



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ARMANDO JOSÉ BASÍLIO ALVES

NÃO OBRIGATORIEDADE DO USO DO BAFÔMETRO DE ACORDO
COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

SOUSA - PB
2009

ARMANDO JOSÉ BASÍLIO ALVES

NÃO OBRIGATORIEDADE DO USO DO BAFÔMETRO DE ACORDO
COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Maria dos Remédios Calado.

SOUSA - PB
2009

ARMANDO JOSÉ BASÍLIO ALVES

NÃO OBRIGATORIEDADE DO USO DO BAFÔMETRO DE ACORDO
COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de bacharel em ciências jurídicas e sociais.

Orientador (a): Maria dos Remédios Calado

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Profª Maria dos Remédios Calado – UFCG

Professor Orientador

Examinador interno

Examinador externo

Dedico, o beneplácito de poder está concluindo este curso, a DEUS, por ser fundamental em nossas vidas, ao meu pai por ser grande incentivador dos meus ideais e contribuir de forma direta nesta vitória, a minha mãe pelos seus esforços incessantes para juntos conseguirmos esta conquista, a meu irmão pela torcida, a minha família de modo geral, e por ultimo e não menos importante a minha noiva Nayara por apoiar de forma incondicional esse projeto de vida.

AGRADECIMENTOS

Como verdadeiro cristão, agradeço as obras e graças de Deus em minha vida enfatizando mais esta conquista por ser ele o real responsável pelo que há de melhor em nossa caminhada.

Agradeço de forma entusiasmada a meu pai e minha mãe por ser dois constantes guerreiros que vencem mais esta batalha e merecem que os méritos sejam depositados com amplitude em suas vidas.

Agradeço a meu irmão por todos o ensinamentos, mesmo que involuntários, me ajudaram e me ajudam a viver com mais atilamento neste mundo.

Toda a minha família (tios, tias, primos...) faz jus a todos os agradecimentos neste contexto, entretanto faço questão de ressaltar a participação incondicional do meu primo-irmão Ronaldo (flamenguista como eu) que desde meu ensino médio me ensina, de acordo com seu elevado grau erudito, a sempre ser um estudante e que muito há a aprender.

Reconheço nesta oportunidade a participação direta da minha noiva Nayara que não mede esforços para me ajudar, no sentido mais amplo da palavra, e que foi responsável por despertar em mim um dos mais nobres sentimentos, o amor. Faço questão de enfatizar que sou muito grato a toda sua família na mesma proporção.

Aos meus amigos faço questão de citar: wesley (Nino), Jessé, Richardson (vaqueiro), Rijalma Jr. (Panderão), Alysson Miranda, dentre tantos que se for citar apresentarei esta monografia após a copa de 2014.

A minha turma na universidade (turma 2009.2).

A todos os professores do curso de Direito da UFCG que contribuíram com a bagagem de cognição deste trabalho, em especial a minha professora orientadora Remedios calado.

OBRIGADO!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a afronta aos princípios constitucionais com a entrada em vigor da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, conhecida jocosamente como “Lei Seca”, que altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Todavia a exposição se ateve a demonstrar os pontos mais polêmicos da referida lei, de modo geral e de modo mais específico a inconstitucionalidade dos meios de provas para que se obtenha a tipificação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Para tanto utilizou-se do método exegético jurídico, com a utilização de Códigos, Doutrinas, entendimentos jurisprudenciais e artigos científicos, encontrados na rede mundial de computadores, que tratam do tema. A inspiração para a organização deste trabalho nasceu com a polêmica causada com a dificuldade de colher provas que incriminem o cidadão por dirigir sob a influencia de álcool, haja vista o seu direito de não produzir provas contra si mesmo e o princípio constitucional da presunção de inocência, postulados básicos de um estado democrático de direito. A problemática do trabalho está adstrita a seguinte questão: A Lei 11.705/08 é constitucional? Será que esta norma produzirá efeitos? Uma Lei infraconstitucional pode desobedecer um princípio consagrado na Carta Magna do país? Serão abordadas as garantias fundamentais, os direitos do cidadão e o direito comparado para elucidar a problemática levantada neste labor. Ressalta-se ainda neste trabalho os números alarmantes de tragédias no Trânsito brasileiro que levaram o legislador a editar a referida lei no afã de diminuir as estatísticas inditosas. Sendo, por fim, indicado um método eficaz na diminuição dos acidentes automobilísticos em outras nações.

Palavras-chave: Bafômetro. Lei 11.705/08. Princípios. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work has for objective to analyze confronts it to the principles constitutional with the entrance in vigor of the Law nº 11,705, of 19 of June of 2008, known jocosamente as “Dry Law”, that it modifies the Law nº 9,503, of 23 of September of 1997, that it institutes the Code of I transit Brazilian. However the exposition if abided to demonstrate the points most controversial of the related law, in general way and in way more I specify the unconstitutionality of the evidences so that if it gets the tipificação of article 306 of the Code of I transit Brazilian. For in such a way it was used of the legal exegético method, with the use of Codes, jurisprudenciais Doctrines, agreements and scientific articles, found in the world-wide net of computers, that deal with the subject. The inspiration for the organization of this work was born with the controversy caused with the spoon difficulty tests that incriminate the citizen for directing under influence of alcohol, has seen its right not to produce tests against itself exactly and the constitutional principle of the innocence swaggerer, basic postulates of a democratic state of right. The problematic one of the work is attached the following question: Law 11,705/08 is constitutional? It will be that this norm will produce effect? A infraconstitutional Law can disobey a principle consecrated in the Great Letter of the parents? The basic guarantees, the rights of the citizen and the comparative jurisprudence will be boarded to elucidate the problematic one raised in this work. One still standes out in this work the alarming numbers of tragedies in the Brazilian Transit that had taken the legislator to edit the cited law in the eagerness to diminish the inditosas statisticians. Being, finally, indicated an efficient method in the reduction of the automobile accidents in other nations.

Word-key: Bafômetro. Law 11.705/08. Principles. Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

CF – Constituição Federal

CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito

DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito

PRF – Polícia Rodoviária Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 11.705/2008 (LEI SECA)	13
2.1 REALIDADE DO TRÂNSITO BRASILEIRO	13
2.2 CÓDIGO DE TRANSITO BRASILEIRO ANTES DA LEI 11.705/08	14
2.3 ESTUDO CRÍTICO SOBRE A LEI 11.705/08	15
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO	21
3.1 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	21
3.2 PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE	23
3.2.1 Princípio do devido processo legal	23
3.2.2 Princípio do contraditório	24
3.2.3 Princípio da ampla defesa	25
3.2.4 Princípio da igualdade entre as partes	26
3.2.5 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade	27
3.2.6 Princípio da legalidade	27
3.2.7 Princípio de que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos	28
3.3 DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO ("NEMO TENETUR SE DETEGERE")	29
3.3.1 Delimitação do conteúdo do "nemo tenetur se detegere"	29
3.3.2 Legislação e doutrina sobre o princípio "nemo tenetur se detegere"	30
3.3.3 Alguns casos de incidência do "nemo tenetur se detegere"	31
4 DISCUSSÃO SOBRE OS MEIOS DE PROVA DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CRITICAS A LEI 11705/08	32
4.1 MANEIRAS DE PROVAR A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	32
4.2 AFRONTA CONSTITUCIONAL NA IMPOSIÇÃO DO USO DO BAFÔMETRO	33
4.3 PRINCIPAIS POLÊMICAS DA LEI	35
4.4 CRÍTICA AO LEGISLATIVO BRASILEIRO	37

4.5 LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO EM OUTRAS NAÇÕES	39
5 CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

A edição de Lei feita no calor da emoção pública causa distorções graves, prejudicando aqueles que seriam os maiores necessitados. Nessa esteira de pensamento o presente trabalho desenvolve e trás a tona uma problemática bastante comum na realidade brasileira, que é justamente o desrespeito à constituição por normas infraconstitucionais.

Embora, a Lei 11.705/08 traga no seu seio a ânsia de acabar ou até mesmo diminuir a criminalidade no trânsito, não se pode passar, entretanto, sérias falhas, no que tange os princípios constitucionais.

O legislador infraconstitucional realizou as alterações no texto legal demonstrando claro e completo desconhecimento da norma maior de nossa sociedade, qual seja, a Constituição Federal. Diversos artigos alterados pela Lei nº 11.705/08 se tornaram inconstitucionais, conforme se mostra no decorrer deste labor.

Mais do que a regulação de uma sociedade, o direito deve refletir a cultura existente nessa sociedade, conservando seus costumes e seguindo a evolução que possa ocorrer, não o contrário, passando a elencar novas condutas como regras e deixando toda uma história e uma cultura de lado, como se não existissem.

Nem todos que ingerem bebida alcoólica cometem crimes ou perdem suas mínimas sanidades mentais. Não se pode impor uma pena igual para aquele que ingere um copo de cerveja (ou mesmo um remédio que tenha álcool em sua fórmula) e para aquele se mostra totalmente embriagado, deve-se respeitar inúmeros princípios, como o da proporcionalidade.

É notória a intenção positiva do legislador, visto que toda e qualquer ação do poder público que procure resguardar a integridade do cidadão é passível de aplausos e elogios, desde que não afronte de forma latente e direta o texto de nossa Carta Maior, ficando claro, portanto, que o texto normativo trazido pela Lei 11.705/08 é, em diversos pontos, contrária a toda a fundamentação principiológica e hermenêutica de nossa Lei maior.

A presente obra é um estudo bibliográfico sobre a possibilidade da recusa ao uso do bafômetro com base nos princípios do direito brasileiro, sem deixar de lado pesquisas jurisprudenciais e na rede mundial de computadores.

No primeiro capítulo é feito um estudo da “Lei Seca”, o porque de sua edição e de antemão já se critica alguns pontos polêmicos trazidos no seu texto legal.

No segundo capítulo se trata da exposição de alguns princípios constitucionais, ressaltando-se aqueles que mais é pertinente no tema hora tratado, haja vista a importância dos referidos princípios basilares de uma estado democrático de direito.

Já no terceiro e ultimo capítulo, será confrontado as imposições trazidas em lei e os princípios elencados nesta obra, traçando posteriormente um paralelo com o que se adota em outras nações.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 11.705/2008 (LEI SECA)

Neste primeiro capítulo será analisada as circunstâncias que levaram o legislador brasileiro a editar a lei 11.705/2008. Nesta feita há que se falar do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), pois é nele que incidirá as alterações trazidas com o advento da referida lei. Não se afastando, entretanto, de uma abordagem à situação e a realidade do transito neste país.

2.1 REALIDADE DO TRÂNSITO BRASILEIRO

O setor automotivo continua batendo recordes. De acordo com a federação nacional de distribuição de veículos automotores (FENABRAVE). Como ainda não se fechou os dados do ano de 2009, observaremos alguns dados do ano de 2008 para constatar a tendência no que diz respeito ao mercado automobilístico. O primeiro semestre de 2008 foi o melhor da história da indústria de veículos nacional, com 2.405.212 unidades vendidas, quando comparados ao primeiro semestre de 2007, apontam crescimento de vendas físicas da ordem de 27,2%. Trata-se do sexto ano de expansão consecutiva e praticamente todos os segmentos tiveram evolução muito positiva, com forte recuperação do setor de ônibus.

A frota brasileira registrada pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) cresceu 8,3% no período de um ano, chegando à marca histórica de 51.200.120 veículos em junho de 2008. Nas palavras do diretor-geral da Polícia Rodoviária Federal (PRF), inspetor Hélio Cardoso Derene “ o que é bom para a economia também provoca consequências no trânsito. A experiência da PRF mostra que em época de euforia econômica, as estatísticas rodoviárias disparam”.

Por outro lado destas estatísticas, que apontam o crescimento da frota nacional, encontra-se o efetivo da Polícia Rodoviária Federal, órgão que possui competência nas rodovias e estradas federais, onde ocorre grande parcela de mortes no transito, são cerca de nove mil homens, quando na verdade a carência para um bom andamento do trabalho se exija um efetivo de 18 mil policiais segundo orientação do Tribunal de Contas da União.

Diante desta discrepância os dados são alarmantes no tocante aos acidentes no transito. O estudo "Morte no Trânsito: Tragédia Rodoviária", realizado pelo SOS Estradas,

programa de redução de acidentes do www.estradas.com.br, maior portal de rodovias do Brasil, traz revelações surpreendentes. Todos os dias ocorrem, pelo menos, 723 acidentes nas rodovias pavimentadas brasileiras, provocando a morte de 35 pessoas por dia, e deixando 417 feridos, dos quais 30 morrem em decorrência do acidente. 65 pessoas morrem por dia em virtude de acidentes nas estradas.

Ainda somando este caos tem-se que nos acidentes com ônibus rodoviário, pelo menos 2000 passageiros morrem no local do acidente por ano. Ressaltando que o simples uso do cinto de segurança reduziria pelo menos em metade o número de vítimas.

Nos EUA, apenas 4 pessoas morrem em acidentes de ônibus nas estradas, onde 60 pessoas morrem em acidentes de trânsito, inclusive urbanos, envolvendo veículos acima de 8 ocupantes.

Correndo paralelo a essa problemática, há os altos custos para o país. Uma parceria feita entre o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), gerou um projeto denominado “impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras” em 2006.

Ao final dos estudos realizados, os resultados não foram nada animadores, tendo em vista que apenas em um ano, os acidentes ocorridos nas rodovias brasileiras atingiram a cifra absurda de 22 bilhões de reais.

É importante levar em consideração, nesta feita, os custos oriundos das seqüelas psicológicas deixadas pelo acidente, tais como os decorrentes das perdas de vida ou de lesões permanentes que impossibilitam uma vida normal, que incidem tanto sobre os envolvidos nos acidentes como sobre as pessoas com as quais mantém relações, são impossíveis de mensurar, mas, quando existem, na maioria das vezes, superam os demais. Como não existe tradução monetária para tais custos não foram, nem poderiam ser considerados no referido estudo.

Estes dados alarmantes fez com que despertasse no legislador a necessidade de tomar alguma providência pra combater essa realidade, deste ponto começa a nascer a lei 11.705/08.

2.2 CÓDIGO DE TRANSITO BRASILEIRO ANTES DA LEI 11.705/08

Em 23 de setembro de 1997 é promulgada pelo Congresso Nacional a Lei 9.503 que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, sancionada pela Presidência da República,

entrando em vigor em 22 de janeiro de 1998 , estabelecendo, logo em seu artigo primeiro, aquela que seria a maior de suas diretrizes, qual seja, a de que o "trânsito seguro é um direito de todos e um dever dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito".

Com a entrada em vigor da Lei 9.503 (CTB) revogaram-se as Leis nºs 5.108, de 21 de setembro de 1966, 5.693, de 16 de agosto de 1971, 5.820, de 10 de novembro de 1972, 6.124, de 25 de outubro de 1974, 6.308, de 15 de dezembro de 1975, 6.369, de 27 de outubro de 1976, 6.731, de 4 de dezembro de 1979, 7.031, de 20 de setembro de 1982, 7.052, de 02 de dezembro de 1982, 8.102, de 10 de dezembro de 1990, os arts. 1º a 6º e 11 do Decreto-lei nº 237, de 28 de fevereiro de 1967, e os Decretos-leis nºs 584, de 16 de maio de 1969, 912, de 2 de outubro de 1969, e 2.448, de 21 de julho de 1988.

Nos seus 341 artigos o Código de Trânsito Brasileiro trata de diversos temas, tais como: do sistema nacional de trânsito, das normas gerais de circulação e conduta, dos pedestres e condutores de veículos não motorizados, da educação para o trânsito, da habilitação, das infrações, das penalidades, do processo administrativo , dos crimes de trânsito, da engenharia de tráfego, da operação, da fiscalização e do policiamento ostensivo de trânsito dentre muitos outros.

Percebe-se que esta Lei é muito prolixa e abrangente, conseqüentemente como acontece na maioria das leis brasileiras, principalmente aquelas que são muito complexa, quando entram em vigor trás consigo o anátema da não executabilidade, com o CTB em específico não foi diferente. É bem verdade que muitos dos seus artigos foram cumpridos, diga-se de passagem, considerado até mesmo uma evolução para a problemática e caótica situação que se encontrava o trânsito nacional, porem alguns artigos não foram posto em pratica.

Observa-se que as imprudências no trânsito, com o advento do CTB continuam. Sem cessar com as mortes cotidianas e os prejuízos trazidos por conseqüência.

Neste contexto surgiu, então, varias indagações: o problema é a não execução da lei? Será que a lei está correta? Dever-se-ia criar ou editar uma norma mais rigorosa?

2.3 ESTUDO CRÍTICO SOBRE A LEI 11.705/08

Com o advento da Lei 11.275/06, o artigo 302, parágrafo único, do CTB passou a conter, em seu inciso V, mais uma causa de aumento de pena, ou seja, o condutor que se

envolvesse em homicídio culposo na direção de veículo automotor teria sua pena aumentada de um terço até metade acaso estivesse sob a influência de álcool ou de substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos. Essa causa de aumento de pena se estendia também ao agente que cometesse lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, nos moldes do artigo 303, que, em seu parágrafo único, fazia referência às mesmas causas de aumento de pena previstas no artigo 302.

O artigo 165 desse *Codex*, por sua vez, também foi modificado com a Lei 11.275/06, não mais se exigindo a concentração mínima de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue para que o condutor pudesse ser responsabilizado administrativamente quando surpreendido dirigindo veículo automotor, ao contrário do que até então ocorria desde o advento do novo Código de Trânsito Brasileiro. Bastava, agora, estar sob a influência de qualquer quantidade de álcool em seu sangue para tal responsabilização administrativa.

Essa mudança, como é óbvio, produziu seus reflexos no tipo penal previsto no artigo 306 do Código (embriaguez ao volante), colocando uma pá de cal sobre a discussão que ocorria quanto à concentração mínima exigida para se tipificar ou não a conduta daquele condutor surpreendido dirigindo veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, desde que expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. A partir de então, bastava estar sob tal influência e expondo a dano potencial a segurança viária para que tivesse sua conduta tipificada nesse artigo.

Dessa forma, aquele condutor que eventualmente se recusasse a fornecer material sanguíneo para exame químico toxicológico (dosagem alcoólica) poderia ser submetido a exame clínico de constatação de embriaguez, oportunidade em que o médico perito constataria, ou não, se tal condutor estava sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, permitindo a conseqüente reprimenda penal. Não havia o que se falar em concentração mínima de álcool no sangue.

Pois bem. A lei 11.705, de 19 de junho de 2008, modificou radicalmente tais disciplinas, revogando expressamente o inciso V do parágrafo único do art. 302 do CTB, bem como deu nova redação ao artigo 306 daquele diploma, passando a exigir a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, para que alguém seja responsabilizado pelo crime ali previsto, permitindo, por outro lado, que esteja apenas sob a influência de qualquer outra substância psicoativa (que não o álcool) e que determine dependência para essa mesma responsabilização.

Manteve-se, todavia, no artigo 165 do CTB, a exigência de dirigir apenas sob a influência de álcool para eventual responsabilidade administrativa, cuja conduta transformou

o crime de trânsito de lesão corporal culposa, que era de ação pública condicionada, para ação pública incondicionada, mantendo-se a mesma pena que já era cominada a esse tipo penal, qual seja, detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

De fato, esse crime é de menor potencial ofensivo, estando sob a égide da Lei 9099/95, portanto. Contudo, por disposição expressa da nova Lei 11.705/08, que deu nova redação ao § 1º do art. 291 do CTB, a ele não mais se aplica os artigos 74, 76 e 88 da Lei dos Juizados quando o agente estiver sob a influência de álcool ou qualquer outra

substância psicoativa (que não o álcool) que determine dependência. Ora, era o artigo 88 que exigia tal condição de procedibilidade para as lesões corporais dolosas leves e às lesões culposas.

Em outras palavras: embora se mantendo a mesma pena cominada anteriormente para o crime de lesão corporal culposa ao volante, objetivamente considerado como de menor potencial ofensivo e, *ipso facto*, sob a égide da Lei dos Juizados, por expressa determinação da novel Lei 11.705/08, fica vedada a transação penal, a composição civil e a representação quando o agente estiver sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa (que não o álcool) que determine dependência, dentre outras situações elencadas na nova redação dos incisos II e III do art. 291 do CTB. A constitucionalidade desse dispositivo, por conseguinte, é, no mínimo, duvidosa.

E não é só. Nas hipóteses previstas no § 1º desse artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal e não mais será lavrado o Termo Circunstanciado de Ocorrência previsto na Lei dos Juizados.

Nesse sentido, pergunta-se: cabe agora lavratura de auto de prisão em flagrante em desfavor de quem for surpreendido dirigindo nessas condições? Caso o agente não pague a fiança estipulada, poderá ser preso e recolhido ao cárcere? Sim, porque na disciplina anterior a situação de dirigir sob a influência de álcool era causa de aumento de pena e que alterava a pena máxima cominada de dois anos para dois anos e oito meses, o que, por certo, excluía do rol dos crimes de menor ofensivo tal conduta, permitindo-se as conseqüências penais e processuais pertinentes, inclusive a prisão em flagrante e liberdade provisória mediante fiança.

Agora não. A Lei 11.705/08 apenas proíbe a transação penal, a composição civil e a representação quando o agente comete lesão corporal culposa no trânsito sob a influência de álcool, mas as penas cominadas para o artigo 303 continuam intactas e, em tese, deveriam estar sujeitas à Lei dos Juizados e suas naturais conseqüências.

Trata-se, por óbvio, de disposição flagrantemente inconstitucional na medida em que veda disposições da Lei dos Juizados Criminais para crime de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima cominada, como já dito, não se modificou.

Outro imbróglio que se constata na Lei 11.705/08 e que certamente trará sérios transtornos ao dia-a-dia dos operadores do Direito é aquele concernente à nova redação do artigo 306 do CTB, que passou a exigir a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis (6) decigramas, ou influência de qualquer outra substância psicoativa (que não o álcool) que determine dependência, para eventualmente tipificar-se a conduta de quem conduz veículo automotor, na via pública, nessas condições.

Na verdade, o tipo penal foi dividido em duas partes. A primeira, exigindo-se uma determinada concentração para a conduta de embriaguez ao volante. A segunda, a possibilidade de estar apenas sob a influência de outra substância psicoativa (que não o álcool), desde que determine dependência, para essa tipificação.

Questiona-se: como fica a situação de quem se recusa a se submeter à coleta de sangue para eventual aferição dessa concentração de álcool em seu sangue?

A disciplina contida no § 3º do art. 277, com a redação dada pela novel Lei 11.705/08 é, como as alterações já mencionadas, flagrantemente inconstitucional, uma vez que prevê a mesma punição contida no art. 165 do CTB (multa, suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, bem como retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação) para o condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput do art. 277 do Código, como, por exemplo, testes de alcoolemia, exames clínicos etc, olvidando-se que o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal permite que o cidadão se recuse a fazer prova contra si mesmo, como corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Outra questão que também deverá ser severamente questionada é aquela referente à tipificação de quem comete homicídio culposo ao volante. Estando apenas sob a influência de álcool de até 6 (seis) decigramas, tal situação em nada afetará essa conduta criminosa, diferentemente do que ocorria anteriormente. Se constatada a existência de quantidade igual ou superior a seis decigramas de álcool em seu sangue, tal condutor deverá responder, nessa nova disciplina, pelos crimes previstos nos artigos 302 e 306, em concurso material, ao passo que antes dessa mudança legislativa respondia pelo artigo 302 com causa de aumento de pena, hipótese que lhe era mais vantajosa. A nova disciplina, por óbvio, não poderá retroagir e alcançar condutas ocorridas antes dessa alteração legal.

Já para aquele que comete lesão corporal culposa no trânsito e não se provar que estava com a concentração mínima de álcool exigida, não responderá em concurso material com o crime do art. 306, pois eventual influência alcoólica ao volante de até seis (6) decigramas, servirá tão somente para impedir a aplicação dos artigos 74, 76 e 88 da Lei 9099/95, conforme já mencionado.

Recusando-se o condutor a se submeter à coleta de sangue ou ao teste de bafômetro, para se aferir àquela concentração mínima exigida agora pelo artigo 306 do CTB, como fazer essa aferição mediante o exame clínico de embriaguez, por exemplo? Como tal exame poderá atestar se estava ou não com essa concentração sangüínea? Restará impune?

É certo que o parágrafo único do art. 306, com a redação da nova Lei, prevê que o Poder Executivo Federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado nesse artigo. Contudo, estipular um exame clínico de embriaguez equivalente e que constate estar o condutor dirigindo com a concentração exigida para esse tipo penal é tarefa que nos parece muito difícil, e que vai permitir inúmeros questionamentos, enfraquecendo e até mesmo anulando a prova necessária para a tipificação dessa conduta.

Do exposto, pode-se afirmar que hodiernamente dirigir veículo automotor apenas e tão somente sob a influência (qualquer que seja a concentração, em até no máximo 6 (seis) decigramas) de álcool por litro de sangue acarreta ao agente as medidas administrativas previstas no artigo 165 do CTB, bem como serve unicamente para excluir a aplicação dos artigos 74, 76 e 88 da Lei nº 9.909/95 quando do cometimento do crime previsto no artigo 303 desse Código. Não há mais possibilidade de se utilizar essa situação para agravar os crimes de homicídio culposo e/ou lesão corporal culposa no trânsito como ocorria anteriormente.

Já conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, poderá tipificar, em tese, desde que o agente autorize coleta de sangue para o respectivo exame de dosagem alcoólica, o crime previsto no artigo 306 do CTB, que não mais exige que tal conduta exponha a dano potencial a incolumidade de outrem, condição esta que era prevista na redação original desse tipo penal.

Nesse caso, esse tipo de conduta também poderá ser imputada, em concurso material, com os crimes previstos nos artigos 302 ou 303, daquele diploma, conforme o caso.

Em suma, nosso legislador, no afã de tentar conter os índices alarmantes de mortos e feridos no trânsito, produziu um verdadeiro imbróglio jurídico, conseguindo tumultuar ainda mais a redação dos tipos penais do Código de Trânsito Brasileiro.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO

Este capítulo abordará de forma minuciosa os princípios basilares do direito constitucional que norteiam e dão suporte para que cada cidadão brasileiro goze dos direitos e garantias contidas na carta magna. É bem verdade que alguns princípios não serão tratados neste trabalho, em virtude da inclinação para aqueles que assolam a discussão sobre a constitucionalidade da lei 11.705/08.

3.1 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Toda e qualquer norma, seja ela constitucional ou infranconstitucional, tem como base um princípio que lhe serve de fonte inesgotável de força. Em ordem cronológica não há que se falar que uma lei nasça antes de um princípio, pois este será sempre anterior aquela, de tal sorte que a lei pode sofrer mutações, mas seus princípios norteadores continuam os mesmos, servindo, pois, ao interprete do direito de arma para hermenêutica das leis.

Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos

Mister salientar que na modernidade os Estados se organizam a partir de um Estado-de-Direito, ou seja, a atuação dos mesmos está limitada por um ordenamento maior. Este ordenamento nada mais é do que a Constituição, considerada como a lei fundamental, superior, a qual possui parâmetros que deverão ser acatados por todas as leis inferiores que lhe sobrevierem. Trata-se de um conjunto de normas (auto-aplicáveis ou programáticas) que organizam os elementos constitutivos do Estado.

O ordenamento possui sustentação em enunciados fundamentais, constituindo-se estes verdadeiros alicerces do conjunto de normas jurídicas. Este alicerce que sustenta o ordenamento são os princípios jurídicos.

Neste sentido se posta Luís Roberto BARROSO:

“Os princípios constitucionais são o conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.”

Ora, sendo a Constituição um sistema de regras e princípios que resulta do consenso social sobre os valores básicos, e considerando mais, que os princípios, dada a sua qualidade norteadora, fundamentam as regras, parece bastante fácil compreender que os princípios estão no ponto mais alto da pirâmide normativa, são “norma das normas”, “fonte das fontes”. Nas palavras de BONAVIDES: “São qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição”.

O Supremo Tribunal Federal, vem captando essa dimensão funcional dos princípios, conforme se observa no voto do Min. Celso de Mello, proferido na PET-458/CE (DJ 04-03-98, Julgamento 26/02/1998):

“O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos - introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder”. Dessa forma, “as normas que se contraponham aos núcleos de erradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional”.

Conseqüência direta do exame dos princípios constitucionais é a constatação de que não são os princípios constitucionais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos princípios. Como já explanado, os princípios são as vigas de toda estrutura jurídica, que lhe fornecem equilíbrio e força, na incessante busca da irrepreensível aplicação das normas mais simples até as constitucionais. O desrespeito a um princípio, seja ele de maior ou menor importância, derruba toda a construção jurídica, ocasionando sérios prejuízos

Aliás, merece citação o Mestre Roque Antonio CARRAZA que brilhantemente utiliza as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello. Vejamos:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representam insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

3.2 PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE

Existem as margens do ordenamento jurídico brasileiro inúmeros princípios norteadores do direito, todavia, alguns são específicos de determinados ramos ou searas jurisdicional, ao passo que outros são genéricos e abrangem as diversas demandas do ordenamento.

Como se trata o presente trabalho de uma discussão no âmbito do direito constitucional passa-se a seguir a elencar os princípios que servem de apoio para que se chegue a uma íncrita conclusão acerca da inconstitucionalidade da lei 11.705/08.

3.2.1 Princípio do devido processo legal

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). O devido processo legal pressupõe a elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (é o chamado devido processo legal em sentido material).

É pressuposto ainda desse princípio a aplicação judicial da lei, por instrumento hábil á sua realização e aplicação (é o chamado devido processo legal processual). Bastaria tal principio para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. Esse principio é, portanto, o gênero dos quais os demais princípios são espécies, como por exemplo o princípio da publicidade, da motivação, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da impossibilidade de utilização

em juízo da prova obtida por meio ilícito etc. Nelson Nery Junior afirma que “bastaria a constituição ter enunciado o princípio do devido processo legal que tornaria desnecessária a enumeração dos princípios do juiz natural, da publicidade, da ampla defesa, do contraditório, entre outros.”

De modo que o devido processo legal é um princípio constitucional que garante aos cidadãos e cidadãs o direito de, no caso de participar de um processo, seja administrativo ou judiciário, ter respeitada de forma integral as regras previstas na legislação pertinente.

Importante salientar que o devido processo legal é um texto normativo aberto, cujo conteúdo mínimo será determinado pelos tribunais, de acordo com as circunstâncias históricas e culturais vigentes naquela época em que as decisões são prolatadas.

Ademais, não há como se definir em toda a sua amplitude o conceito de devido processo legal, pois ele é um fruto do momento histórico e cultural de um povo, de maneira que está em constante mutação e ampliação. Apenas o que se consegue definir como devido processo legal é o seu conteúdo mínimo, que abarca a necessidade de contraditório nos processos, a necessidade de um juiz natural para julgar a demanda, a necessidade de as decisões judiciais proferidas no processo serem sempre motivadas, a proibição de produção ou juntada de provas ilícitas aos autos, entre outros elementos que compõe a idéia central de devido processo legal.

Por sua natureza de princípio constitucional é que a sua violação importa em nulidade de todos os atos praticados e os que se seguirem.

Modernamente a idéia de devido processo legal está sendo correlacionada com a idéia de processo justo (aquele que, em síntese, obedece os parâmetros impostos pela Constituição e os valores consagrados pela coletividade).

3.2.2 Princípio do contraditório

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e esta se opera no processo pela efetivação da garantia do contraditório. Este princípio deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder. A mais moderna doutrina sobre o processo garante que este não existe sem contraditório, princípio consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Como se vê tais princípios se destinam ao processo em geral, tanto o civil quanto o penal e ainda o processo administrativo, que, no Brasil, é de natureza não-judicial.

Significa dizer que o processo exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos. Para demonstrar a veracidade dessas informações, basta lembrar que, proposta uma ação, deve-se citar o réu (ou seja, informá-lo da existência de um processo em que este ocupa o pólo passivo), para que o mesmo possa oferecer sua defesa. Da mesma forma, se no curso do processo alguma das partes juntar aos autos um documento qualquer, é preciso informar a parte adversa, para que esta, tomando conhecimento da existência do documento, possa sobre ele se manifestar.

Podemos, assim, ter como adequada a afirmação de Aroldo Plínio Gonçalves, para quem o contraditório (em seu aspecto jurídico) pode ser entendido como um binômio: informação + possibilidade de manifestação.

Esta garantia desdobra-se em duas facetas. A faceta básica, que reputamos formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a mesma falar.

Quanto ao momento da sua observância, o contraditório pode ser prévio, real ou simultâneo, e, finalmente, diferido ou prorrogado. A CF não faz qualquer restrição quanto ao momento do exercício do contraditório, o que não seria razoável, dada a infinidade de situações de fato possíveis de acontecerem.

Mas há ainda o elemento substancial dessa garantia. Segundo a doutrina alemã, este aspecto essencial denomina-se “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório, é necessário que ela tenha condições para influenciar a decisão do magistrado.

3.2.3 Princípio da ampla defesa

Este princípio contém duas regras básicas: possibilidade de se defender e a de recorrer. A primeira compreende a autodefesa e a defesa técnica. Dispõe o art. 261 do CPP

que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Complementa o art. 263: “Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvando o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”. A segunda parte está garantida pelo art. 5º, inc. LV da Constituição Federal.

Defesa ampla é a mais abrangente e complexa possível. Não pode haver cerceamento infundado, sob pena de nulidade do processo. Segundo a súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Notando o juiz que a defesa vem sendo absolutamente deficiente, o correto é tomar a iniciativa de reputar o acusado indefeso, intimando-o para constituir um outro defensor ou nomeando um, se o acusado não poder constituí-lo.

Assim, podemos concluir que a ampla defesa envolve a autodefesa ou a defesa-técnica, defesa efetiva e a defesa por qualquer meio de prova (inclusive por meio de prova ilícita, desde que seja pro réo).

A defesa é o mais legítimo dos direitos do homem. A defesa da vida, a defesa da honra e a defesa da liberdade, além de inatos, são direitos inseparáveis de seus respectivos objetos. Por decorrência deste princípio o acusado não está obrigado a praticar nenhum ato que lhe desfavoreça, podendo, por exemplo, inclusive mentir durante o interrogatório ou, se preferir, calar-se, como assegura o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Não há, de outro lado, o crime de perjúrio no Brasil.

3.2.4 Princípio da igualdade entre as partes

Às partes deve ser conferido o tratamento paritário para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas alegações. Significa tratar os igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. O CPC é expresso ao afirmar, no art. 125, I, competir ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento.

3.2.5 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

O Princípio da Razoabilidade, por vezes chamado de Princípio da Proporcionalidade ou Princípio da adequação dos meios aos fins, é um método utilizado no Direito Constitucional brasileiro para resolver a colisão de princípios jurídicos, sendo estes entendidos como valores, bens, interesses. Tal princípio surge a partir da idéia de razoabilidade da doutrina norte-americana, e foi derivado do princípio do devido processo legal.

A resolução de conflito de princípios jurídicos e do conflito de valores é uma questão de ponderação, de preferência, aplicando-se o princípio ou o valor na medida do possível. O princípio da razoabilidade, basicamente, se propõe a eleger a solução mais razoável para o problema jurídico concreto, dentro das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem a questão, sem se afastar dos parâmetros legais. Sua utilização permite que a interpretação do direito possa captar a riqueza das circunstâncias fáticas dos diferentes conflitos sociais, o que não poderia ser feito se a lei fosse interpretada “ao pé da letra”, ou pelo seu mero texto legal.

O princípio da proporcionalidade é, então, um princípio constitucional implícito, porque, apesar de derivar da Constituição, não consta nela expressamente. Analisando terminologicamente, a palavra Proporcionalidade dá uma conotação de proporção, adequação, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. Neste sentido, tal princípio tem como escopo evitar resultados desproporcionais e injustos, baseado em valores fundamentais conflitantes, ou seja, o reconhecimento e a aplicação do princípio permitem vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteger determinados valores fundamentais deve ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar a violação de outro direito fundamental mais valorado.

3.2.6 Princípio da legalidade

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da constituição federal)

O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla.

O princípio da legalidade apresenta um perfil diverso no campo do Direito Público e no campo do Direito Privado. No Direito Privado, tendo em vista seus interesses, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe; no Direito Público, diferentemente, existe uma relação de subordinação perante a lei, ou seja, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar. Tal idéia toma corpo com a celebre lição do jurista Seabra Fagundes: “ administrar é aplicar a lei de ofício”.

Como desdobramentos de tal princípio, norteador da elaboração de nosso texto constitucional, encontramos em toda a Constituição suas expressões específicas, como, por exemplo, a Legalidade Penal (artigo 5º, inciso XXXIX), a Legalidade Tributária (artigo 150, inciso I), entre outros.

3.2.7 Princípio de que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

São inadmissíveis, no processo penal, as provas ilícitas (art. 5º, LVI). Entretanto vale distinguir o que venha a ser prova ilícita e prova ilegítima, estas são as que importam em violação de normas de direito processual. A vedação é posta tendo em vista as finalidades do processo; já aquelas em sentido estrito, são as que importam em violação de normas de direito material (constituição ou leis). A vedação é colocada em função dos direitos que o ordenamento reconhece ao indivíduo, independentemente do processo.

A constituição só proibiu as provas ilícitas; as ilegítimas são vedadas pelo ordenamento infraconstitucional

Constitui provas ilícitas as obtidas com violação de domicílio (art. 5º,XI), ou das comunicações (art. 5º, XII), as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art.5º,III), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º,X) e etc.

3.3 DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO ("NEMO TENETUR SE DETEGERE")

O princípio "nemo tenetur se detegere" (o direito de não produzir prova contra si mesmo) está consagrado pela constituição, assim como pela legislação internacional, como um direito mínimo do acusado, sendo de fundamental importância seu cumprimento, pois este é um direito fundamental do cidadão.

O inciso LXIII, artigo 5º da Constituição Federal, se analisado exegeticamente, constitui o direito do preso de permanecer em silêncio, mas o âmbito de abrangência desta norma é bem maior que esse, tendo em vista que a maior parte dos doutrinadores a considera como a máxima que diz que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo (pelo uso do princípio da interpretação efetiva); então esse não é um direito só de quem estiver preso, mas antes toda pessoa que estiver sendo acusada. O direito ao silêncio é apenas a manifestação da garantia muito maior, que é a do direito da não auto-acusação sem prejuízos jurídicos, ou seja, ninguém que se recusar a produzir prova contra si pode ser prejudicado juridicamente, como diz o parágrafo único do art. 186º do código de processo penal: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Este direito é conhecido como o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Esse princípio também se encontra consagrado na convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto De São José de Costa Rica, que assegura "o direito de não depor contra si mesma, e não confessar-se culpado".

Com este princípio recai Sobre o Estado, no sistema acusatório, o ônus da prova e a missão de desfazer a presunção de inocência em favor do acusado, sem esperar qualquer colaboração de sua parte.

3.3.1 Delimitação do conteúdo do "nemo tenetur se detegere"

A delimitação conteúdo do princípio *nemo tenetur se detegere* é encontrada na doutrina processual penal, que defende que nenhum cidadão é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

As expressões como “não se auto-incriminar”, “não se confessar culpado”, “direito de permanecer calado” estão abrangidas pela noção do princípio *nemo tenetur se detegere*. Alguns doutrinadores defendem que o direito de não produzir prova contra si mesmo também abrange o âmbito não processual, ou seja, ele pode ser exercido no decorrer de uma investigação criminal ou em qualquer outra esfera não penal. O que se quer é que este direito não fique restrito ao processo penal já iniciado, mas sim a todas as situações que possam desenvolver uma acusação sobre o indivíduo, com objetivo de evitar processo futuro.

Deve-se fazer a ressalva de que não vale invocar este direito quando não houver pretensão do Estado de apurar determinado fato. E essa delimitação é importante acentuar porque havendo prática de uma nova infração, dissociada e independente de qualquer exigência de colaboração por parte do Estado, para encobrir infração anteriormente praticada, não há como não considerar punível a segunda em razão da incidência do *nemo tenetur se detegere*. Maria Elizabeth Queijo afirma que se admitirmos que a incidência desse princípio pode afastar a punibilidade de infrações penais seguintes, praticadas para o encobrimento de infração anterior sem que houvesse procedimento instaurado (extrapenal, investigação criminal ou processo penal) produzindo risco concreto de produzir provas contra si e sem que fosse chamado a colaborar fornecendo provas, seria dar a este princípio a condição de direito absoluto sem qualquer limite no ordenamento, que devido a isso serviria como um estímulo para a perpetuação de crimes.

Com isso podemos perceber que esse direito não pode ser utilizado como proteção para a prática de atos ilícitos, mas antes só é cabível invocá-lo quando houver uma investida do Estado para desvendar uma infração penal e não para justificar a prática de infrações penais que objetivem ocultar outras.

3.3.2 Legislação e doutrina sobre o princípio “*nemo tenetur se detegere*”

O direito de não produzir prova contra si mesmo também é garantia judicial internacional, no continente americano, por força do art. 8º, §2º, alínea g', do Pacto de San José da Costa Rica o direito que toda pessoa tem de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Quer dizer, nenhuma pessoa é obrigada a confessar crime de que seja acusada ou a prestar informações que possam vir a dar causa a uma acusação criminal, além dessa convenção esse direito é garantido pela Quinta Emenda à

Constituição dos Estados Unidos da América desde o século XVIII. Desde sua adoção Ninguém “será obrigado, em um caso criminal, a testemunhar contra si mesmo”. Trata-se da garantia contra a auto-incriminação.

De acordo a legislação Brasileira qualquer coação que vise obrigar outrem a se confessar é ilícita e configurará crime de tortura de acordo com a alínea “a”, inciso I, art 1º da lei 9.455/97.

O art. 186 do CPP proíbe a interpretação do silêncio em prejuízo do réu, mas se analisarmos o art. 198 do mesmo código veremos que o silêncio “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”, alguns dos doutrinadores defendem que essa parte do art. 198 não deve ser aplicada, devido sua incompatibilidade com um princípio do direito e que este convencimento não pode ocorrer em desfavor do réu.

Pelo analisado é vasta a legislação sobre o direito da não auto-incriminação, mas vale ressaltar que muitas vezes esse direito não é respeitado e o acusado acaba por ter ferido o seu direito.

3.3.3 Alguns casos de incidência do “nemo tenetur se detegere”

Esse princípio abrange todo caso em que alguém estiver sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo, analisaremos brevemente algumas situações que tiveram grande repercussão no âmbito nacional que foram o da utilização do bafômetro e da realização do exame de DNA.

Em relação à questão do bafômetro, o condutor não pode ser obrigado a colaborar com a autoridade competente no que diz respeito à utilização do bafômetro, pois isso violaria o seu direito de não produzir prova contra si mesmo e qualquer prova produzida nessas circunstâncias é ilícita.

Em relação ao exame de DNA em caso de exame de paternidade também há a incidência desse princípio e a recusa do réu de realizar o exame não pode ser interpretada como presunção absoluta de paternidade, como defende a ministra Nancy Andrighi, apesar da súmula 301 do STJ, mas antes à presunção de paternidade resultante da recusa em submeter-se ao exame de DNA deverão ser acrescentadas outras provas, produzidas pela pessoa que entrou com a ação.

4 DISCUSSÃO SOBRE OS MEIOS DE PROVA DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CRITICAS A LEI 11705/08

Este capítulo tratará, no seu diapasão, de demonstrar a inconstitucionalidade da norma em tela. Grande polemica foi aflorada desde a entrada em vigor da chamada “lei seca” e dentre tantas criticas levantadas a mais forte foi a fragilidade na metodologia de provar a embriaguez do agente condutor do veiculo.

Neste sentido, importante se faz debater e esclarecer os pontos polêmicos, até exaurir as discussões, se é que isto seja possível.

4.1 MANEIRAS DE PROVAR A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

A comprovação do estado de embriaguez do agente pode se dar de diversas formas. Um importante meio de prova é o exame clínico. Nesse exame, o perito, em contato com o paciente, verifica o hálito do agente, o seu equilíbrio físico, suas percepções sensoriais, o tom e a cadências da voz, o modo de falar.

Entretanto, o meio de prova da embriaguez mais conhecido e badalado é o exame conhecido como bafômetro. O aparelho de bafômetro indica aos agentes de trânsito, de forma quase imediata, qual a quantidade de álcool presente no sangue do condutor.

A questão envolvendo a prova da embriaguez é bastante conturbada. Afinal, estaria o cidadão obrigado a soprar o bafômetro e a se submeter aos exames clínicos?

Antes da mudança operada pela lei 11.705, quando a lei mencionava a fórmula mais aberta da “influência de álcool”, era pacifico que em face do silencio do tipo penal acerca de qualquer concentração, a análise deveria ser casuística, devendo-se aferir se a quantidade de álcool ingerida pelo infrator teria provocado alteração em seu sistema nervoso a ponto de reduzir suas funções perceptivas, ocasionando perigo na condução de veículos automotores.

Com o advento da “lei seca”, não mais se usa a expressão “influência de álcool”. Desta feita, exige a referida lei, para comprovar a embriaguez, a constatação de certa quantia etílica por litro de sangue do condutor do veiculo, que na ocasião é de seis decigramas ou mais.

Ressalta-se nesta oportunidade o entendimento jurisprudencial no sentido da apuração das provas que ensejam uma condenação por crime de trânsito, praticado por alguém que esteja sob efeitos do álcool:

"Apelação criminal - Conduzir veículo sob influência de álcool (art. 306 do CTB) - Ausência de prova segura quanto à embriaguez - Absolvição Decretada". (TJMG. Número do processo: 1.0000.00.306018-3/000 Rel: Sérgio Resende. Data do acórdão: 03/04/2003).

Destarte, descartam-se as provas que não colha de forma exata a quantidade de álcool presente no sangue do agente. Como por exemplo, a constatação de influência que tal substância provocou no indivíduo, ou até mesmo exames periciais, pois estes não têm a capacidade de aferir, com certeza, o grau de concentração prescrito em lei para a configuração do delito tipificado no artigo 306 do CTB.

4.2 AFRONTA CONSTITUCIONAL NA IMPOSIÇÃO DO USO DO BAFÔMETRO

Para a comprovação da infração ao art. 306 do CTB, devido ao álcool, se faz necessário, atualmente, o exame químico-toxicológico de sangue e/ou o teste por aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), ou seja, exames e testes que determinam com segurança a taxa de alcoolemia.

Entretanto, observa-se na doutrina e na jurisprudência amplamente majoritária, que o condutor não é obrigado a se submeter ao bafômetro. Isso porque o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que faz parte do ordenamento jurídico brasileiro desde a publicação do decreto legislativo nº 27, de 1992. De tal pacto se retira um princípio que recebe o nome de Princípio da não auto incriminação, segundo o qual nenhum cidadão está obrigado a produzir prova contra si mesmo. Logo, diante da vigência desse princípio dentro do ordenamento jurídico nacional, o condutor não está obrigado a soprar o bafômetro.

O mestre Magalhães Gomes Filho resume bem o direito do cidadão:

"O direito à não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional"

Ressalte-se, inclusive, que tal princípio constitui uma garantia de índole constitucional. Afinal, desde antes da edição da Emenda Constitucional nº45, a Constituição Federal estabelecia, em seu artigo 5º, §2º, que o rol de direitos fundamentais de tal dispositivo era meramente exemplificativo. E mais, que outros direitos fundamentais surgidos a partir de tratados internacionais seriam reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional.

Grande parte da doutrina sempre entendeu que esse reconhecimento ergueria os direitos fundamentais advindos de tratados internacionais ao nível constitucional. Inclusive, com relação ao princípio da não auto incriminação, o reconhecimento de sua constitucionalidade sempre foi majoritário, visto que tal princípio se encontra em harmonia com o reconhecimento do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), que nada mais é que uma espécie do gênero da não auto incriminação.

Atualmente, após a referida EC/45, a situação se tornou pacífica, em virtude da expressa previsão do status constitucional conferido às normas oriundas de tratados internacionais que versarem sobre direitos fundamentais.

Por conseqüência, o princípio constitucional da não auto incriminação justifica a faculdade do condutor de não se submeter ao exame do bafômetro. Dessa forma, o cidadão que se recusa a realizar tal exame não estará cometendo crime de desobediência. Tampouco tal recusa poderá ser usada em seu prejuízo, conforme ilustra o acórdão a seguir:

"Desobediência. Embriaguez ao volante. Concurso Material. 1 - Não configura o crime do artigo 330 do Código Penal a recusa, pelo motorista, em acompanhar os policiais a um hospital, para fins de submissão ao teste de bafômetro. Ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, máxima que decorre do direito ao silêncio (CF/88, ARTIGO 5, INCISO LXIII), e que abrange aquele de direito de não se auto-incriminar. A negativa não pode levar à presunção de culpa, devendo a autoridade lançar mão de outros métodos para verificar a embriaguez". (TJRS. Apelação Crime Nº 70000605782, Câmara Especial Criminal, Relator: Maria da Graça Carvalho Mottin, Julgado em 21/03/2000)

Gomes; Cunha; Pinto (2008, p. 397) tratando sobre o tema, afirma que:

"A concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas só pode ser constatada mediante exame de sangue ou bafômetro, expedientes que necessitam de autorização do motorista. Sabendo que o suspeito pode (atuando no seu direito constitucional) recusar produzir prova contra si mesmo, forçoso é concluir que as diligências suplementares (exame clínico ou mesmo prova testemunhal) são insuficientes para apurar o grau de álcool no sangue. Ausência absoluta de prova de elemento do tipo! Percebe-se a infelicidade do legislador ao optar por estabelecer uma tabela, de antemão, na qual, se nela incluindo, terá cometido o delito".

Ainda nesse sentido Renato Marcão (2008, p. 08), ensina que:

“Em decorrência das mudanças introduzidas com o advento da Lei 11.705/08, apenas poderá ser chamada a prestar contas à justiça criminal por embriaguez ao volante, nos moldes do art. 306, *caput*, primeira parte, do Código de Trânsito Brasileiro, a pessoa que se assim desejar ou aquela que for enleada ou mal informada a respeito de seus direitos, e por isso opta por se submeter ou consentir em ser submetida a exames de alcoolemia ou teste do ‘bafômetro’ tratados no *caput* do art. 277 do mesmo Código e , em decorrência disso, ficar provada a presença da dosagem não permitida de álcool por litro de sangue”.

4.3 PRINCIPAIS POLÊMICAS DA LEI

Inicialmente, causa estranheza a penalidade fixa imposta pelo art. 165 que, em todo e qualquer caso de embriaguez estabelece multa (multiplicada cinco vezes) e suspensão por 12 (doze) meses da habilitação. Deste modo, seja a pessoa surpreendida conduzindo normalmente seu veículo após ter tomado uma taça de vinho no almoço, ou dirigindo em ziguezague completamente embriagada após sair de uma boate, a punição (administrativa) será rigorosamente idêntica, o que em última análise fere o princípio da proporcionalidade e até o bom senso.

Antes da nova lei, o artigo 261 do CTB , complementado pela resolução n. 182 /05 do CONTRAN, estabelecia a forma de aplicação da penalidade. Era considerada a gravidade do fato, as circunstâncias em que foi cometida a infração e os antecedentes do motorista para se determinar o prazo da suspensão (art. 16, Res. 182/05 - CONTRAN). A penalidade variava de acordo com a gravidade da infração e os antecedentes do motorista, sendo que, se primário, o motorista embriagado ficava sujeito a pena de suspensão de 4 (quatro) a 12 (doze) meses. Se reincidente, a suspensão era a máxima prevista, 12 (doze) meses. Com a penalidade fixa determinada pela nova lei, resta derogado o artigo 261 do CTB e a citada resolução (em relação à infração da embriaguez).

No que se refere à medida administrativa de "recolhimento da habilitação" decorrente da infração, considerando o disposto no artigo 269, § 1º ("A ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelas autoridades de trânsito e seus agentes terão por objetivo prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa"), acreditamos que deve ser momentânea e decorrente de um juízo de cautelaridade para impedir que o motorista embriagado possa dirigir novamente. Por

isso, acreditamos que o recolhimento deverá perdurar até o motorista se restabelecer da embriaguez. O recolhimento definitivo imediato acarretaria punição antecipada, violando princípios constitucionais básicos (devido processo legal e ampla defesa, por exemplo) e o próprio procedimento previsto no Código de Trânsito. Com efeito, o art. 265 do CTB estipula: "As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa". Assim, O recolhimento imediato (sem devolução) só é autorizado para os casos excepcionais de habilitação vencida há mais de 30 (trinta) dias (art. 162, V), ou em casos em que haja suspeita sobre sua autenticidade (art. 272)

Outrossim em matéria criminal, importante não esquecer, o princípio da legalidade se sobressai, logo o fato considerado criminoso (fato material) deve ter perfeito ajustamento à conduta descrita na lei, o chamado enquadramento típico (ou juízo de tipicidade).

Partindo desta premissa, parece que o legislador dificultou sobremaneira esse enquadramento típico ao vincular a embriaguez criminosa a um determinado nível de concentração alcoólica no sangue. Em suma, ao se exigir para caracterização do crime a condução do veículo com concentração "igual ou superior a 6 (seis) decigramas" de álcool por litro de sangue, apenas os testes e exames periciais (etilômetro ou exame de sangue) passam a servir como prova, na medida em que são os únicos meios de determinar de maneira específica a graduação alcoólica no sangue do motorista.

Percebe-se que a nova redação do dispositivo é mais benéfica que a anterior, pois acrescentou nova elementar ("concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue") inexistente antes, ou seja, trata-se de novatio legis in melius a impor sua aplicação retroativa, na forma do art. 5º, XL da CF/88 e do art. 2º, par. único, do CP .

Já houve manifestação neste sentido no TJDF (20080020061592HBC, Relª. Desª. Sandra de Santis. Des. Mario Machado - voto minoritário. Data do Julgamento 03/07/2008 - informativo n. 150 TJDF). Ficou consignado na ementa:

"O voto minoritário concedeu a ordem para trancar a ação penal por atipicidade da conduta, sob o fundamento de que deve ser aplicada a nova redação do artigo, nos termos da Lei nº 11.705 /2008, por ser mais benéfica ao réu, uma vez que exige para a tipificação penal a comprovação técnica de que o condutor do veículo estava dirigindo com a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, sendo insuficiente para tanto o simples exame clínico".

Deste modo observa-se que a lei 11.705/08 levantou grande polemica jurídica e infelizmente essa polemica conseguiu ser maior que os resultados esperados com a sua edição, que era justamente acabar ou pelo menos diminuir a violência no trânsito brasileiro. Nesse sentido Carlos Alberto Lopes, que é subsecretário de estado de Governo no Rio de Janeiro e coordenador geral do Projeto, afirmou, com propriedade, o seguinte:

“A Lei Federal nº 11.705, de 19 de junho de 2008, vai completar no próximo dia 19 de junho de 2009 um ano de sua edição. Ela foi denominada pela imprensa de Lei Seca em razão da tolerância zero com relação ao grau de alcoolemia. Após os primeiros quatro meses de sua edição realmente houve diminuição significativa dos acidentes de trânsito. Ocorre que passado esse período inicial voltamos a ter números significativos e alarmantes de ocorrências de acidentes de trânsito em nosso país e em particular no Estado do Rio de Janeiro. No Brasil, anualmente, 380 mil pessoas ficam feridas; 230 mil pessoas são internadas em nossos hospitais; 140 mil pessoas ficam lesões irreversíveis; 40 mil pessoas morrem; são gastos R\$ 30 bilhões de reais com despesas médico-hospitalares, judiciais, seguros e previdenciárias. No Estado do Rio de Janeiro, em 2008, 35 mil pessoas ficaram feridas e 2.500 pessoas morreram.”

4.4 CRÍTICA AO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Quando a Lei 9.503 instituiu em 1997 o Código de Trânsito Brasileiro, a redação original de seu artigo 165 exigia que o motorista portasse mais de 6 decigramas de substância etílica por litro de sangue para que a infração administrativa de embriaguez ao volante pudesse ser caracterizada

À época, muitos doutrinadores alertaram que o Código teria adotado um critério muito rigoroso para punir, administrativamente, o motorista que dirigia após ingerir bebida alcoólica, já que o nível de concentração mínima de álcool no sangue não podia ser constatado por meio de um exame clínico ou por mera declaração do agente de trânsito.

Para a doutrina, o exame de cada caso concreto consistiria em um critério de aferição muito mais adequado à hipótese, na medida em que "não ocorre uma relação exata e obrigatória entre a quantidade de álcool no sangue e as repercussões no sistema nervoso" (Reale Júnior, Miguel, Crime de Embriaguez ao Volante, RT 450/340). Vale lembrar aqui que o tipo do artigo 165 do Código de Trânsito não exigia a constatação do estado de embriaguez para a configuração da infração administrativa de trânsito, mas tão somente a influência de álcool na condução de veículo automotor pelo agente.

Nada obstante, foi preciso que decorressem quase 10 (dez) anos de vigência daquele diploma legal para que o Congresso Nacional se desse conta da impossibilidade de se punir administrativamente os infratores que se recusavam a realizar o testes de alcoolemia previstos no Código. É que, como bem afirmou o autor das modificações originais propostas ao artigo 165, deputado Beto Albuquerque:

"apesar dos testes de alcoolemia constituírem a prova de que o condutor se encontra ou não embriagado e, conseqüentemente, serem capazes de configurar a infração ou o crime de trânsito, pelo direito brasileiro, ninguém é obrigado a fazê-los. Desta forma, não haveria como caracterizar o delito. Conseqüentemente, isso acaba gerando a impunidade, o que é inadmissível, pois todos sabemos que um dos maiores responsáveis por acidentes de trânsito é o estado de embriaguez dos condutores" [Projeto de Lei 735, de 2003].

Com efeito, na medida em que a jurisprudência de nossos tribunais amplia a cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, para daí extrair o entendimento de que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo, não era mesmo de se esperar que os condutores flagrados pela fiscalização se auto-incriminassem, soprando o bafômetro ou permitindo a coleta de seu material sanguíneo, o que inviabiliza, por óbvio, a obtenção da prova necessária à caracterização da embriaguez ao volante.

A medida legislativa projetada consistia, portanto, em combater a recusa do condutor em realizar os testes de alcoolemia, permitindo que a infração administrativa também pudesse ser caracterizada por notórios e incontestáveis sinais de embriaguez, aos olhos de qualquer testemunha. O agente de trânsito passaria a poder descrever os sintomas de influência alcoólica do condutor que se negasse a realizar o exame de bafômetro, e lavrar a autuação, sem que estivesse limitado pelo limite de concentração etílica ao qual a lei fazia referência.

O referido projeto, que após a sua propositura deu origem à Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006 -modificou, radicalmente, a redação do artigo 165 do Código de Trânsito - que passou então a não mais mencionar o limite de concentração alcoólica necessária à caracterização do ilícito administrativo, sendo suficiente, desde então, que o motorista estivesse dirigindo sob influência de álcool para que a conduta descrita na primeira parte daquele dispositivo restasse caracterizada, incluindo-se aí também os casos em que o condutor se recusasse a fazer os testes de alcoolemia previstos na Lei 9.503 /97.

Dito com outras palavras, desde o advento da Lei 11.275 /06, deixou de ser necessário que o motorista apresente mais de seis decigramas de substância etílica por litro de

sangue para que se lhe possa imputar a infração administrativa prevista no artigo 165 do Código de Trânsito, sendo suficiente para a configuração da infração administrativa de trânsito em exame, a constatação, por meio de qualquer prova que permita certificar que o motorista encontrava-se dirigindo sob a influência de substância alcoólica, ainda que o extinto limite legal de alcoolemia não tivesse sido superado.

Com a edição da Lei 11.705 , de 19 de junho de 2008, sobrevieram mais alterações no Código de Trânsito Brasileiro , sobretudo no que diz respeito às conseqüências legais do consumo de álcool durante a direção veicular. Nesse tocante, malgrado as modificações encampadas pela denominada Lei de Tolerância Zero ou Lei Seca não tenham alterado substancialmente o conteúdo do ilícito administrativo previsto no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro , o mesmo não pode se afirmar quanto ao texto da norma penal consubstanciada no artigo 306 do mesmo diploma legal, que passou a reclamar a verificação exata da taxa de alcoolemia presente na corrente sanguínea do condutor, ressuscitando um desastroso critério técnico objetivo que, além de impedir a aferição da concentração de álcool por simples testemunho ou exame clínico, inviabiliza a própria aplicação do dispositivo penal, tal qual ocorria para a caracterização da infração administrativa prevista no artigo 165 do Código de Trânsito, anteriormente à vigência da Lei 11.275 /06.

4.5 LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO EM OUTRAS NAÇÕES

Em uma lista de 92 países pesquisados pelo International Center For Alcohol Polícies (Icap), instituição sediada em Washington (EUA), o Brasil agora se enquadra entre os 20 que possuem a legislação mais rígida sobre o tema. A lei aqui é mais restritiva do que as de outras 63 nações pesquisadas, mas ainda é superada pelas regras de outros 13 países. Cinco nações têm o mesmo nível de rigor do Brasil: Estônia, Polônia, Noruega, Mongólia e Suécia. Na América do Sul, o Brasil ficou em segundo lugar, atrás apenas da Colômbia, onde o limite é zero. Vizinhos como Argentina, Uruguai, Paraguai, Bolívia e Venezuela estipulam limites de 0,5 g/l, 0,8 g/l, 0,8 g/l, 0,7 g/l e 0,5 g/l, respectivamente. Estados Unidos (0,8 g/l), Canadá (0,8 g/l) e alguns países europeus do Reino Unido (0,8 g/l), Alemanha (0,5 g/l), França (0,5 g/l), Itália (0,5 g/l) e Espanha (0,5 g/l) também são mais tolerantes no assunto.

Por outro lado, a Rússia fez o contrario do Brasil. Naquela nação a tolerância de álcool era zero, no entanto entendeu o legislador desse país que seria melhor aumentar para 3

decigramas da substancia por litro de sangue, para evitar um maior impasse jurídico. Importante ressaltar que à época que a tolerância era zero a Rússia tinha uma dos piores índices de segurança no trânsito do mundo, com cerca de 33 mil pessoas mortas em acidentes automobilísticos.

Observa-se, de modo gera, que a principal responsável pela diminuição da imprudência no trânsito não é a severidade da Lei, e sim a conscientização da população. Lembrando que tal conscientização deve ter inicio o quanto antes.

Nesta esteira de pensamento observa-se que as nações que implementam essa prática tem percebido relevantes resultados. Na Suíça, por exemplo, existe na grade escolar uma disciplina que ensina e dá as noções iniciais de respeito no trânsito às crianças, tal atitude é refletida nos números, pois esta nação possui um dos melhores índices de segurança no trânsito do mundo.

Cabe ao legislador brasileiro tomar azo nestes números para desempenhar praticas semelhantes na educação do pais. Sempre percebendo que a abonação nos alarmantes números de mortes e acidentes automobilísticos não é questão de enrijecimento das leis e sim de instrução.

5 CONCLUSÃO

Ao fim desta sucinta obra, aproveita-se, para mas uma vez, dizer que não constitui objetivo deste trabalho defender o desrespeito às regras e normas de trânsito vigentes, nem a apologia para que se dirija veículo em estado de embriaguez. Que previamente se evite interpretações açodadas deste labor.

Tendo em vista os princípios que norteiam o direito brasileiro, defendeu-se nesta feita a plena legitimidade da recusa do condutor de veículo automotor em submeter-se a qualquer teste de alcoolemia, seja por via de bafômetro ou qualquer outro meio que esteja presente a discricionariedade do indivíduo em aceitar ou não.

Entre outros princípios elencados ressalta-se o de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Destaca-se de plano a afronta a este cabeçalho quando da imposição para soprar o bafômetro. Entende-se ainda que mesmo descartada a tipificação do crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a reprimenda administrativa presente no artigo 165 do mesmo diploma legal já se configura um retrocesso no que diz respeito às conquistas democráticas tidas na evolução histórica deste país.

Levantou-se a possibilidade do crime de desobediência para o indivíduo que se recusasse a fazer o teste do bafômetro, porém caiu por terra tal possibilidade tendo em vista que para tipificar tal crime é necessário que o ato não traga prejuízo ao direito de quem se recuse, ou seja, o direito do cidadão de não produzir prova contra si mesmo é anterior ao do estado de impor a fazer o teste do bafômetro.

De modo geral é preciso observar o artigo 157 do Código de Trânsito Brasileiro, no que tange a admissão de provas: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhada do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”

Nesse sentido tem-se que se observar a teoria norte-americana da “árvore dos frutos envenenados” que afirma que uma prova ilícita originária ou inicial teria o condão de contaminar as demais provas decorrentes, ou seja o processo que contém prova obtida por meio ilícito é nulo e todos os atos decorrentes, também, devem ser tidos como nulos, é o que a doutrina denomina prova ilícita por derivação. Por outro lado, a prova ilícita pode ser usada em situações excepcionais ou quando o direito tutelado é mais importante do que aquele atingido, isto pelo princípio da proporcionalidade e também, pelo princípio do estado de inocência, quando permite o uso da prova ilícita *pro reo*.

Ao fim desta obra e utilizando-se do direito comparado demonstrou-se que outras nações tem garantido uma maior segurança no trânsito sem afrontar nenhum direito nem nenhuma garantia pertinente ao cidadão.

Resta esperar que o legislado reconheça de forma humilde o erro e em tempo hábil se retrate sem trazer prejuízo a qualquer brasileiro. E o que espera cada cidadão que elege seus representante é que seus direitos seja resguardados e não cerceados por que deveria ampliar.

REFERÊNCIAS

ABRAMET. **Petição inicial da ADIN nº 4103.** Disponível em [HTTP://www.abramet.org/petição_amicus_curiae.pdf](http://www.abramet.org/petição_amicus_curiae.pdf). acesso em: 12 de out. 2009

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva. p. 141.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 285.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 17º Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, P. 563

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

COMPRATO, Fábio Konder. **A afirmação Historico dos direitos Humanos.** 3º edição. São Paulo: Saraiva, 2003 P. 71/81

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 14 ed. São Paulo : Atlas, 2002.

FILHO, Manoel G. Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 4 ed., São Paulo:Saraiva, 1995, p. 06.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 8 ed., São Paulo:Malheiros Editora, 1996, p. 56.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 7 ed. São Paulo : Atlas, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa.** 2 ed., Porto Alegre:Síntese, 1998, p. 126-127.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito constitucional ao silêncio e suas implicações**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2005. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.