dispor que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: e) suspensão ou interdição de direitos” e pelo artigo 47 do Código Penal, inciso III, segundo o qual “as penas de interdição temporária de direitos são: suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo”.

Os procedimentos da Lei obedecem ao devido processo legal, em acordo com o inciso LIV, artigo 5º, da CRFB/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Conclusão: Sendo assim, evidencia-se o propósito lícito da Lei.

3.5.2 Meio constitucionalmente admitido, ou lícito.

Nosso Código de Processo Penal, com a redação do artigo 244, possibilita a atuação policial em caso de “fundada suspeita”, possibilitando inclusive a busca pessoal. A medida administrativa prevê a retenção do veículo daquele que aparenta sintomas de embriaguês, pois o indivíduo não apresenta condições de conduzir o veículo com segurança. Neste caso, a fim de evitar um acidente, o policial deverá fazer uso da força, se preciso, sob pena de responder por sua omissão, já que é agente garantidor, conforme o artigo 13, parágrafo 2º, alínea a, do Código Penal Brasileiro. Lembramos que a utilização do etilômetro não se faz por procedimento invasivo e dura poucos segundos, não sofrendo restrição constitucional.

Conclusão: Desta forma, o uso do etilômetro é permitido quando utilizado conforme o manual do equipamento e de maneira suficiente ao propósito almejado.

3.5.3 É adequado? Pesquisas no mundo inteiro concluíram pela inviabilidade de se conduzir veículo automotor sob a influência de álcool, sendo certa a relação entre a ingestão de bebida alcoólica com o aumento dos acidentes de trânsito, notadamente os de grave intensidade.

Conclusão: Neste sentido, é inegável que a Lei é adequada por ser mais um instrumento de coerção que, se devidamente utilizado, acabará por inibir a direção por condutores embriagados e conseqüentemente irá contribuir para diminuição do número de acidentes.

3.5.4 É necessário? A lei é necessária, já que o etilômetro é o meio de intervenção menos gravoso ao indivíduo quando comparado com outros meios capazes de atestar a ingestão de álcool, a exemplo dos exames clínico e de sangue.

Existem aqueles que defendem a inconstitucionalidade do etilômetro por entenderem que a sujeição ao teste fere o princípio da dignidade da pessoa humana, violando a intimidade do suspeito e o expondo a situação vexatória.

No entanto, o teste do bafômetro é extremamente rápido, pode ser realizado no local em que a pessoa é abordada para fiscalização, não é invasivo, não expõe a pessoa a perigo de contaminação, já que a parte com que esta entrará em contato (bocal) na fiscalização é descartável, além do que não exige esforço para sua realização.

Os demais testes, porém, dependem de encaminhamento do suspeito para exame com perito habilitado em local diverso daquele onde é realizada a fiscalização. O deslocamento para o local de exame é feito em viatura policial, o que sem dúvida é constrangedor, além do que, dependendo do ambiente em que o suspeito será apresentado, seja um hospital ou repartição policial, certamente será exposto a situações imprevisíveis e muitas vezes até perigosas.

Conclusão geral: em razão dos argumentos apresentados, considerando que a obrigatoriedade do uso do etilômetro é necessária para garantir a locomoção segura nas vias públicas, é razoável concluir que eventual ação judicial que postule pela inconstitucionalidade, baseada no princípio da não auto-incriminação, provavelmente seja julgada improcedente.

6 DAS SUGESTÕES PARA A ATUAÇÃO POLICIAL

Sobre a atuação policial, observamos que permanece a divergência quanto à obrigatoriedade de encaminhar o suspeito à delegacia de polícia judiciária, estando presentes os sintomas de embriaguez do condutor do veículo. Se apenas quando o sujeito se submeter ao teste de alcoolemia com o bafômetro obtendo resultado de ingestão de álcool além do limite permitido pela Lei ou também quando o suspeito se nega ao teste.

No último caso, o encaminhamento se justificaria a fim de propiciar à autoridade policial a solicitação de outros testes previstos na Lei como o exame clínico, o exame de sangue, ou outro exame que, por meios técnicos e científicos, permita certificar o estado do indivíduo.

Nesta análise, devemos considerar inicialmente que, embora os artigos estejam sendo alvo de questionamento sobre sua constitucionalidade, através de ADI n. 4103-7, sob o argumento de que “ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo”, ainda não houve pronunciamento a este respeito, ou seja, a Lei é válida e está plenamente em vigor.

Neste sentido, causa estranheza os procedimentos policiais que deixam de encaminhar o suspeito à DP no caso citado. É neste momento que a interpretação da AGU de que o indivíduo que se nega a realizar o teste incorre em crime de desobediência, e o policial deve encaminhá-lo à DP, sob pena de responder por esta omissão, parece a mais adequada.

Por outro lado, é grande o apelo pelo não encaminhamento do indivíduo a DP quando este não realizar o teste com o bafômetro, pois, pela redação do artigo, o crime se configura apenas com a constatação, através de prova técnica, de que o suspeito ingeriu bebida alcoólica nos níveis indicados, e sabemos que se ele se negou ao teste do bafômetro quando abordado na fiscalização, dificilmente se sujeitará a ele ou a qualquer outro teste na DP, o que tornaria o procedimento policial infrutífero, atentando contra o princípio da eficiência. Devemos lembrar ainda que o encaminhamento, dependendo das condições materiais e humanas de que dispõe a polícia judiciária, pode expor o suspeito a uma situação vexatória, em um procedimento que pode durar horas, e que terminaria, muitas das vezes, com a liberação do suspeito sem autuação, o que poderia ser alvo de uma série de

questionamentos, inclusive consubstanciados em ações judiciais. Reforça o argumento a decisão que vem sendo tomada pelos Delgados de Polícia, a quem incumbe decidir pelo flagrante delito, de não aplicar penalidade àquele que se nega ao teste do etilômetro, indo contra a tese da AGU.

Como dito, o entendimento sobre a Lei ainda não foi manifestado, tampouco pode ser previsto com certeza, já que há jurisprudência em relação à obtenção de provas que caminham em sentidos opostos. Vejam, como exemplo, a ementa da decisão abaixo, que desobriga o suspeito a apresentar padrões gráficos de próprio punho, por haver meio menos gravoso de se obter a prova, e a Súmula que considera aquele que se nega ao exame de DNA pai presumido, objetivando preservar os direitos do incapaz. Estas decisões se deram, ao que tudo indica, pela ponderação entre os princípios em jogo:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (TJ/SP, HC, 1º Turma Rel. Min. Ilmar Galvão, publicado em DJ 06-11-1998).

Por outro lado, conforme a Súmula n. 301 STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

Certo, contudo, é que o policial que se depara com uma ocorrência envolvendo condutor embriagado deve tomar as providências necessárias para

garantir a punição do infrator, e agir, ao mesmo tempo, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, a fim de preservar os direitos e garantias constitucionais do cidadão e dele próprio. Nesse sentido, são válidas algumas recomendações: os procedimentos devem ser configurados com base na lei que está em vigência; havendo um procedimento, o policial deve pautar sua conduta orientado por ele, tendo em vista a prevalência do poder hierárquico; sempre que possível, arrolar testemunhas, sabendo que há, inclusive, decisões no sentido de validá-las como meio de prova para o crime estudado, sobretudo quando notórios os sintomas de embriaguez; preencher o formulário próprio que ateste os sintomas do indivíduo, pois ele já foi alvo de contestação e tido como válido; descrever a forma como o suspeito conduzia o veículo, se este realizou manobras que colocaram em risco a segurança no trânsito, haja vista alguns julgadores entenderem tratar o crime de perigo concreto; impedir que o condutor embriagado, mesmo não realizando o teste, conduza seu veículo, visto ser o policial agente garantidor e poderá responder por omissão. Neste caso, encaminhar o indivíduo à DP, à disposição da Autoridade Policial, a quem caberá decidir, conforme o caso, pela autuação no crime de trânsito, desobediência etc., ou apenas entrar em contato com a família para que levem o indivíduo com segurança; não sair para outra ocorrência sem que antes tenha encaminhado o veículo apreendido para pátio credenciado; não se utilizar da força para obrigar o indivíduo ao teste do bafômetro; não impedir a atuação imediata dos advogados; respeitar as prerrogativas processuais dos parlamentares, juízes, diplomatas, advogados em serviço etc., de não serem encaminhados à DP em flagrante pelo crime em tela, entre outras. Porém, deverá ser elaborado boletim que será enviado à DP, que fará a comunicação ao órgão competente; o crime é de ação pública incondicionada, assim o policial deverá, obrigatoriamente, confeccionar um boletim de ocorrência; não encaminhar o suspeito à DP quando evidenciarem que não serão prontamente atendidos pela Autoridade Policial ou que não há meios técnicos que permitam a realização de exames complementares para a constatação do teor alcoólico, neste caso, tentar contato prévio com a DP para ser orientado sob como proceder.

Neste sentido, procuramos, sem esgotar o tema, contribuir para a atuação policial que garanta a preservação da ordem e respeite os direitos dos fiscalizados.

7 CONCLUSÃO

Efetuada a pesquisa do presente trabalho, em resposta às questões propostas, é possível chegar a algumas conclusões sobre o crime do artigo 306 do CTB, como:

Verifica-se plena aceitação da aplicação de penalidades administrativas ao condutor sob suspeita de ter feito uso de bebida alcoólica ou que tenha se envolvido em acidente de trânsito, como apreensão da CNH, retenção ou apreensão do veículo, suspensão do direito de dirigir e multa.

É pacífico, atualmente, o entendimento pelo não cabimento de *Habeas Corpus* preventivo, com a expedição de Salvo Conduto para que o condutor se coloque livre de qualquer fiscalização no trânsito. Esta hipótese foi aventada no início da vigência da lei, inclusive com o deferimento provisório de muitos pedidos, que hoje não são aceitos.

A divergência quanto à classificação do crime, sendo ele de perigo concreto ou de perigo abstrato, caminha para o fim com a recente decisão proferida pelo STF. A Corte Suprema concluiu ser irrelevante indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, tratando o caso de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado, decidindo assim pela constitucionalidade da lei neste ponto.

O entendimento majoritário é no sentido de que é necessária a comprovação do nível de álcool no sangue, por meio de prova técnica, como o uso do etilômetro ou o exame de sangue, para a configuração do crime em tela, sendo a prova testemunhal aceita pelo julgador apenas em casos isolados, principalmente quando notórios os sinais de embriaguês e tendo o condutor se envolvido em acidente de trânsito com vítima.

As forças policiais divergem quanto à obrigatoriedade de encaminhamento do suspeito à Delegacia de Polícia Civil quando este se nega a assoprar o etilômetro. Algumas instituições orientam para que encaminhem o indivíduo à DP para que ele se negue a fazer o teste na presença do Delegado de Polícia, que poderá solicitar exames complementares, não obrigatórios. Já outras instituições orientam pelo não encaminhamento, com o envio à DP do boletim policial que contém informações tais como o relato do caso, indicação do estado étílico do

suspeito, rol testemunhas, entre outras, que serão submetidas a posterior apreciação pela Autoridade Policial.

A Advocacia-Geral da União sustentou em parecer que aquele que se nega ao teste do etilômetro deve ser punido pelo crime de desobediência. Porém, a tese não foi aceita pelos Delegados de polícia, que têm se contentado com a punição administrativa e validado o estado de flagrante delito para o crime do artigo 306 apenas com a presença de prova técnica.

Segundo conclusão geral do capítulo 5, entendo que o pronunciamento aguardado do STF, sobretudo em relação à obrigatoriedade do indivíduo em se submeter ao teste com etilômetro (bafômetro), tenderá pela constitucionalidade da Lei.

No entanto, sendo ou não constitucional a Lei, não há nada que a fiscalização possa fazer de modo a obrigar o indivíduo a realizar o teste, restando a aplicação das medidas administrativas previstas, a não ser que a Corte decida ainda pela configuração do crime no caso de o indivíduo se negar ao teste.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 670 p.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Estudo sobre a legalidade e obrigatoriedade de uso de etilômetro**. Parecer n. 21/2009/AGU/CONJUR/DPRF/MJ de 20 de jul. 2009. Relatora: Maria de Lourdes M. de Oliveira. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>> Acesso em 21 set. 2011.

BRASIL. Departamento Nacional de Trânsito. **Impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras** – Relatório Executivo – Brasília: IPEA/DENATRAN/ANTP, 2006. 80 p.: 25 gráfs, 21 tabs. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/publicacoes/publicacao.asp>. Acesso em: 19 set. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Cordenadoria Geral de Operações, **Instrução Normativa nº 03 de 24 de jun. de 2008**, anexo I - Manual de Procedimentos Operacionais nº 007. 10. Disponível em <<http://www.dprf.gov.br>> Acesso em 10 ago. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Brasil lança pacto pela redução de acidentes de trânsito. Disponível em: <<http://www.portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias>> Acesso em: 22 nov. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. Posicionamento sobre a Lei Seca. **Carta forense**. São Paulo, 29 de abr. 2009. Seção entrevistas. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Default.aspx?acao=acesso>> Acesso em: 04 nov. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.(48-49).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Pulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 317 p.

JESUS, Damásio Evangelista. **Crimes de Trânsito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 264 p.

MARCÃO, Renato. **Crimes de Trânsito**: anotações e interpretação jurisprudencial da parte penal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2010. 248 p.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/portal>>. Acesso em 21 set. 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=20380>>. Acesso em 21 set. 2011.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. Ed. São Paulo: Max Limonard, 1997. 254 p.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim. **Crimes de Trânsito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 219 p.

SECRETARIA DE ESTADO E DEFESA SOCIAL DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<https://www.seds.mg.gov.br>>. Acesso em 11 de out. de 2011.

STEINER, Silvia Helena Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 125 p.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 02 out. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 21 set. 2011.