

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Eduarda Vaz de Chaves

A LEI 12.760/2012 E O CRIME DE EMBRIAGUEZ
FRENTE À DISPENSA DA PROVA TESTEMUNHAL
COMO FORMA DE COMPROVAÇÃO DA ALTERAÇÃO
DA CAPACIDADE PSICOMOTORA E SUA
RETROATIVIDADE

Soledade

2014

Eduarda Vaz de Chaves

A LEI 12.760/2012 E O CRIME DE EMBRIAGUEZ
FRENTE À DISPENSA DA PROVA TESTEMUNHAL
COMO FORMA DE COMPROVAÇÃO DA ALTERAÇÃO
DA CAPACIDADE PSICOMOTORA E SUA
RETROATIVIDADE

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais,
sob a orientação da professora Mestre Linara da
Silva.

Soledade

2014

Eduarda Vaz de Chaves

A LEI 12.760/2012 E O CRIME DE EMBRIAGUEZ FRENTE À DISPENSA DA PROVA
TESTEMUNHAL COMO FORMA DE COMPROVAÇÃO DA ALTERAÇÃO DA
CAPACIDADE PSICOMOTORA E SUA RETROATIVIDADE

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais,
sob a orientação da professora Mestre Linara da
Silva.

Aprovada em ___ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Ms. Linara da Silva - UPF

Prof. Dr. _____ - _____

Prof. Dr. _____ - _____

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Joel e Valdete, os quais não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida tão especial. Vocês são pessoas essenciais na minha existência, pois foram e são a base para todos os meus dias. Não tenho palavras para expressar o meu amor por vocês, mas saibam serei eternamente grata por tudo.

Agradeço, primeiramente a Deus por ter me dado a oportunidade de realizar e concretizar esta fase da minha vida, pelo o dom que me deste e por iluminar todos os meus dias.

Aos meus pais Joel e Valdete, por conseguirem me proporcionar tudo de melhor na vida, ensinando-me o certo e o errado e me guiando na direção do caminho mais digno, pois vocês são a minha base e porto seguro.

Aos meus irmãos Bruna, Vitor e Diogo, por me apoiarem nessa longa caminhada, dedicando todo o amor, carinho e paciência.

Ao meu namorado Gabriel por todo o amor, carinho, dedicação e apoio para a concretização dos meus sonhos.

Às minhas amigas Luana, Cássia, Gisele e Viviane, pela amizade, carinho, paciência e companheirismo.

À professora orientadora Linara, por toda a dedicação, atenção e amizade, bem como, aos conhecimentos a mim transmitidos para que este trabalho se concretizasse.

A todos os demais professores, que me acompanharam ao longo dessa caminhada tão linda e longa, dedicando um pouco dos seus conhecimentos científicos e acadêmicos.

A todos que de uma forma e outra contribuíram para o meu crescimento pessoal, acadêmico e para que o meu sonho se tornasse realidade.

Muito Obrigada.

“Paciência e perseverança tem o efeito mágico de fazer as dificuldades desaparecerem e os obstáculos sumirem”.

(John Quincy Adams).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade da retroatividade da Lei 12.760/2012, bem como a dispensa da prova testemunhal, apta a comprovar o estado de alteração da capacidade psicomotora, utilizando como prova primordial a perícia, para garantir a celeridade processual frente aos princípios constitucionais. Tal abordagem temática justifica-se na questão de que o legislador não conceituou corretamente a maximização das provas para a constatação da embriaguez, ou seja, o mesmo aumentou as possibilidades, mas não delimitou como arrecadá-las, nem quem terá capacidade para auferir e computá-las. Assim, com base nas alterações realizadas pelo legislador no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, aumenta a margem para discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do novo dispositivo legal, dessa forma, segue diversos posicionamentos a respeito do tema em questão.

Palavras-chave: Capacidade Psicomotora. Policial Militar. Princípios. Prova Pericial. Prova Testemunhal. Retroatividade.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À LEI 12.760/2012: LEI SECA | 11 |
| 1.1 Conceito e aplicabilidade..... | 11 |
| 1.2 Princípio da legalidade..... | 14 |
| 1.3 Princípios da prevalência do interesse do indiciado/acusado e presunção de inocência..... | 17 |
| 1.4 Princípio da não autoincriminação <i>nemo tenetur se detegere</i> | 21 |
| 1.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa..... | 24 |
| 1.6 Princípio da lei penal no tempo e a retroatividade da lei..... | 27 |
| 2 MUDANÇAS DA LEI Nº 12.760/2012 E A COMPROVAÇÃO DA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA | 30 |
| 2.1 O advento da Lei 12.760/2012 e suas consequências..... | 30 |
| 2.2 Alteração da capacidade psicomotora como elementar do crime de embriaguez: conceitos fundamentais..... | 35 |
| 2.3 Teste do bafômetro como prova pericial e sua operacionalização..... | 39 |
| 2.4 A subjetividade do testemunho policial frente à comprovação da embriaguez..... | 44 |
| 3 A CONVENIÊNCIA DA RETOATIVIDADE DA LEI Nº 12.760/2012, A DISPENSA DA PROVA TESTEMUNHAL E A APLICAÇÃO DA PROVA PERICIAL | 50 |
| 3.1 Pontos negativos e positivos da Lei 12.760/2012 em benefício do autuado e a sua retroatividade..... | 50 |
| 3.2 A realização de exame clínico por perito oficial imparcial..... | 56 |
| 3.3 A não valoração da prova testemunhal como forma de comprovação da capacidade psicomotora..... | 60 |
| 3.4 Alterações da Lei 12.760/2012 em contraponto com a legalidade da prova testemunhal e pericial frente à retroatividade..... | 66 |
| CONCLUSÃO | 72 |
| REFERÊNCIAS | 77 |
| ANEXO - Texto da Lei 12.760/2012, na íntegra | 84 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa busca justificar o estudo sobre a retroatividade e a dispensa da prova testemunhal apta a comprovar a alteração da capacidade psicomotora do agente, através da alteração do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, pela Lei 12.760/2012. De acordo com a alteração legislativa, os meios probatórios foram totalmente alterados, sendo os mesmos contextualizados de forma diversa do entendimento legal e doutrinário.

Nesse sentido, a mudança da Lei ocorreu com a finalidade primordial de diminuir a violência no trânsito em decorrência do consumo de álcool, criando assim, a política da *tolerância zero*. Consequentemente, o principal objetivo da pesquisa funda-se na análise da possibilidade de retroatividade da Lei, bem como a dispensa da prova testemunhal apta a comprovar o estado de alteração da capacidade psicomotora, para garantir a celeridade processual frente aos princípios da legalidade, da não autoincriminação, presunção de inocência, segurança social, contraditório e ampla defesa.

Dentre as alterações do texto legal uma merece ênfase, uma vez que em meio às ideias do legislador o fato elementar do tipo sofreu modificação, pois antes era analisada a comprovação etílica do álcool no organismo do agente, hoje a prática ilícita configura-se mediante a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, tornando-se um tipo penal subjetivo. Nesse tocante, o legislador procurou dar maior destaque às imprudências no trânsito, mas não analisou de primeiro plano as incongruências que a Lei poderia ocasionar na realidade dos fatos.

Outrossim, cumpre salientar, que a modificação da Lei trouxe para sociedade pontos negativos e positivos, ou seja, passou a ser considerada como um crime de perigosidade real, o qual não pode ser meramente presumido, tendo que existir a sua devida comprovação. Em relação à retroatividade, há a necessidade de analisar se a Lei é mais benéfica ao réu, como regra geral. Tais circunstâncias devem ser ponderadas sempre em contraponto com os princípios previstos na Constituição Federal.

O presente trabalho é baseado em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, analisando a antiga e atual Lei, a fim de verificar se os objetivos da alteração legislativa estão sendo alcançados para beneficiar a sociedade em geral. Além do mais, se analisa a estrutura da prova testemunhal e pericial frente a comprovação da alteração da capacidade psicomotora do agente, aplicando os princípios inerentes a Lei 12.760/2012 e as regras previstas no Código de Processo Penal e legislações específicas. É mister salientar, que o método de abordagem utilizado é o dedutivo, que busca transformar enunciados complexos e universais em particulares, possibilitando chegar a conclusões fundamentadas no raciocínio dedutivo. (FÁVERO; et al, 2014, p. 53).

O primeiro capítulo trata dos princípios constitucionais aplicáveis à Lei 12.760/2012, pois os direitos e garantias do agente devem ser devidamente obedecidos, pois os princípios regem-se dos conflitos ocasionados pela prática ilícita, adequando-se ao caso para resguardar direitos que acabam sendo omitidos pela aplicação pura da Lei.

O segundo capítulo, por sua vez, desenvolve-se através das mudanças da Lei 12.760/2012, no tocante a maximização das provas utilizadas para comprovação da alteração da capacidade psicomotora do agente, ponderando as suas consequências e legalidade, frente à produção e obtenção dessas provas, de modo a não incorrer em inconstitucionalidades.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre a conveniência da retroatividade e a possibilidade de dispensa da prova testemunhal e aplicação primordial da prova pericial, fazendo com que os objetivos da Lei sejam realmente alcançados, além disso, faz menção aos pontos positivos e negativos da alteração legislativa, incorrendo sempre na obtenção de parâmetros pré-estabelecidos no ordenamento Jurídico Penal e Processual Penal brasileiro.

A intenção do legislador era acabar com as imprudências nas estradas, e valorizar a vida proporcionando uma devida segurança à sociedade. Porém, com a promulgação da Lei 12.760/2012 surgiram diversas discussões acerca do aumento dos meios probatórios e da possibilidade ou não da retroatividade, sempre em benefício do réu. Ademais, o verdadeiro sentido da realização dessa pesquisa é a preocupação com as ilegalidades na aplicação da Lei, caminhando assim, para a aplicação inexitosa da mesma.

Diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais são apresentadas no sentido da aplicação correta da Lei, no tocante a produção das provas para comprovação da capacidade psicomotora do agente, e por quem as mesmas devem ser produzidas para proferirem resultados claros e concretos, e a respeito da possibilidade de retroatividade ou não dessa Lei.

Assim, todas as questões contrárias são analisadas e discutidas no decorrer desse trabalho, a fim de diagnosticar se a alteração da Lei 12.760/2012 foi satisfatória à sociedade, e se a mesma está sendo aplicada adequadamente à realidade dos fatos. Ademais, espera-se que o presente trabalho de pesquisa estimule um debate jurídico acadêmico, em relação ao tema proposto e que seja então verificado qual o verdadeiro objetivo da alteração legislativa, frente aos anseios da vida social, tornando-se assim, possível a formulação de opiniões dos operadores do direito, levando em consideração a análise jurisprudencial e doutrinária a respeito do assunto.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À LEI Nº 12.760/2012: LEI SECA

Os princípios norteadores de todo o Direito Penal e Processual Penal, nascem oriundos da necessidade de promover o fim devido à solução do caso concreto, buscando aplicá-los intensamente, fazendo jus a eficácia normativa que ostentam, pois são verdadeiras normas jurídicas correlacionadas com a ética e a moral dos indivíduos, e assim, primando para o alcance da verdadeira justiça.

1.1 Princípios: conceito e aplicabilidade

O termo princípio, no sentido da hermenêutica, se equipara ao próprio enunciado jurídico, o qual tem por capacidade primordial orientar o intérprete na busca dos significados das palavras elaboradas pelo legislador/criador, como forma de aplicá-los, de forma sensata, no mundo real e fático, não abrindo lugar para indecisões e injustiças, assim, de acordo com a visão de Antônio Machado, os princípios demonstram que são diretrizes de conduta, com forte conteúdo ético e moral, pois harmonizam todo o ordenamento jurídico, da mesma forma que orientam os aplicadores do direito na decisão mais justa. (2013, p. 55).

Analisando sob um ponto de vista geral, os princípios processuais penais desde os primórdios encontraram respaldo no princípio do Estado de Direito, o qual de acordo com Luiz Regis Prado toma a seguinte definição:

É aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos. (2002, p.71).

Seguindo tal linha de raciocínio, há diversas definições a respeito de princípios, mas a que merece ganhar destaque é a criada por Guilherme de Souza Nucci, o qual define que o princípio é como um preceito, uma regra ou lei, ou seja, os mesmos são valores eleitos pelo

constituente, inseridos automaticamente na Lei Maior, de modo que configuram bases de sustentações para todo o poder normativo, possibilitando uma análise dos preceitos jurídicos em contraponto com os casos concretos. (2013, p. 88-89).

Segundo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, é possível averiguar uma definição clássica, a respeito da palavra princípio:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. (1995, p. 171).

Como já mencionado acima, os princípios têm a sua aplicabilidade no mundo dos fatos, mas isso ocorre em detrimento da sua uniformidade ao sistema jurídico, pois a norma máxima – Constituição Federal permite uma interpretação célere dos preceitos jurídicos, originando uma coerência ao sistema normativo, pois os princípios desencadeiam-se através de um sistema lógico e harmônico, não ficando a mercê de humores ou preferências pessoais para a sua realização. Todavia, os princípios constitucionais e processuais penais são constituídos pelos valores eleitos pelo constituinte, de forma que servem de base aos alicerces e as linhas mestras dos ordenamentos jurídicos, fazendo com que a interpretação seja realizada de forma coerente ao fato ocorrido. (NUCCI, 2013, p. 73).

Os princípios de forma geral destacam-se por possuir fundamentos limitadores à vida em sociedade, ou seja, de um lado encontra-se o direito e o dever de punição e de outro lado encontra-se o próprio ordenamento jurídico penal enquadrando determinada conduta humana como típica de um ato ilícito contrário ao ordenamento jurídico brasileiro, pois tais princípios desempenham função integradora, sistemática e orientadora da norma penal, direcionando assim, à máxima proteção do indivíduo e a solução do caso. (RANGEL, 2013, p. 3).

Conforme ensinamentos doutrinários de Aury Lopes Júnior, os princípios são “normas fundamentais ou gerais do sistema. São fruto [sic] de uma generalização sucessiva e constituem a própria essência do sistema jurídico, com inegável caráter de “norma”.” (2013, p. 163).

Não há como mencionar os princípios sem falar a respeito da proteção dos direitos fundamentais, pois os princípios constitucionais penais baseiam-se na teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli, o qual entende “ser inegociável a tutela dos direitos fundamentais, porquanto deve ser encarada como garantia da imunidade do cidadão contra a arbitrariedade estatal”. (apud LUISI, 2003, p.12).

Sendo assim, com base nesse entendimento histórico é evidente que o garantismo penal aplica-se no Direito Processual Penal e nas leis que dele decorrem, pois buscam a efetiva proteção dos direitos e garantias consagradas na Constituição Federal de 1988, se moldando e servindo como modelo para a estrutura política, jurídica e social do Estado Democrático de Direito, pois o Estado de Direito surge nas relações com o próprio indivíduo, o qual se submete ao regime de direito e legislações específicas, ficando amplamente protegido dos abusos do poder soberano. (GRECO, 2014, p. 97-98).

Dessa forma, os princípios são vagos e indeterminados, constituindo um elevado grau de abstração, formadores do conflito de princípios, o qual será devidamente solucionado quando houver a ponderação dos bens envolvidos, aplicando a melhor solução ao caso concreto. Consequentemente, tal definição é totalmente diferente da visão das regras, pois somente serão aplicadas se o fato cometido se enquadrar no tipo explícito não havendo a flexibilização e adequação. (QUEIJO, 2003, p. 66-67).

Portanto, os princípios gozam de plena eficácia normativa, por isso, são consideradas verdadeiras leis, pois é através dos mesmos que se concretiza a aplicação normativa a cada caso concreto, sendo que, em havendo conflito entre uma lei e um princípio, preponderam os ensinamentos principiológicos, para auferir uma justiça mais correta e célere, oportunizando as partes a verdadeira defesa a respeito dos fatos e provas trazidas e mencionados ao inquérito policial ou até mesmo na própria ação penal, evitando a mora processual e o descaso com a dignidade humana.

1.2 Princípio da legalidade

O reconhecimento do princípio da legalidade surgiu com a Revolução Francesa, pois tal princípio amoldou-se dentro dos parâmetros exigidos pela Lei Penal, tendo assim, a sua consagração nos artigos 7º, 8º e 9º¹ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim, conseqüentemente, esse princípio foi previsto em todos os ordenamentos jurídicos, desde o Código Criminal do Império de 1830, até a reforma da parte geral deste código de 1940 e desde esse período a lei sempre existiu para proferir uma segurança jurídica especial ao cidadão, estabelecendo direitos e garantias individuais. (GRECO, 2014, p. 99).

O princípio da legalidade possui grande força dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois o mesmo revela uma limitação ao poder punitivo estatal, ou seja, só poderá punir-se o indivíduo, se existir lei anterior que defina tal conduta como crime. Graças a esse princípio, a sociedade como um todo, tem o seu direito de ir e vir garantido, ficando livre das injustiças decorrentes da aplicação errônea das leis. Assim, Cezar Roberto Bitencourt, determina que:

Pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (2011, p. 41).

Cabe salientar, que tal princípio serve de base de sustentação para todos os demais, pois é garantidor de que no sistema punitivo não ocorrerá injustiças, no momento em que a pena for realmente aplicada, levando como ponto de partida à análise do caso e os direitos e

¹ **Artigo 7º** da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência; **Artigo 8º** A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada; **Artigo 9º** Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>. Acesso em: 04 mai. 2014.

garantias previstos na Constituição Federal de 1988, primando sempre, pela liberdade individual.

Inicialmente, é importante mencionar a origem histórica de tal princípio para compreendê-lo dentro de uma contextualização atual, pois fala-se aqui de um princípio de grande relevância, pois se apresenta como a pedra angular do ordenamento jurídico, possuindo expressa previsão constitucional e legal. Nesse sentido, é oportuna a lição de Nilo Batista que demonstra a relevância histórica do princípio da legalidade destacando-o também no direito comparado:

[...]

O artigo 9º da Declaração de Direitos da Virgínia (12. jun 1776) afirmava que as leis com efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores a sua existência, são opressivas e não devem ser promulgadas. A seção 9ª do artigo I da Constituição americana (12. set. 1787) proíbe a promulgação do decreto de proscricção (*Bill of Attainder*) ou lei retroativa (*ex post facto Law*). O artigo VIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26. ago. 1789) prescrevia que ninguém fosse punido senão em virtude em lei estabelecida promulgada anteriormente ao crime (*loi établie et promulguée antérieurement au délit*). Parece que o primeiro corpo de leis penais a incluir o princípio foi a codificação de D. José II da Áustria, de 1787 (*Josephina*).

[...]

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (2002, p. 66-67).

Como visto, é evidente que o princípio da legalidade tem origem em documentos internacionais, pois não há como penalizar um indivíduo pela prática de algum crime, sem que possua uma lei que enquadre tal conduta como típica e relevante a toda a sociedade. Tal noção existe e foi constituída desde os primórdios da humanidade, para garantir a ordem pública e a segurança jurídica e pessoal do indivíduo.

A definição trazida pelo doutrinador Luiz Régis Prado é a mais objetiva no sentido de repassar os verdadeiros ensinamentos jurídicos de tal princípio, ou seja, o mesmo argumenta

que, “o princípio da legalidade também rege a medida de segurança, sob pena de comprometer, seriamente, direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados”. (2006, p. 24).

O princípio ora citado é o alicerce basilar, pois de acordo com Guilherme de Souza Nucci, “é um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir”. (2013, p. 121).

É importante frisar que o dogma do Positivismo Jurídico constituído nos séculos XVIII e XIX ainda torna-se visível e aplicável ao Direito Penal e Processual Penal brasileiro, bem como ao princípio da legalidade, pois, de acordo com tal preceito não se admitem lacunas quanto à configuração de tipos criminais ou no que concerne à descrição das condutas que os caracterizam, ou seja, que os tornam típicos penalmente, pois, foi em tal período que consagrou a existência do princípio da reserva legal, constituindo assim, uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, obedecendo às exigências normativas. (BITENCOURT, 2011, p. 41).

Ademais, não há vazios desse tipo nem mesmo nas referidas leis penais em branco, pois o conteúdo nelas ausente é preenchido por outra lei ou fonte formal do próprio sistema. Dessa forma, se inexistir a previsão legal, o juiz não poderá, em regra, questionar se falta lei ou direito, o dever do mesmo é concluir que não há crime, ou seja, não há tipicidade, porque de acordo com as lições doutrinárias de Rogério Greco, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, quais sejam: proibir a retroatividade da lei penal; proibir a criação de crimes e penas pelos costumes; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentando ou agravando as penas; e proibir incriminações vagas e indeterminadas. (2014, p. 100).

Nesse viés, o princípio ora mencionado faz transparecer à essência das leis, ou seja, o que compõe o texto legal tem que ser moldado dentro dos parâmetros sociais e reais, sempre primando pelas garantias e direitos constitucionais do agente, pois parte-se do ponto de que todos os seres humanos são inocentes frente aos olhos do legislador, somente incorrendo em punição no momento que for constituído um corpo de provas concretas e passíveis de análise jurídica, caso contrário, todas as leis têm limitações, que previnem o ato, para que esse não

seja considerado ilegal por negligência estatal.

1.3 Princípio da prevalência do interesse do indiciado/acusado e presunção de inocência

Os princípios da prevalência do interesse do indiciado e da presunção de inocência estão ligados à interpretação das imposições *in dubio pro reo*, *favor rei*, *favor innocentiae*, *favor libertatis*, pois ambos surgiram no final do século XVIII, em plena a época que vigorava o Iluminismo, com a finalidade de insurgir contra o sistema Processual Penal inquisitório. Tal necessidade foi desenvolvida para proteger o cidadão contra as garras lapidadas do Estado, o qual presumia a culpabilidade do agente, assim nasceu a legislação que definiu os direitos e as garantias fundamentais do homem, qual seja, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu artigo 9º.

A origem do princípio da presunção de inocência, conforme menciona Aury Lopes Júnior, “remota ao Direito Romano (Escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média”, pois meros indícios ou provas totalmente insuficientes eram apresentadas como válidas, fundadas assim, na semiculpabilidade e na aplicação de uma sanção para converter o ato supostamente cometido. (2004, p. 77).

O princípio em tela decorre do princípio da jurisdicionalidade, pois a jurisdição é a atividade pertinente e necessária à obtenção da prova de um crime cometido, sendo que, até que essa prova não se conclua nenhum delito será imputado ao suposto acusado, bem como, nenhuma pena será aplicada ao mesmo. Assim, de acordo com a obra de Aury Lopes Júnior, o mesmo faz menção à explicação de Ferrajoli, consoante se demonstra que:

A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena. (apud LOPES JÚNIOR, 2013, p. 227).

No momento em que soar dúvidas em relação à culpabilidade do acusado, deve-se sempre optar pela forma mais favorável ao réu, pois o mesmo é considerado inocente até que se prove ao contrário, aplicando assim, a não consideração prévia da culpabilidade, pois se enfatiza a necessidade de cristalizar a presunção de inocência, como sendo um direito fundamental, aplicável em todos os sentidos do Processo Penal. (ALENCAR; TÁVORA, 2013, p. 55).

O princípio da presunção de inocência já está consagrado como um pressuposto à condição humana, pois no processo penal brasileiro prevalece a garantia da liberdade e da verdade a respeito dos fatos, bem como a garantia de segurança social evitando que injustiças sejam proferidas pelo Estado. Assim, o princípio da presunção de inocência é uma forma de frear as interpretações do legislador que não reconhece a aplicação das regras no mundo real. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 227).

É mister salientar, que o princípio ora discutido é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois se encontra revestido de prerrogativas de tratamento igualitário a todos os seres humanos que estão à mercê de uma investigação ou processo criminal, ou seja, a partir desse momento, o indivíduo passa a atingir o *status* de sujeito de direito e não tão somente instrumento da investigação ou da ação penal.

A esse princípio atribuí-se uma tríplice relevância, em decorrência dos seus pontos constitucionais e sociais, ou seja, apresenta-se a proteção ao sujeito, tanto na regra probatória, na regra de tratamento e na regra de garantias conferidas aos acusados na própria ação penal. (GOMES, 1999, p. 111).

Consequente a tal raciocínio, cabe mencionar a importância da distinção dos atos de prova praticados durante a fase policial e fase processual, ou seja, somente as provas trazidas para o âmbito processual é que poderão proferir resultados a respeito da prática delitiva, caso contrário, não poderão justificar a sentença condenatória, pois prevalece o princípio da presunção de inocência, sendo, desta forma, dever do julgador dar ao acusado tal proteção. Assim, é relevante mencionar a visão do doutrinador Alexandre de Moraes em relação ao tema acima esboçado:

O princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal, (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (2000, p. 267).

Conforme, menciona Guilherme de Souza Nucci o princípio da presunção de inocência “tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não a defesa”. (2013, p. 90). Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem se manifestado a respeito do princípio ora trabalhado, em relação ao crime de embriaguez ao volante:

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. A prova gera dúvida acerca de quem efetivamente conduzia o veículo no momento do fato. A palavra do policial restou absolutamente isolada do contexto probatório. Assim, levando-se em consideração o princípio da presunção de inocência e que a dúvida favorece ao apelante (*in dubio pro reo*), absolve-se o imputado, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055090237, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 17/10/2013); (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2013).

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PROVA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. 1. No âmbito de um processo penal digno de um Estado Democrático de Direito, estruturado a partir de uma Constituição Federal que estabelece um amplo rol de direitos e garantias individuais, dentre os quais está a presunção de inocência, é absolutamente vedado ao Poder Judiciário presumir a culpa de qualquer pessoa acusada criminalmente. Nessa senda, a prova, para dar suporte a um juízo condenatório, há de ser robusta e séria, pois a presunção, no processo penal, é em favor do réu e não contra ele. É da acusação o encargo de provar a culpabilidade do réu. 2. No caso concreto, como bem salientou o julgador monocrático, inviável a condenação do recorrido, por absoluta insuficiência de provas. O teste do etilômetro acostado apresenta tão-somente o resultado da análise, sem fazer qualquer alusão à data e ao local onde foi realizado e, principalmente, não consta qualquer identificação referente ao nome do condutor, sua data de nascimento e assinatura e o nome do examinador. Ora, sem o preenchimento destes dados mínimos à demonstração da materialidade e autoria delitivas pelo delito de embriaguez ao volante, não há que se falar em suficiência probatória. APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70057017816, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013); (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2013).

De acordo, com tais posicionamentos jurisprudenciais, o princípio em questão é altamente analisado, como forma de proteção integral à dignidade humana, ou seja, não havendo provas suficientes à condenação do agente não há que se falar em presunção desta para aplicação de sanções, pois no processo penal, bem como no âmbito constitucional à presunção é sempre em favor do réu.

O princípio mencionado é uma regra diretamente referida ao juízo do fato, ou seja, a sua incidência no âmbito do processo penal exige a obtenção de uma prova consistente, para a comprovação da culpabilidade do agente, caso contrário, acarretará em absolvição, pois não foi devidamente comprovada a culpa do mesmo. Cabe dizer, que é um dever de tratamento, pois exige que o réu seja tratado como inocente, ademais, acaba por si só garantindo a todos os cidadãos a tutela de direitos humanos constitucionalizados. Em resumo, o princípio tratado impõe à sociedade um verdadeiro dever de tratamento que atua sempre em duas dimensões, ou seja, interna ao processo e exterior a ele no sentido de que exige um tratamento que reconheça a inocência do agente. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 230).

Assim, o texto constitucional cumpre com o seu objetivo, ou seja, realiza a proteção da liberdade do indivíduo contra o arbítrio estatal, no momento das decisões e/ou produção de provas, não permitindo que haja desrespeito ou violações às garantias fundamentais formadoras de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da elaboração da prova testemunhal, como fonte pericial. Nesse caso, cabe ao legislador no momento em que origina uma lei, determinar que o executor aplique-a corretamente sem abrir lacunas à parcialidade pessoal.

Portanto, com base nos princípios da presunção de inocência e da prevalência do interesse do acusado, os quais vigoram ligados a todos os demais princípios norteadores do Direito Penal e Processual Penal, é importante frisar que a Constituição Federal estabelece que todos os seres humanos serão tratados como inocentes, até a concretização da culpabilidade em conduta tida como ilícita pelo ordenamento jurídico, mas ocorre que a auferição desta penalização não decorre da ajuda do agente, pois é inconstitucional que o acusado sirva de paradigmas para a produção de provas incriminadoras.

1.4 Princípio da não autoincriminação - *nemo tenetur se detegere*

O princípio em tela relata uma ideia de imunidade à autoincriminação, ou seja, de acordo com artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, o qual serve de analogia a tal princípio, determina que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Essa é mais uma das garantias ao indivíduo, que muitas vezes, acaba sendo engavetada e desrespeitada, pelo próprio aplicador do direito, cuja função é primar pela busca da justiça pura e correta.

Em suma, o princípio constitucional ora mencionado foi devidamente acolhido no Direito brasileiro com a incorporação ao direito interno, ou seja, com a introdução do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por isso, tal postulado traduz-se como um princípio-garantia e conseqüentemente, configura-se como um direito fundamental Cláusula Pétrea, o qual não poderá ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional. (QUEIJO, 2003, p. 80).

O princípio da não autoincriminação surgiu com a necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelo regime absolutista dentro do processo penal, ou seja, buscando a proteção da integridade física e mental do investigado, pois com tal garantia cumpre a sua função protetiva em sentido estrito, qual seja, estando à frente da defesa de um bem jurídico chamado dignidade humana, honrando com a integridade moral do ser humano, adentrando assim, no instituto da autopreservação. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 74).

Diante dos fatos alegados, no Estado moderno, tal princípio não pode ser visto apenas como uma proteção do indivíduo em face do Estado, deve ir além dessa concepção, pois tem o dever de tutelar a dignidade humana em toda a sua extensão, otimizando assim, a persecução penal.

No processo penal e até mesmo nos parâmetros constitucionais é inegável que o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, representa claramente uma barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do próprio Estado, revelando uma garantia ao acusado no sentido de que não precisará colaborar para a produção de provas, quando essas forem evasivas à sua integridade física e moral. Assim, em razão dessa recusa, nada poderá ser negativamente valorado contra a pessoa do acusado, no

âmbito investigatório ou processual, porque tal princípio está devidamente inserido na Constituição Federal, como direitos fundamentais de primeira geração, o qual prima pela liberdade do oprimido e pelo combate aos excessos e abusos por parte do Estado – autor. (QUEIJO, 2003, p. 55).

Dessa forma, a garantia de não autoincriminação deve ser enxergada como forma de proteção geral dos direitos fundamentais dos acusados, portanto, se o agente recusar-se a contribuir com a produção de determinada prova, tal contribuição deverá ser analisada como uma agressão aos seus direitos e garantias tuteladas, e não como um receio em ser condenado, como uma afronta ao princípio da isonomia, o qual determina um tratamento igualitário a todos os indivíduos. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 49-50).

É importante frisar que, de acordo com a doutrinadora Maria Elizabeth Queijo, o princípio da não autoincriminação se relaciona com a busca da verdade e com os limites dos poderes instrutórios do juiz, ou seja, não há nenhuma incompatibilidade entre os mesmos, muito pelo contrário, ambos se conciliam caminhando para o respeito à dignidade humana do acusado. Ademais, não poderá o juiz determinar a produção de provas que impliquem na violação dos direitos e garantias individuais. (2003, p. 46).

Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira, “o direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação ou mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido”. Diante do exposto, é claro que se o acusado é presumidamente inocente (Princípio da Presunção de Inocência) não cabe a ele comprovar fatos indutivos a sua própria condenação, sendo papel exclusivo da acusação, a qual se quiser ver a sua pretensão punitiva aceita terá que trabalhar com a veracidade de suas afirmações. (2014, p. 41).

O silêncio a que se refere à Lei Maior, no âmbito do processo, não poderá ser utilizado contra o réu, pois é uma faculdade do mesmo, sendo que de tal manifestação de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao indivíduo. Conforme, ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, a respeito do conceito de não produzir provas contra si mesmo é possível analisar que:

Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo processual à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. (2013, p. 91-92).

A garantia da não autoincriminação que a lei faz menção está baseada pela sua autolimitação, regulando o dever-poder de punição do Estado, em relação ao indivíduo, fazendo com que tenhamos uma persecução penal mais eficiente, sem injustiças e desproporcionalidades, pois se não houvesse tais limitações na produção de provas contra o indiciado, todo e qualquer material probatório, mesmo que produzido à custa de violações constitucionais, seria introduzido no processo e valorado como ponto negativo ao indiciado. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 46).

O princípio ora debatido relata a vedação de medidas atentatórias à integridade física e moral do acusado, baseando-se no direito à dignidade humana, pois o acusado não pode ser coagido a cooperar na persecução penal, ou seja, na produção de provas que possam de alguma forma contribuir para a sua autoincriminação. Outrossim, de acordo com o ponto de vista doutrinário de Maria Elizabeth Queijo, “o processo penal deve objetivar a verificação dos fatos imputados ao acusado e não às eventuais escusas que este ofereceu”. (2003, p. 77).

Segundo o entendimento doutrinário de Damásio de Jesus, caso o indivíduo participe da produção de provas, como por exemplo, o teste do bafômetro, não pode tal prova versar sobre uma verdadeira confissão, pois a autodeterminação pessoal está devidamente assegurada e contemplada pelas garantias constitucionais do princípio em tela. (2009, p. 171-172).

Diante de todas as evidências doutrinárias, o princípio da não autoincriminação atende a um instituto natural do indivíduo, ou seja, regula a própria defesa do agente, em não ser obrigado a produzir, nem a colaborar com a produção de provas, não incorrendo assim, em nenhuma penalização por esta atitude, esse parâmetro é revelado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica de 1969 no seu artigo 8º, o qual assegura os direitos e garantias individuais do agente, elevando assim, a categoria de um verdadeiro direito humano fundamental. (MACHADO, 2013, p. 89).

Portanto, de acordo com a produção de provas no âmbito penal, é evidente que a sua elaboração é restrita, graças às garantias constitucionais, as quais são proporcionadas ao agente, no momento em que ocorre uma conduta típica. Dessa forma, cria-se um processo célere e garantidor, não dando lado a ocorrência de abusos por parte do Poder Punitivo do Estado.

1.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório está ligado às alegações de fatos e a apresentação de provas, realizadas por uma das partes no âmbito do processo. Cabe o direito a parte contrária se manifestar a respeito de elementos fáticos e probatórios, contribuindo, assim, para o equilíbrio processual entre o Estado e o direito à liberdade e manutenção da condição de inocente.

Tal princípio está previsto na Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LV e redimensiona à relação processual, servindo tanto para a acusação, quanto para a defesa, e, somente em casos excepcionais, é que o mesmo será levantado em matéria de mérito. No entendimento de Aury Lopes Júnior, “o contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo”. (2013, p. 231).

É mister salientar que, o princípio em questão, no que tange as provas, é um dos princípios mais caros ao processo penal, pois se refere ao elemento da validade processual, pois caso não seja observado adequadamente, será causa de nulidade absoluta, por causar dano irreparável ao acusado.

Segundo Aury Lopes Júnior “o contraditório, como ponto de partida, trata da ideia de método de confrontação da prova e comprovação da verdade”, ou seja, funda-se no conflito em tela, bem como nas provas anexadas pelas partes contrapostas. (2013, p. 554).

O princípio acima mencionado é uma faculdade do investigado, mas há de ser observado quando originar-se de uma contradição, isto é, quando as provas forem alegadas por uma das partes, proporcionar-se-á a outra o direito a fala, estabelecendo uma paridade de

armas processuais. Com base, nas palavras de Aury Lopes Júnior é possível averiguar que o princípio do contraditório apresenta-se da seguinte forma:

O princípio do contraditório está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da ‘pequena história do delito’ seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. (2013, p. 231).

Seguindo na mesma linha de raciocínio, obtendo uma visão mais moderna, o contraditório é um direito que as partes possuem de rebater as alegações realizadas, na frente do julgador, o qual deve participar intensamente dessa fase processual para que no momento de sentenciar realize uma correlação com os elementos probatórios da acusação e da defesa.

O contraditório é visto como o direito de ser informado e de participar ativamente do processo, pois, “os dois pólos da garantia do contraditório são: informação e reação”. Logo configura o conhecimento completo de todos os atos processuais, bem como, via de regra, não pode ocorrer segredo para a defesa, sob pena de violar o princípio do contraditório. A esse respeito, vigora o direito de saber o que está acontecendo perante as investigações ou até mesmo durante a ação penal. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 233).

Conforme ensinamentos doutrinários e jurídicos de Eugênio Pacelli de Oliveira, “a união dos dois princípios, contraditório e ampla defesa, formam a pedra fundamental de todo processo penal”, pois são instituídos como cláusula de garantia para a proteção do cidadão, bem como de um processo justo e equitativo, formulando um único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (2014, p. 44).

Em relação ao princípio da ampla defesa, é mister salientar que o mesmo gera diversos benefícios, os quais são exclusivos do réu e vedados à acusação. Tal princípio configura dois pólos de defesa, ou seja, a defesa técnica, a qual pressupõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos específicos do Direito, sendo assim, indisponível e imprescindível para o desfecho do caso e, a defesa pessoal, enquanto defesa privada ou autodefesa, pois o indivíduo resiste pessoalmente à pretensão estatal, por encontrar nas suas razões o direito de defesa, caso opte por permanecer em silêncio nenhum prejuízo sofrerá em detrimento de omitir-se de colaborar com a fase probatória. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 234-237).

Dessa forma, segundo Norberto Avena, o princípio da ampla defesa possui uma relação com o direito contraditório, pois ninguém pode ser condenado sem antes ter ouvido a sua versão quanto aos fatos imputados, ou seja, o mesmo pode apresentar todas as alegações contra a acusação, acompanhar todas as provas, bem como, realizar a contraprova e recorrer das decisões desfavoráveis. (2009, p. 23).

Segundo, Vicente de Greco Filho, “um dos requisitos essenciais da ampla defesa, é a apresentação clara e completa da acusação”, proporcionando assim, meios para que o indiciado atue na sua defesa da melhor forma possível. Já que, a ampla defesa se traduz, em termos objetivos, tornando assim, efetiva a garantia constitucionalmente prevista. (2012, p. 77-79).

Cumpre salientar, que ocorre uma distinção clássica entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, no sentido de que, no primeiro, exige-se a garantia da participação, já, no segundo, vai além da exigência, impondo a realização efetiva dessa participação sob pena, de gerar a nulidade dos atos praticados em detrimento do acusado, pois de acordo com o princípio do contraditório está em vigor o binômio ciência e participação, ou seja, às partes é dada toda a possibilidade de participação nos atos, para convencer a autoridade do alegado, já no princípio da ampla defesa, utiliza-se de meios técnicos e pessoais para que esse convencimento seja proferido de forma sábia e robusta, formando assim, um conjunto probatório capaz de provocar dúvida, quanto às alegações já apresentadas aos agentes punitivos. (ALENCAR; TÁVORA, 2013, p. 58-59).

Nesse panorama, pode-se afirmar que a ampla defesa é realizada pelas defesas técnicas, efetivas e pela autodefesa, bem como, por todas as provas hábeis e lícitas que possam ser produzidas para beneficiar o acusado e demonstrar a sua inocência perante o fato alegado. (PACELLI, 2014, p. 47).

Portanto, de acordo com tais princípios é possível analisar que, ao acusado, é manifestado o direito e a garantia de contrapor todas as alegações e provas produzidas contra si, como por exemplo, argumentar a respeito da alteração da capacidade psicomotora, frente as alegações de embriaguez ao volante, ademais é importante frisar que toda a análise probatória deverá ser realizada de acordo com a legislação pertinente, ou seja, de acordo com a lei que está vigorando à época do fato, salvo se a lei anterior for de alguma forma mais

benéfica ao agente, levando sempre em consideração as situações em que o mesmo se encontra.

1.6 Princípio da lei penal no tempo e a retroatividade da lei

Analisando um conceito geral de lei penal no tempo é possível afirmar que a lei nasce, vive e morre, ademais, no momento em que uma lei entra em vigor, ela rege todos os atos abrangidos por sua extensão, até que seja cessada a sua vigência no mundo das leis, tal situação vem protegida pelo Princípio da Imediatidade, previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal, o qual determina que a nova lei terá aplicabilidade imediata, mas possui exceções a respeito do período da *vacatio legis* e da possibilidade de retroatividade da lei material, caso for mais benéfica para o réu. (BITENCOURT, 2011, p. 184).

O sistema penal brasileiro reconhece o princípio da irretroatividade da lei penal somente para aqueles caso em que a lei for mais severa, pois se a lei anterior for mais benéfica para o agente, ocorrerá a chamada *ultratividade* e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da nova lei, ainda que já esteja revogada, como também ocorrerá para o caso em que a lei posterior for mais benéfica para o réu, neste caso, irá retroagir para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência. (BITENCOURT, 2011, p. 185).

Segundo o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, a análise da retroatividade da lei penal deve ser feita de acordo com o caso concreto, porque no momento em que há conflito aparente de normas, sustenta-se a solução de ouvir o relato do próprio acusado em relação ao fato cometido, pois como o mesmo determina:

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal. (2011, p. 196).

A nova redação do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, proposta e promulgada pela Lei 12.760/2012 prevê a possibilidade de retroatividade em relação ao preceito revogado, pois, independentemente, da substância previamente ingerida, dever-se-á provar sua influência sobre a condução anormal do veículo automotor. (GOMES, 2013, p. 59).

De tal forma, a nova lei cria obstáculos à configuração do delito, pois estabelece elementares antes não previstas e de acordo com a Constituição Federal e o Código Penal, a lei posterior benéfica ao agente deverá retroagir a seu favor, desta forma, os processos criminais que estejam em curso, de acordo com a lei anterior 11.705/2008, os quais não tiveram a prova da influência do álcool no organismo do agente, comprovando a condução anormal do veículo automotor, estão fadadas ao insucesso. (GOMES, 2013, p. 58).

Seguindo a linha doutrinária, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem se posicionado a este respeito em seus julgados, pois alega que o que antes era crime, hoje com o advento da nova lei seca passa a ser meio de prova para comprovar ou não a materialidade delitiva:

EMBARGOS INFRINGENTES. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora. EMBARGOS ACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70058085424, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 09/05/2014). (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2014).

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de

substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. **Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora**, notadamente em razão do depoimento do policial responsável pela abordagem, que afirmou que o réu conduzia a motocicleta normalmente. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. (Apelação Crime Nº 70051305852, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 09/05/2013, grifos nossos). (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2013).

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. **Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora. Absolvição decretada.** RECURSO PROVIDO (Apelação Crime Nº 70052159951, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/07/2013, grifos nossos). (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2013).

Diante disso, quanto mais o legislador cria normas para punir a sociedade, sem a devida aplicação no mundo dos fatos, melhor é a situação do agente, pois sempre operar-se-á pela retroatividade da lei, primando pela lei mais favorável ao réu, pois no Direito Penal e no Processo Penal busca-se a igualdade entre as partes e as formas, sendo assim, caso haja lei mais benéfica e cabível ao caso, o caminho a percorrer será o de menor gravame ao réu.

2 MUDANÇAS DA LEI Nº 12.760/2012 E A COMPROVAÇÃO DA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

A Lei Seca com o passar dos anos teve grandes alterações, algumas exitosas e outras que não trouxeram muitos pontos positivos para a sociedade em geral. No ano de 1997 entrou em vigor o Código de Trânsito Brasileiro, o qual gerou e proliferou as primeiras determinações e exigências em relação ao crime de embriaguez. Posteriormente, em meados do ano de 2008, ocorreu a criação de uma lei modificadora, a qual estabeleceu a dosagem etílica e, por fim, surgiu na legislação a figura da Lei nº 12.760/2012, que aumentou a possibilidade dos meios de comprovação dessa conduta. Assim, é importante frisar que as mudanças que esse artigo sofreu, foram pensadas no crescimento cultural e preservativo de todos os seres humanos vulneráveis a práticas ilícitas e nocivas.

2.1 O advento da Lei nº 12.760/2012 e suas consequências

No ano de 1997 ocorreu a promulgação do Código de Trânsito Brasileiro a partir da Lei nº 9.503/1997, que estabeleceu em seu artigo 306 a conduta típica de “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo o dano potencial a incolumidade de outrem”. Nota-se que a partir de tal explanação nada se referiu a quantidade de álcool, nem sequer a possível alteração da capacidade psicomotora do agente, pois o objetivo que o legislador tinha à época era de fundar um tipo incriminador para eventual conduta.

Com a necessidade de uma punição mais rigorosa, em decorrência do aumento de infrações no trânsito, a legislação brasileira realizou a primeira revisão no Código de Trânsito Brasileiro, com a elaboração da Lei nº 11.705/2008. A partir desse período é que passou a vigorar a tese da quantidade de álcool por litro de sangue, impondo assim, um grau mais elevado para a comprovação da materialidade delitiva, ou seja, para que o indivíduo fosse autuado pelo crime de embriaguez ao volante, o mesmo tinha que apresentar a quantidade de seis decigramas ou mais de álcool por litro de sangue ou com trinta e quatro (0,34) miligramas

ou mais de álcool por litro de ar alveolar expelido, de acordo com a Resolução do Conselho Nacional de Trânsito. Ocorre que, diante dos fatos reais, a lei acima mencionada tornou-se infrutífera, não alcançando o fim para o qual fora criada. (GOMES; BEM, 2013, p. 101).

Para a infração acima mencionada ser devidamente comprovada, se fazia necessário o exame químico, ou seja, o teste do bafômetro, não sendo permitido nenhum outro meio de prova admitida em direito, sendo a única prova que determinava com segurança a taxa de alcoolemia que estava presente no corpo do agente infrator. Conseqüentemente, a alteração legislativa não obteve o êxito esperado, já que na Lei Maior há o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Sendo assim, por uma lógica de segurança jurídica só seria realizado tal teste, se existisse a livre concordância do indivíduo, caso contrário, a prova se tornaria impossível de ser produzida, caminhando assim, para a realidade da impunidade, frente a uma legislação promulgada incompleta e não aplicada corretamente nos fatos da realidade. (CABETTE, 2013, p. 29).

Em meados do ano de 2012, foi promulgada a Lei nº 12.760, que alterou radicalmente o texto legislativo antes em vigor, pois com o seu advento, deixou de configurar um crime concreto, passando a estabelecer um crime totalmente abstrato, ou seja, não precisa haver vítima concreta, não se exige a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta do motorista, basta a comprovação de que o agente não estava em perfeitas condições de dirigir, oferecendo insegurança, incompetência e imprudência pessoal. Assim, configura-se como um crime formal, segundo a doutrina, a prática de uma conduta que descreve um resultado, o qual não precisa ser verificado para ocorrer a consumação delitiva, basta que ocorra a conduta ilícita expressa na própria legislação, como por exemplo, a ação prevista no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro², o qual determina a simples ação do agente e a vontade de

² Artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora. § 2º - A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. § 3º - O CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 jun. 2014.

concretizar o ato, configuradoras do dano potencial, isto é, a antecipação da consumação, configurando o novo delito da Lei nº 12.760/2012. (BITENCOURT, 2011, p. 255).

Segundo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a tipicidade formal é a própria tipicidade legal, ou seja, para que a embriaguez, nos dias atuais, tenha a sua devida comprovação todos os requisitos que compõe a Lei devem ser comprovados, não podendo serem presumidos, sob pena de infringir o princípio da presunção de inocência, o qual somente vai perder forças, no momento em que a conduta incriminadora ficar devidamente comprovada, mediante provas concretas e válidas. (GOMES; BEM, 2013, p. 118).

A mudança legislativa somente ocorreu em decorrência do grande índice de mortalidade no trânsito brasileiro, sendo assim, o legislador instituiu a *tolerância zero* por litro de sangue, promulgando uma resposta mais concreta e sensata à sociedade, deixando de lado um Estado baseado na impunidade, passando a desenvolver uma política voltada ao verdadeiro sentido de punição.

Cabe salientar, que um dos pontos positivos da nova Lei é que somente o motorista flagrado com a capacidade psicomotora alterada poderá ser enquadrado no mencionado crime, diferentemente do que ocorria com a Lei de 2008, que presumia a alteração psíquica a partir de determinada quantidade de álcool no sangue, independentemente da efetiva embriaguez.

Consequentemente mudou-se a elementar do tipo penal, ficando determinada assim, a alteração da capacidade psicomotora, como fundamento primordial e principal da conduta. Nessa senda, é de suma importância a modificação da Lei, pois os efeitos do álcool e de outras substâncias psicoativas variam de uma pessoa para outra, só se podendo afirmar a real diminuição da capacidade psicomotora de alguém mediante exame médico especializado. (GOMES; BEM, 2013, p. 72-73).

Em outro prisma, é notório que a possibilidade de auferir a materialidade delitiva tornou-se mais vasta, mas um tanto quanto perigosa, pois a redação atualizada da Lei ensejou a produção de diversas provas antes desconhecidas no âmbito do crime de embriaguez ao volante, como a prova testemunhal colhida por meio de vídeos, exames clínicos, entre outras. Todavia, quando não se consegue absorver provas técnicas da embriaguez, restando assim, somente indícios comprovados desta ação, esses valerão como meio de extrair a culpabilidade do agente, afastando assim, a presunção de inocência que o indivíduo possui perante um

Direito Acusatório. (GOMES, 2013, p. 73-75).

De acordo com Eudes Quintino de Oliveira Júnior, a questão probatória vai muito além do estipulado em Lei, pois os novos meios de provas abrangem todas as demais provas, desde que estas sejam permitidas no Direito. Portanto, o mesmo determina que:

O teste de alcoolemia e o exame de sangue são consideradas provas lícitas em Direito, desde que o agente ofereça sua aquiescência para tanto. E, até, mesmo por ironia, podem ser realizados para comprovar a inocência do condutor, pois se não for constatada concentração alcoólica, caem por terra as demais provas. A prova testemunhal é considerada pelo legislador processual penal como uma prova que inspira a credibilidade. Além do que, trata-se de um membro da comunidade que não tem qualquer interesse no deslinde da causa, a não ser apresentar uma versão idônea com o fato investigado. É uma prova que trará conforto e segurança para um julgamento mais condizente com a realidade. Pode ocorrer, no entanto, que a testemunha não tenha condições de fazer afirmação a respeito da embriaguez do agente, mas, também nesse caso, a Lei nº 12.760/12 foi além e apontou outras provas que poderão demonstrar a ebriedade. Imagens fotográficas ou cinematográficas. A tecnologia virtual e os aparelhos ópticos instalados em logradouros públicos oferecem prova consistente com relação aos movimentos do motorista em eventual estado de ebriedade. (REVISTA CONSULEX, nº. 384, 2013).

Com a interposição dessas novas possibilidades de provas, desencadeou-se outro problema, a saber: o fator da subjetividade do avaliador, pois em decorrência da prova testemunhal, o suposto infrator fica a mercê de uma verdade que muitas vezes não fora a que de fato aconteceu.

Ademais, em contraponto com as alterações legislativas, foi possível diagnosticar que, em diversos julgados e doutrinas, é feita referência à probabilidade de que a nova Lei seja mais benéfica ao réu, pois o que antes era considerado crime, hoje com tais ensinamentos legislativos é um meio de prova para a demonstração de um possível crime. Seguindo tal linha de raciocínio, a Lei a que se refere, desencadeia a retroatividade em favor do sujeito autuado, estando devidamente fundamentada na própria Constituição Federal, como preceito fundamental de proteção e garantias dos direitos individuais. (GOMES, 2013, p. 59).

O Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul posicionou-se em seu julgado, a favor da retroatividade da lei, considerando ainda o fato cometido antes da vigência da nova Lei Seca, como sendo uma conduta atípica:

APELAÇÃO-CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. O princípio da legalidade se constitui pedra angular do ordenamento jurídico pátrio e é basilar da democracia. Previsão constitucional no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e legal no artigo 1º do Código Penal. Referido princípio também é consagrado internacionalmente, a exemplo do artigo XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decorrência do princípio da legalidade é a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (artigo 5º, XL, da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único do Código Penal). A interpretação a luz dos princípios aludidos é pressuposto para compreensão da matéria. Alteração no tipo penal. O delito pelo qual o réu foi denunciado possuía elementar típica consistente em "conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas (...)", ao passo que, com a redação alterada, em 20 de dezembro de 2012, pela Lei nº 12.760, a conduta delituosa passou a ser: "conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância que determine dependência". No caso concreto, a lei nova criminalizou uma conduta antes atípica (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada) e tornou atípica uma conduta antes criminosa (conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas). APELO PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70058955980, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 08/05/2014). (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2014).

Portanto, a nova redação do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, passou por um processo modificador de suma importância, pois a cada alteração legislativa foi possível analisar o que estava faltando para se obter uma concreta punição dos agentes infratores, caminhando à diminuição dos crimes de trânsito em geral, ocasionados pela ingestão de álcool e imprudência do homem, assim desenvolvendo uma maior conscientização social.

Todavia, com as mudanças da norma legal, a comprovação do crime de embriaguez ficou mais complexa, pois a conduta ficará devidamente comprovada com a autenticação de que o indivíduo não se encontra no seu estado psíquico normal, causando um perigo a si próprio e a toda a sociedade, uma vez que, as inconseqüências geram cicatrizes, muitas vezes, incuráveis.

2.2 Alteração da capacidade psicomotora como elementar do crime de embriaguez: conceitos fundamentais

A nova Lei Seca (Lei nº 12.760/2012) estabeleceu em seu texto normativo que a alteração da capacidade psicomotora é o mais novo elemento normativo do tipo ilícito, e com essa definição legislativa desencadeou grandes divergências nas análises conclusivas, do que é estar inapto à condução de veículo automotor.

De acordo com a alteração da capacidade psicomotora é necessário analisar o metabolismo pessoal, pois para cada corpo humano a ingestão do álcool se destaca de formas diversas, ou seja, o agente pode ingerir dois copos de cerveja e continuar com a sua concreta capacidade psicomotora, todavia, pode ser que tenha bebido menos e tenha comprometido totalmente a sua capacidade de conduzir um veículo automotor. Portanto, em uma análise genérica é imprescindível que a capacidade psicomotora seja auferida e diagnosticada por um profissional habilitado à determinada função, pois o legislador ao fundamentar o enunciado da nova Lei Seca, interpretou-a de modo em que não houvesse disparidade de *armas* no momento da qualificação da conduta como típica. (GOMES, 2013, p. 153).

Conforme estudos medicinais, a bebida afeta o sexo feminino de forma mais rápida do que o sexo masculino, pois as mulheres possuem menos água no corpo, por isso o fígado feminino demora mais para metabolizar o álcool ingerido, sendo que em determinados organismos a bebida poderá causar maior dano e ocasionar a alteração da capacidade psicomotora. (GOMES, 2013, p. 129).

Em relação a tais fatores, é possível mencionar que a ingestão de álcool durante a noite é diferente da ingestão feita durante o dia, pois o metabolismo muda durante os períodos do dia. Outras variáveis a serem questionadas é a idade e o sexo, pois uma pessoa adulta sadia é capaz de metabolizar um grama de álcool por quilo de peso, no período de vinte e quatro horas. (GOMES, 2013, p. 103). Nesse sentido, transcreve-se o trecho da doutrina médica de Delton Croce e Delton Croce Júnior que denotam a relativização dos meios objetivos de análise bioquímica:

A observação detalhada do comportamento do embriagado ao tempo do evento criminoso tem mais valor do que o registro simples de uma cifra qualquer indicada por análise bioquímica. Pois há etilistas com alcoolemia superior a 2ml por litro de sangue que se mostram em estado de normalidade. Por isso é que, com referência à embriaguez, se obriga o julgador a conjugar os elementos químico-periciais a circunstâncias constantes nos autos, pois que, como no exemplo, nem sempre a alcoolemia determinada é, só por si, suficiente para o diagnóstico, razão por que se admite sobre ela se sobreponham o exame clínico e, especialmente, a prova testemunhal. (2011, p. 125-126).

Cabe mencionar, a importância dos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, em relação ao estudo do Direito Comparado, o qual teve como ponto de partida a orientação de Vicente Martínez, mencionando o significado e a identificação da alteração da capacidade psicomotora no organismo do agente, que se diferencia de pessoa para pessoa, ou seja, “significa a afetação das faculdades psicofísicas de percepção, autocontrole e reação, basicamente, originada pelo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou bebidas alcoólicas”. (apud GOMES, 2013, p. 54-55).

É importante frisar que o requisito expresso no tipo penal ora mencionado não deve ser presumido, ou seja, tem que haver a devida comprovação para não incorrer em injustiças ou em impunidades, pois como estudos científicos apresentam a ingestão de álcool difere nos organismos humanos, podendo agravar-se mais em alguns e menos em outros. Como menciona Luiz Flávio Gomes “cada pessoa é uma pessoa e cada alcoolização é uma alcoolização”. Portanto, requer-se do julgador uma valoração concreta, com relação às provas apresentadas aos autos. (2013, p. 155).

Aliás, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem-se manifestado no sentido de que o teste do bafômetro não configura prova robusta para enquadrar o agente ao tipo penal descrito no Código de Trânsito é necessário comprovar a alteração da capacidade psicomotora do agente, a partir da alteração legislativa que originou a Lei nº 12.760/2012, acrescentando e determinando como elementar do tipo penal a alteração da capacidade psicomotora:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA DA ALTERAÇÃO PSICOMOTORA, APLICANDO-SE A NOVA REDAÇÃO DO TIPO. SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO. A Lei nº 12.760/2012, alterou o disposto no artigo 306 do CTB. O tipo já não se realiza pelo simples fato de o condutor estar com uma determinada concentração de álcool no sangue e sim, por ele ter a capacidade psicomotora alterada em razão da influência do álcool, seja ela qual for. A concentração que antes constituía elementar do tipo passou a ser apenas um meio de prova dessa alteração. O resultado do exame constitui presunção relativa, em um sentido ou noutro. Houve descontinuidade típica, mas não abolição criminis. Para os processos que ainda se encontrem em andamento, especialmente as condenações impostas antes da vigência da alteração pendentes de recurso, como no caso dos autos, deve-se verificar se há evidência da alteração da capacidade psicomotora, sem o que não pode ser mantida a condenação. Caso em que não há evidência nesse sentido. Absolvição que se impõe. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70055934194, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 03/04/2014). (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2014).

Assim, é possível concluir que o resultado do exame de sangue ou de ar alveolar, apenas constitui uma presunção relativa, seja ela favorável ou desfavorável ao agente infrator, em relação à alteração da capacidade psicomotora, nestes moldes, analisando o caso real acima mencionado, o caminho certo e percorrido pelo sábio Desembargador, foi o da absolvição por insuficiência de prova, pois não havia nos autos provas de que o réu estivesse com a capacidade psicomotora alterada.

De acordo com diversos estudos, é possível analisar que o álcool é o maior vilão da alteração da capacidade psicomotora, mas claro que com algumas limitações, pois os efeitos da bebida alcoólica no organismo humano variam em decorrência de diversos fatores, como por exemplo, a pessoa, seu peso, a quantidade de álcool ingerido, alimentação, vida física, enfim, são funções que podem alterar a aparência do álcool dentro do corpo humano. (GONÇALVES, 2013, p. 209).

Os efeitos do álcool desencadeiam um otimismo ao agente e um grande prejuízo à segurança social. O indivíduo no momento em que ingere algum tipo de bebida alcoólica, estando convicto de que está apto a conduzir um veículo automotor em via pública, não analisando a dimensão do perigo que está causando a si e a população em geral. Logo, o agente não está seguro de tal ato e, conseqüentemente, aumentará a tolerância do risco, levando-o a tomar decisões mais perigosas do que as habituais. Assim, conforme pontuado

pelo eminente Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro, na Apelação nº 70053529715³:

Diante da nova redação, para a configuração da figura típica, não basta somente a comprovação da ingestão de bebida alcoólica. Mais do que isso, é imperioso que, em razão da influência de bebida de álcool ou outra substância psicotrópica que cause dependência, haja alteração da capacidade psicomotora. E isso precisa estar comprovado. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2014).

Dessa forma, é notória a importância em comprovar a devida alteração psicofísica do agente, pois será analisada pelo julgador no momento de apreciar as provas anexadas aos autos. Sendo assim, não há como mencionar e penalizar o indivíduo pelo crime do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro com meras presunções indutivas de embriaguez, pois há uma lei específica, bem como a Resolução de nº 432/2013 do Conselho Nacional de Trânsito, que determinam os sinais para se auferir a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, sendo decisivo avaliar a forma que o indivíduo está conduzindo o veículo automotor, pois se o mesmo consegue controlá-lo, não causando risco aos bens jurídicos penalmente tutelados, ou a sua conduta não originou nenhum perigo real, não há que se falar em estado anormal da capacidade psicomotora. (GOMES; BEM, 2013, p. 56).

Portanto, a comprovação da alteração da capacidade psicomotora é algo de grande responsabilidade, pois caso seja auferida de forma errônea, poderá corroborar com situações desastrosas, ou até mesmo com situações de injustiças. Mas, de acordo com os parâmetros da nova legislação, é uma forma de proteger a sociedade, porque o agente embriagado é um grande risco para a segurança coletiva, pois as principais manifestações apreciáveis

³APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora, notadamente em razão de a ficha de atendimento ambulatorial ter atestado que o hálito etílico era bom, bem como que o paciente falava bem e possuía boa coordenação motora. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO (Apelação Crime Nº 70057199879, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 29/05/2014). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

facilmente são os déficits de coordenação e uma lentidão dos reflexos, e caso a lei não seja aplicada, caminhar-se-á para desastres humanos, simplesmente pela negligência e omissão pessoal.

Assim, as provas devem possuir forte embasamento legal para que sirvam de fundamento comprobatório contra atitudes impensadas do ser humano, todavia, os meios probatórios devem estar devidamente corretos e dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei, para não causar nenhum dano à sociedade e ao próprio direito do agente de produzir a contraprova em relação aos fatos acusatórios.

2.3 Teste do bafômetro como prova pericial e sua operacionalização

A prova em geral dentro do Processo Penal está vinculada, desde os primórdios de sua origem, a uma aproximação com a verdade e a certeza, ligando-se com a realidade dos fatos, sendo assim, conseqüentemente desencadeia no espírito do julgador a sensibilidade e a valoração mais aproximada com o mundo fatídico. (NUCCI, 2013, p. 25).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci “o estudo da prova justifica-se na medida em que se busca estabelecer a diferença entre o que é mera informação obtida fora do processo e a prova no sentido técnico processual”, ou seja, os fatos tem que serem analisados sob uma forma superior, a fim de não permitir equívocos no momento da valoração probatória. Conseqüente, o verdadeiro objeto da prova não é o fato em si, mas a afirmação sobre um fato. (2013, p. 25).

No que tange a prova pericial é mister salientar que para a sua concretização é necessário que ocorra uma pesquisa, a qual exige conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, para auferir um resultado concreto ao caso real, formando assim, a valoração como uma prova no processo penal.

A perícia em si desencadeia um caráter dúplice, ou seja, a mesma é considerada uma prova técnica, por apresentar em seus princípios a necessidade de ser realizada por um técnico (perito), e uma prova científica, pois parte da aplicação de um princípio científico, mediante a aplicação de procedimento técnico adequado. Dessa forma, o conhecimento técnico exigido

escapa da esfera dos aplicadores do Direito, mas que, por sua natureza, é essencial ao deslinde da causa. (MANZANO, 2011, p. 9).

Diante dos fatos alegados, é essencial e imprescindível demonstrar que toda a perícia resulta da análise de um técnico e, desse modo, não há como afastar totalmente a ideia da subjetividade. Ocorre o chamado fenômeno da argumentação, pois o perito age de acordo com a sua função, diferente de uma testemunha que argumenta de acordo com o que presenciou do fato colocando um grau mais elevado de subjetividade na realidade dos fatos, entretanto, a participação do perito é importantíssima, pois é através do conhecimento do mesmo que uma matéria complexa, como a constatação da alteração da capacidade psicomotora é desvendada e formalizada. (NUCCI, 2013, p. 69).

É de suma importância realizar essa comparação com a promulgação da nova Lei nº 12.760/2012, pois para a realização do chamado *Teste do Bafômetro* é necessário um adequado saber técnico-científico, para auferir resultados concernentes com a realidade, não incorrendo em injustiças ou impunidade.

Dessa forma, o aparelho que permite determinar a concentração de bebida por litro de sangue ou por ar exalado dos pulmões é chamado de etilômetro/bafômetro, sendo devidamente autorizado pelo Conselho Nacional de Trânsito e fiscalizado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO.

Ocorre que o etilômetro necessita de calibração e manutenção obrigatória, para que não profira resultados contrários com a realidade. Conforme, as Resoluções nº 206/2006 e 432/2013 do Conselho Nacional de Trânsito “o etilômetro deve atender aos seguintes requisitos: ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, bem como a sua verificação eventual e anual”, ademais, as Resoluções acima mencionadas definem os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e demais agentes fiscalizadores em prol do consumo de álcool. (GOMES; BEM, 2013, p. 67).

É notório que o teste do bafômetro constitui meio idôneo, quando realizada a sua correta manutenção, para a aferição da concentração de álcool no organismo do condutor de veículo automotor, pois o próprio Poder Judiciário prevê que no momento da fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste do bafômetro. Contudo, com o advento da nova Lei, os meios de provas obtiveram um rol maior e taxativo, sendo utilizados como meio alternativo

para a comprovação e punição da infração penal, pois o etilômetro ou bafômetro, para o seu funcionamento e utilização, tem que possuir uma calibração e aferição correta, sendo que tais situações têm significados e distinções diferentes, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, Apelação nº 2012.000.100.115-53, que teve como relator o Desembargador Erivan José da Silva Poles em data de 29/05/2012:

A calibração é realizada apenas uma vez pelo fabricante, quando o fornecimento do aparelho ou excepcionalmente, quando danificado ou reprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, enquanto aferição é feita anualmente por este órgão. (BEM, 2013, p. 68).

Ademais, é mister salientar que os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e do Piauí entendem que para o sujeito realizar o teste do bafômetro, a sua manutenção deve ser realizada anualmente:

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PROVA PERICIAL INVÁLIDA. 1. Conforme a atual redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, constitui conduta típica a condução do veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. 2. De fato, apesar de a modificação legislativa ter inserido nova elementar no tipo penal, continua exigindo a demonstração específica da quantidade de álcool por litro de sangue ou por litro de ar e, para isso, é imprescindível, a existência de prova pericial válida, assim compreendida como aquela produzida em estrita conformidade aos preceitos legais (nos quais se inserem as Resoluções do CONTRAN) e processuais penais. É o que decorre do princípio da estrita legalidade. 3. A calibragem tem por finalidade estabelecer, tecnicamente, os padrões de funcionamento do aparelho; a verificação, por sua vez, se destina a conferir se o aparelho está devidamente calibrado e em normais condições de funcionamento, conforme as exigências do INMETRO. São, de fato, coisas diferentes, e exatamente em razão dessa diferença devem ser observadas cumulativamente, uma independentemente da outra, inclusive porque a verificação se presta a garantir que o aparelho utilizado esteja calibrado, e, pois, em condições de uso. 4. No caso concreto, o extrato do teste realizado indica ter sido o aparelho calibrado em 26.05.2009, um ano e nove meses antes do fato, e estar prevista sua verificação apenas para 26.08.2012. Nenhum documento nos autos comprova ter sido o aparelho de bafômetro verificado entre a sua última calibragem (26.05.2009) e a data do fato (04.12.2011). Assim, é inválida a prova pericial, por inobservância dos requisitos formais de funcionamento do aparelho de bafômetro

utilizado, sendo, pois, impositiva a absolvição. RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70056826837, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013) (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2013).

Processo penal. Embriaguez ao volante. Art. 306 do CTB. Verificação anual realizada. Resolução n. 206/06 do CONTRAN. Tipicidade da conduta. [...] 2. Na análise acerca da validade do instrumento utilizado para medir teor alcoólico, deve-se observar a data da verificação anual pelo INMETRO, conforme Resolução n. 206/06, do CONTRAN, e não a data referente à calibragem do aparelho (TJPI, 2ª C. Crim., Apelação Criminal 2011.000.100.600-31, rel. Des. Joaquim Dias de Santana Filho, j. 3-4-2012) (BRASIL, Tribunal de Justiça do Piauí, 2012).

Por conseguinte, a realização do teste do bafômetro, por estar situado no âmbito das provas periciais, as quais estão previstas no Código de Processo Penal, e também no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, exige-se que seja realizado por um técnico que tenha capacidade intelectual de manejar o aparelho corretamente, alcançando assim melhores resultados, e ofertando ao indivíduo o direito à contraprova.

A mudança advinda com a Lei Seca de nº 12.760/2012 colocou como elemento secundário a realização do teste do bafômetro, pois o índice de álcool por litro de sangue deixou de ser o elemento fundamental do tipo penal, mas o legislador não o deixou de lado, colocando-o como uma prova pericial, e, portanto, é imprescindível a sua realização por pessoa capacitada e inerte a relação fática, pois a prova pericial tem por objetivo a obtenção de certo conhecimento relevante para o acerto do fato, assim a conclusão do técnico ou do profissional serve para formar, adequadamente, toda fase probatória. (MANZANO, 2011, p. 8).

Com base nesse novo texto legislativo, é possível analisar claramente a incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa, ou seja, o indivíduo no momento em que realizar o teste do bafômetro, por sua livre vontade passará a ter um tratamento jurídico igualitário, pois com a alteração legal, ocorreu uma subjetividade típica, sendo pautada a cada caso concreto, porque desapareceu a matemática e entrou o singularismo. (GOMES; BEM, 2013, p. 106).

Ademais é mister salientar que, ainda, há um tratamento desigual entre o motorista que colabora com a produção de provas, indo assim, em confronto com o princípio de não

produzir provas contra si mesmo, ou seja, abrindo mão de uma garantia constitucionalmente prevista, e entre aquele motorista que não se dispõe em realizar o teste do bafômetro. Conseqüentemente, tal disparidade fere o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, Constituição Federal, como uma cláusula pétrea.

Como menciona Luiz Flávio Gomes “trata-se de um mesmo motorista e da mesma causa: a embriaguez”, ou seja, em um determinado dia o sujeito realiza o teste do bafômetro e é flagrado com uma quantidade de álcool por litro de sangue, automaticamente, será presumido criminoso. Em outro dia, este mesmo sujeito se recusa a realizar o teste e também será julgado pelos seus sinais de embriaguez, portanto, é claro e evidente que o subjetivismo prepondera no momento da aplicação da lei. (GOMES, 2013, p. 105).

A própria Lei prevê a possibilidade de o sujeito realizar o teste, como uma contraprova, dessa forma, o subjetivismo perderá forças, pois se o que a lei analisa é a alteração da capacidade psicomotora, sendo que a quantidade ficou secundária. Ou seja, se não foi atestado quantidade de álcool por litro de sangue não deve prevalecer a tese de alteração da capacidade psicomotora, tendo o sujeito os seus direitos e garantias constitucionais reconhecidos, assim, de acordo com tal situação, é mister salientar, que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina tem decidido a respeito de que caso não seja comprovado o estado de ebriedade do agente, a materialidade do crime não se comprova somente com o depoimento do policial⁴. (GOMES; BEM, 2013, p. 75-76).

De acordo, com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como, com a nova legislação é possível mencionar que o suposto infrator age de todas as formas admitidas em direito para demonstrar a sua inocência perante os fatos alegados por meio de subjetividades pessoais, pois no conceito geral de um processo penal garantidor busca-se a verdade real e não a fictícia, utilizando sempre distinguir o objetivo do processo e o meio e modo utilizados para alcançar um fim, qual seja, a solução do caso penal, todavia para descobrir a verdade real/processual basta colher todos os elementos probatórios

⁴ Apelação criminal. Crime de trânsito. Teste do bafômetro inexistente. Impossibilidade de comprovação do estado de ebriedade do motorista através de prova indireta, porque, na espécie, há apenas o depoimento de um policial, que não corrobora com as demais testemunhas ouvidas em juízo. Materialidade do crime não comprovada. Absolvição que se impõe - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; 1ª C. Crim., Apelação Criminal 2007.053271-1, rel. Des. Rui Fortes, julgado em 26/10/2009. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/>>. Acesso em 10 ago. 2014.

necessários e lícitos para comprovar se realmente ocorreu o fato criminoso. (RANGEL, 2013, p. 7).

Portanto, o indivíduo acaba tomando uma atitude autônoma, acarretando na quebra do tabu de que no processo penal, as provas devem ser produzidas pela parte acusadora, ou seja, pelas pessoas que realizam uma função emanada de um poder estatal, pois no momento em que o agente se compromete a realizar o teste do bafômetro como prova de sua inocência, torna-se parte ativa da relação deixando de se encontrar na posição passiva e desequilibrando tal relação.

Diante das alegações doutrinárias, a prova pericial é classificada como meio de prova em que a percepção ou a apreciação de fatos recolhidos, em relação a conduta ilícita, a qual exige conhecimentos técnicos e científicos especiais, seguindo sempre uma linha de raciocínio lógica, frente as provas reais, afastando a subjetividade do resultado da prova pericial, porque a prova não é o fato, mas sim a afirmação sobre um fato. (MANZANO, 2013, p. 4-5).

2.4 A subjetividade do testemunho policial frente à comprovação da embriaguez

O testemunho do policial com o advento da nova Lei Seca passou a ser utilizado como prova pericial, ou seja, aos policiais militares conferiu-se o poder de diagnosticar a alteração da capacidade psicomotora do agente, por meio da análise dos sinais típicos de embriaguez, olhos vermelhos, voz pastosa, caminhar em zigue-zague, conversa sem coerência em relação à realidade vivenciada, sonolência, agressividade, enfim, há diversos sinais que podem evidenciar e comprovar a anormalidade da capacidade psicomotora. Tal premissa, contudo, é um tanto quanto contraditória em relação aos ensinamentos legislativos, pois, o artigo 159, do Código de Processo Penal no momento em que se refere às provas periciais, menciona que, a sua realização deverá se dar por meio de peritos que possuam conhecimentos especiais e intelectuais na área de atuação. (GOMES; BEM, 2013, p. 145-186).

As provas periciais, no quesito de comprovar a embriaguez de um indivíduo, se constituem de todos os requisitos de uma prova técnica, a qual tem por objetivo primário de

comprovar a incapacidade psicomotora do agente na condução de veículo automotor. (NUCCI, 2013, p. 414-415).

Conforme o princípio constitucional ninguém é obrigado a fazer provas contra si mesmo, sendo que a Lei abriu lacunas para que a prova da embriaguez fosse auferida por sinais indicativos de alteração da capacidade psicomotora. A partir desse prisma, é possível diagnosticar que a autoridade de trânsito poderá constatar tais sinais e, conseqüentemente, essa mesma autoridade poderá fazer o relato testemunhal, que será utilizado como meio de comprovação pericial da prática delitiva, contrariando assim, todas as garantias e direitos constitucionalmente previstos na Carta Maior. (GOMES; 2013, p. 74).

O objetivo da Lei nº 12.760/2012, em seu texto normativo, foi o de incluir a prova testemunhal como uma das formas de comprovar a infração penal do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, bem como, elaborar a padronização dos testemunhos. Logo, o depoimento testemunhal de pessoas alheias ao fato é de suma importância, pois às vezes é possível se obter informações que, com outras provas, não se obteria.

Mas o que está acontecendo na realidade é que o único testemunho colhido no momento da abordagem para constatação da infração de embriaguez ao volante é o do próprio policial militar. Não que esse não tenha capacidade de testemunhar, mas como menciona Luiz Flávio Gomes “embora relevantes os depoimentos dos policiais devem ser recebidos com cautela e, quando possível corroborados por outro, especialmente dos condutores envolvidos no acidente com o motorista”. (2013, p. 75).

É importante mencionar que o policial militar não possui condições técnicas de diagnosticar questões relacionadas ao metabolismo pessoal, todavia, o mesmo possui capacidade e fé pública para realizar os atos administrativos, após a realização e comprovação da infração penal. Seguindo tal linha de raciocínio, se o agente de trânsito concluir, com base em sinais diversos, a embriaguez do condutor, a este será assegurado o direito de uma contraprova, o qual deverá exigir a realização de uma perícia, com diagnósticos proferidos por um intelectual na área. (GOMES; BEM, 2013, p. 183).

A redação do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro está sendo destorcida pelos aplicadores do Direito, sendo assim, Cleber Masson pronuncia-se a respeito desta importante alteração normativa:

A nova sistemática confere maiores poderes aos agentes de trânsito. Com efeito, se o condutor do veículo recusar-se ao exame de sangue ou ao teste de etilômetro, o funcionário público poderá valer-se de outros meios, inclusive das suas próprias palavras, para concluir pela materialidade do crime tipificado no art. 306 da Lei 9.503/1997- Código de Trânsito Brasileiro. (2013, p. 488).

O problema encontra-se no momento em que tal prova apresenta-se ao juízo competente, pois a palavra do policial acaba sendo mais sopesada do que a contraprova produzida pelo indivíduo condutor do veículo automotor, demonstrando, assim, o desequilíbrio que a lei tem ofertado ao mundo dos fatos. Afinal, se o próprio agente se coloca à disposição para produzir uma contraprova a seu respeito, não poderá o policial, por meio de uma subjetividade de ações, determinar se o mesmo está ou não embriagado.

Sendo assim, com base nos novos ensinamentos da Lei Seca, seguindo o que o legislador realmente desejou, o ponto de partida para se obter a comprovação da alteração da capacidade psicomotora é a realização de um exame clínico por um especialista, com aparelhos adequados, para que possa ser constatado se há ou não indícios de embriaguez, bem como, especificar por meio de um laudo se o agente apresenta risco à comunidade, pois com a alteração legislativa transformou-se em delito de perigo abstrato de perigosidade real, ou seja, se equivale ao perigo concreto indireto ou indeterminado, pois não precisa a existência de uma vítima concreta, para a comprovação da alteração da capacidade psicomotora. (GOMES; BEM, 2013, p. 148).

O Superior Tribunal de Justiça⁵ manifestou-se a respeito da aplicação da

⁵ Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO. FLAGRANTE REALIZADO POR GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA INEXISTENTE. 1. Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, razão pela qual não há qualquer óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, sendo certo, ainda, que a lei processual penal, em momento algum, exige que policiais civis ou militares sejam acionados para que dêem suporte ou apoio a quem esteja efetuando a prisão, como aventado na impetração. Precedentes. APONTADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. ACUSADO QUE SE RECUSOU A SE SUBMETER A EXAME DE SANGUE. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 12.760/2012. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR OUTROS MEIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Na vigência da Lei 11.705/2008, o exame de sangue ou o teste do bafômetro eram considerados indispensáveis para a comprovação da materialidade do crime de embriaguez ao volante, sendo certo que o condutor do automóvel não era obrigado a realizá-los, sob pena de ofensa ao princípio que proíbe a autoincriminação. 2. Com o advento da Lei 12.760/2012, o combate à

Lei nº 12.760/2012, nos casos concretos, levando como parâmetro conceitos e garantias constitucionais, todavia, entendeu-se no caso específico, que com o advento da Lei acima mencionada, diante da recusa do agente em se submeter aos exames de constatação etílica, admite-se que seja aplicado às demais provas em direito admitidas, como a prova testemunhal realizada por guardas municipais, e policiais militares em geral.

De acordo com o doutrinador Aury Lopes Júnior, a referida Lei fere o artigo 159, do Código de Processo Penal, bem como a Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal pelo fato de que a prova pericial é considerada uma prova técnica, na medida em que a sua produção exige um domínio de determinada área, em decorrência da formação profissional daquele perito. Caso contrário, fere os direitos sociais e constitucionais de tal cidadão, incluindo também, a questão do teste do bafômetro, pois deve ser realizado por especialistas da área, para manejarem e realizarem as corretas manutenções e calibrações que o aparelho necessita. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 613). Seguindo nessa órbita o doutrinador Amintas Vidal Gomes, posicionou-se em relação à situação que o teste do bafômetro tomou nos dias atuais:

Ainda que haja a prevalência do teste de alcoolemia como meio de prova, em consonância com o princípio da verdade real, uma dosagem inferior àquela prevista no tipo penal [...] não esgota a possibilidade de subsunção típica àquele dispositivo incriminador, pois a admissibilidade de outros meios de prova como constatação das condutas previstas no substrato do tipo penal (influência de álcool que cause dependência na capacidade psicomotora) é taxativa e autônoma em relação à dosagem aferida no teste de alcoolemia. (2013, p. 693).

Todavia, a grande maioria dos condutores recusam-se a realizar tal teste, por não estarem cientes dos seus direitos e garantias constitucionais, bem como, não compreendem o verdadeiro sentido da nova Lei Seca. Nessa linha, o legislador previu a possibilidade de outros critérios indicarem a alteração da capacidade psicomotora do agente. Diante disso, o

embriaguez ao volante tornou-se ainda mais rígido, tendo o legislador previsto a possibilidade de comprovação do crime por diversos meios de prova, conforme se infere da redação do § 2º incluído no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. 3. No caso dos autos, o crime imputado ao recorrente ocorreu em 22.3.2013, quando já vigorava o § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, de modo que, diante da sua recusa em se submeter a qualquer espécie de teste para a constatação do teor alcoólico por litro de sangue, admite-se a prova da embriaguez por meio de testemunhos, circunstância que evidencia a dispensabilidade do exame de corpo de delito. 4. Recurso improvido. Processo RHC 45173 SP 2014/0025983-5; Relator: Ministro Jorge Mussi da 5ª Turma; Julgamento 06/05/2014 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

Conselho Nacional de Trânsito disciplinou as evidências que atestam a influência do álcool na condução de veículo automotor, todas em relação à aparência física e psíquica que esse condutor apresenta no momento da abordagem, aplicando ainda mais a subjetividade nas provas arrecadadas no momento de uma abordagem policial. (GOMES; BEM, 2013, p. 185-186).

Os doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem, mencionam em sua obra exemplos de casos concretos, em que a Lei nº 12.760/2012 teve a sua devida aplicabilidade, explicando assim, que como os sinais de embriaguez são notórios e possuem grande valor probatório, a saber:

As imagens mostram que o homem (o motorista) tentou ficar de pé, mas não conseguiu fazê-lo por muito tempo. Ele foi amparado por uma mulher e teve de ser deitado no asfalto. Minutos depois, ele deixou o local carregado por outras duas pessoas. Quando os homens do Batalhão de Trânsito chegaram, o condutor já não estava mais no local e, por isso, ele não foi autuado em flagrante. Ele também, não passou pelo teste do bafômetro. (2013, p. 141).

Um caminhoneiro que saiu de Brasília foi preso na rodovia BR-060. De acordo com a Polícia Rodoviária Federal (PRF), ele estava visivelmente embriagado e confessou que bebera desde às 4h o motorista foi denunciado por outros condutores que disseram que ele fazia zigue-zague com o caminhão. (2013, p. 142).

Assim, de acordo com a nova Lei nº 12.760/2012 – Lei Seca, o teste do bafômetro não é o único meio de comprovar a embriaguez, outras provas foram permitidas para atestar o estado ébrio, como no primeiro exemplo, o motorista não conseguia ficar em pé sem a ajuda de terceiros, isso significa que o mesmo está devidamente embriagado e sem condições de segurança, já no segundo exemplo, o caminhoneiro afirmou ter ingerido bebida alcoólica e ademais andava na via pública em zigue-zague, assim fica claro a existência da periculosidade real da conduta de ambos os agentes, pois estão visivelmente embriagados.

No entanto, as possibilidades acima mencionadas, de comprovação da alteração da capacidade psicomotora são completamente subjetivas se aplicadas e colhidas do jeito que está acontecendo na realidade, pois, de acordo com os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais “o objeto da prova são, primordialmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar”. Portanto, as partes, muitas vezes, apresentam-se diante das situações, de forma

diferente da que gostariam de demonstrar, acabando por desencadear interpretações diversas e contrárias à realidade. (NUCCI, 2013, p. 401).

No instante em que foi citada na Lei a prova testemunhal, foi pensado nos testemunhos de pessoas alheias a ocorrência do ilícito, atribuindo assim, a capacidade de testemunha ao perito, o qual é totalmente imparcial aos fatos, e que agiria em conformidade com o exercício da sua função e não segundo a sua vontade, pois, caso contrário, a atuação do perito e demais testemunhas se concretiza como uma prova disfarçada de inominada, quando na verdade ela decorre de uma grande variação (ilícita) de outro ato previsto no ordenamento Processual Penal, como por exemplo, a admissão do testemunho do policial militar como sendo uma verdadeira testemunha imparcial. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 582).

Diante do exposto, não há como negar que a prova pericial é o meio mais hábil e adequado de se obter a confirmação da alteração da capacidade psicomotora, pois deixou-se de lado a subjetividade de uma prova testemunhal, e passou-se a trabalhar com indícios concretos realizados e obtidos por pessoa alheia a situação fática, pois é uma prova técnica, em que a sua devida produção está sempre dependente de um saber técnico. Permitiu-se afastar o fator da discricionariedade do agente policial, pois o mesmo deve agir estando vinculado às normas e não a situações de sua conveniência e oportunidade. Ademais, garantiu ao agente a incidência dos princípios constitucionais do contraditório e do direito de defesa, porque está sendo permitida a livre participação dos interessados na produção daquela prova, e formulando assim, um laudo conclusivo verdadeiro e coerente à realidade. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 613-615).

Portanto, se a interpretação da Lei fosse dada corretamente no que diz respeito às novas possibilidades de provas admitidas em Direito, certamente teria mais aplicabilidade e eficácia, trazendo grande segurança para toda a sociedade e atingindo o seu verdadeiro fim, qual seja, paz no trânsito e afastamento de impunidades e injustiças.

3 A CONVENIÊNCIA DA RETOATIVIDADE DA LEI Nº 12.760/2012, A DISPENSA DA PROVA TESTEMUNHAL E A APLICAÇÃO DA PROVA PERICIAL

Com o advento da Lei nº 12.760/2012, surgiu a figura da retroatividade penal em prol do agente, assim, ponderando os pontos alterados pela nova Lei e os pontos pré-existentes, esse fator nasceu para efetivar as garantias e direitos constitucionais frente à atuação estatal, pois com a maximização dos meios probatórios, os direitos fundamentais ficaram um tanto quanto vulneráveis às injustiças, porque se deu certos poderes a quem não possui capacidade profissional específica na área, deixando assim, lacunas para a não aplicação correta da Lei.

3.1 Pontos negativos e positivos da Lei 12.760/2012 em benefício do autuado e a sua retroatividade

Na busca de obter uma melhor solução aos interesses da sociedade em geral, o legislador efetivou a sucessão da Lei de embriaguez, a fim de alcançar os verdadeiros objetivos do Código de Trânsito Brasileiro, o qual desde a sua criação lutou para colocá-los em prática.

Nessa senda, se houver algum tipo de dúvida em relação à aplicação da Lei, se opta por aquela que irá desenvolver um melhor e grandioso progresso social, ou seja, que colocará em ação os sentidos dentre os quais ela fora criada. Sendo assim, mesmo que a lei mais adequada seja anterior a que esteja em vigor no momento do fato, cabe essa ser analisada, por obedecer ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao réu. A retroatividade, portanto, ocorre não para descriminalizar um fato lícito, mas para adequar a ação errônea do agente à Lei mais correta, fugindo das impunidades e caminhando para a justiça pura e célere sem os exageros jurídicos. É importante frisar também que se a Lei posterior for mais prejudicial ao agente não deverá ser aplicada, assim, o doutrinador Rogério Greco assegura:

Em virtude do princípio constitucional da irretroatividade *in pejus*, podemos afirmar que a lei posterior que de qualquer modo vier a prejudicar o agente não terá aplicação retroativa, ou seja, não poderá alcançar os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor. (2014, p. 125).

Diante dos fatos mencionados, em relação à promulgação da Lei nº 12.760/2012, é possível apontar como pontos positivos a questão da *tolerância zero*, ou seja, em observância ao elevado número de acidentes de trânsito foi necessário que o legislador caminhasse em prol da sociedade, criando uma lei mais rigorosa e com ampla abrangência, freando assim, as imprudências e negligências no volante. Ademais, diante das relevâncias sociais que a segurança no trânsito passou a representar nos últimos tempos, o legislador encarou que as ações humanas de maior perigo devem ser analisadas com maior responsabilidade perante a sociedade e a justiça. (ALMEIDA SOBRINHO, 2012, p. 684-685).

É mister salientar que, em decorrência do assustador número de acidentes no trânsito, o Brasil a fim de garantir a paz social, assumiu essa nova política, tornando-se um dos doze países mais rigorosos em relação à punição de dirigir sob influência de álcool ou outra substância que cause dependência física e psíquica, tomando como ponto de partida as impunidades e as punições aplicáveis de forma inadequadas. Dessa forma, observa-se que o legislador obrigou-se a recorrer para o Direito Penal para tentar diminuir o número de vítimas fatais nos sinistros provocados por pessoas totalmente dependentes de tais substâncias. (GOMES; BEM, 2013, p. 123).

O enredo do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro contempla um bem jurídico coletivo, o qual vem representado pela incolumidade pública no aspecto da segurança social no trânsito, sendo assim, a atuação dos órgãos estatais e das entidades de proteção à vida no trânsito devem priorizar as ações de defesa a integridade física, disponibilidade da vida e do patrimônio, pois estes são os verdadeiros bens jurídicos a serem tutelados e protegidos. Diante disso, enquanto continuar o desrespeito com o princípio da segurança no trânsito, menos estarão protegidos os bens jurídicos tutelados. (GOMES, 2013, p. 126).

É notável que a Lei nº 12.760/2012 lançou mão de um vasto leque em relação à comprovação da embriaguez ao volante, mas como dentro de toda regra cabe exceções, a vigência da Lei supramencionada, trouxe consigo grandes problemas em relação à

subjetividade do tipo penal, ou seja, a sua incorreta aplicação no mundo dos fatos, pois acabou conferindo poderes àqueles que não os ostentam, devido à falta de capacidade intelectual na área.

Ademais, há que ser analisado que existem duas formas em que a Lei não atingirá os efeitos preventivos, ou seja, quando a mesma não é aplicada corretamente, gerando grandes impunidades e ilusões, ou quando a mesma é aplicada só que de uma forma totalmente exagerada, desproporcional e ofensiva aos direitos humanos do cidadão. De tal modo, uma legislação tão severa e duvidosa como a que vige nos dias atuais, acaba por desestimular o apoio do próprio agente na elaboração das provas, como meio de se defender das ilegalidades. (GOMES; BEM, 2013, p. 124).

Atualmente, o Código de Trânsito Brasileiro dispensa dados indicativos da quantidade de álcool no sangue do motorista, enquadrando ao tipo penal, somente, quem dirige sob a influência de álcool e preenche os variados meios de provas, pois se admite, inclusive, a prova testemunhal, independentemente da colaboração do infrator, ferindo assim, os princípios constitucionais que garantem ao indivíduo uma proteção frente às agressões estatais, acabando com o direito à contraprova. (NUCCI, 2014, p. 358-359).

Com relação ao já mencionado acima, é possível analisar que a produção da prova testemunhal está sendo realizada pelo próprio policial militar que atua na abordagem do condutor, comprovando assim, a incoerência da Lei nº 12.760/2012, pois admite que determinado ato seja convalidado juridicamente, fazendo com que a culpa do agente seja analisada de forma fria e calculista, ferindo o princípio da presunção de inocência. Ademais, diante dessa situação, desperta no condutor a necessidade de realizar uma contraprova, agindo contra o princípio da não autoincriminação, para poder utilizar o seu direito de exercer a contradição aos fatos alegados e a ampla defesa. (NUCCI, 2014, p. 423).

A realização da prova testemunhal é algo imprescindível para a solução do fato, pois é através do seu depoimento que, na maioria das vezes, consegue-se alcançar a verdade real, em contraponto, a própria doutrina estabelece que é vedada a apreciação pessoal da testemunha em relação ao fato ora presenciado, ora ouvido. Portanto, é com base nessa afirmação doutrinária que a Lei nº 12.760/2012 deixou lacunas, pois no momento em que o policial militar relata o fato ilícito aplica em suas palavras o tom da subjetividade, desvirtuando o

verdadeiro sentido da prova testemunhal na constatação do crime de embriaguez ao volante. No entanto, é importante frisar que a Lei causa estranheza, no sentido de que provas sérias e dotadas de valor científico, como a perícia ou o laudo clínico do médico, tenham recebido o mesmo valor legal do depoimento de uma testemunha qualquer, ou até mesmo de um vídeo gravado por amadores presenciais. Mais assustadora torna-se tal Lei, no sentido de permitir a atuação do policial militar como testemunha primordial ao deslinde da causa, voltando aos tempos do autoritarismo nazista. (NUCCI, 2013, p. 489).

Resta assegurado nos enredos da nova legislação o direito à contraprova, pois como o legislador lançou mão do princípio da liberdade da prova aumentando a possibilidade probatória, o agente (suposto infrator) fica a mercê de abusos e injustiças, porque assim, como a perícia pode ser realizada por um perito, poderá ocorrer somente o testemunho da autoridade de trânsito. Dessa forma, a negativa por parte do policial autuador em permitir a contraprova, retrata a ilicitude da prova da embriaguez, uma vez que foi negado o exercício de defesa, o qual é um direito previsto constitucionalmente. (ARAÚJO JÚNIOR; BARROSO, 2013, p. 332-333).

Outro ponto relevante a ser mencionado é a respeito da devida comprovação da alteração da capacidade psicomotora, pois trata-se de um o crime de perigo abstrato, que se concretiza através de uma perigosidade real. Dessa feita, não se pode presumir determinada alteração, e caso for presumida integra o rol de infração administrativa e não crime, pois no âmbito criminal, trabalha-se com provas concretas da conduta ilícita, prevalecendo o entendimento constitucional de que a liberdade é algo originador de um respeito primordial, uma vez que, o homem parte da premissa de que nasce livre e mantém-se livre durante a sua vida, salvo condenações fundadas em provas fortes e robustas. Ademais, afirmam Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem, a respeito do tema acima mencionado, os autores posicionam-se, “é preciso preservar, assim, a coerência lógico-sistemática e valorativa do ordenamento jurídico defendida pelos penalistas espanhóis, pois sem se valer dessa diferença haverá gritante ofensa ao princípio do *ne bis in idem*”. (GOMES; BEM, 2013, p. 86-88).

O novo tipo penal caminha muito além da embriaguez propriamente dita, ou seja, faz referência aos elementos normativos, os quais dependem de provas valoradas corretamente. Diante disso, a embriaguez torna-se secundária em relação à alteração da capacidade

psicomotora, pois para a nova Lei, o delito configura-se como de perigo real, porque não é necessário que exista uma vítima, mas sim que aquela conduta adentre no raio de ação ilícito-perigosa. De acordo, com os ensinamentos de Luis Flávio Gomes e de Leonardo Schmitt de Bem, os crimes de perigo abstrato são vistos pela sociedade doutrinária e jurisprudencial, como delitos de perigosidade real, em decorrência da não exigência de um resultado concreto daquela conduta, apenas é exigida que essa ação humana cause perigo a um bem, juridicamente, tutelado. (2013, p. 51).

No que se refere à autenticidade dos policiais militares é necessário tratar esse tema com grande cautela, porque os mesmos possuem competência para analisar determinados sinais no momento da abordagem, pelo fato de que possuem fé pública para comprovar a infração administrativa, mas não comprová-los, mediante uma infração criminal, atestando a alteração da capacidade psicomotora do agente, pois não são peritos na área e não tendo capacidade legal para tanto.

Tal realidade caminha contra os princípios constitucionais garantidores dos direitos sociais, ou seja, com o advento da Lei Seca transcorreu a necessidade de se ter a presença contínua do médico legista a disposição do policial militar, por exemplo, numa *blitz* seria prudente a presença de um médico legista além dos policiais militares, porque, o médico poderá realizar o exame clínico e descrever com autenticidade a real situação do condutor, revelando assim, as características da embriaguez e determinando qual o nível desta, configurando assim, a presença do crime ou da infração administrativa. (GOMES, 2013, p. 183).

Ademais, a reforma que o legislador ofertou no tocante ao Código de Trânsito Brasileiro, permite que o condutor de veículo automotor realize uma contraprova, com a finalidade de contradizer a prova que atestou a sua incapacidade psicomotora para conduzir o veículo automotor em via pública. Ocorre que com essa brecha legal ficou mais claro a parte da prova testemunhal, pois, na maioria dos casos há apenas o depoimento do policial militar, no momento da abordagem e da realização da ocorrência policial, sendo que, não corrobora, por exemplo, com as demais testemunhas ouvidas em juízo, fazendo com que a materialidade delitiva fique inteiramente frustrada. (GOMES; BEM, 2013, p. 75).

Oportuno mencionar, que a autenticidade do policial militar em aplicar sanções administrativas aos condutores, não pode ser confundida com a capacidade de atestar a alteração física – psíquica do agente, por meio de depoimento pessoal, porque a comprovação da embriaguez, com a mudança do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro enseja como elemento objetivo, a alteração da capacidade psicomotora e não mais a quantidade de álcool por litro de sangue ou por ar expelido, ficando esta como secundária na visão da lei. (GOMES; BEM, 2013, p. 181).

A prova produzida por meio de depoimentos pessoais só será admitida no âmbito do direito com todos os seus requisitos, se for produzida por um perito técnico, pois assim, o objetivo que se busca obter com a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, por meio de tal prova será devidamente alcançado, porque ficará nítido a veracidade da mesma. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 613).

Dessa forma, realizando uma interpretação ampla e científica, é importante salientar que a retroatividade legislativa está atrelada ao princípio da legalidade, pois a regra é a irretroatividade da Lei. Porém, quando a Lei for mais benéfica ao agente, terá efeitos retroativos, até mesmo no período da *vacatio legis*. Assim, fazendo jus aos ensinamentos de Alberto Franco, o qual determina que “a lei em período de *vacatio* não deixa de ser lei posterior, devendo, pois, ser aplicada, desde logo, se mais favorável ao réu”. (apud, BOSCHI, 2014, p. 39).

De acordo com o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶, prevalece o entendimento de que vigora o princípio da legalidade, sempre primando no beneficiamento do réu e nunca

⁶ APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MANTIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. 1. Segundo consta na comunicação de ocorrência, o apelado, embora estivesse, consoante o comunicante, dirigindo com sinais visíveis de embriaguez, negou-se, usando o direito constitucional de silêncio, a fazer o teste do etilômetro, atitude processualmente válida, na medida em que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). 2. Nos autos há referência a um Termo de Prova Testemunhal, elaborado pela Brigada Militar, no qual consta um "x" em alguns itens. Em que pese a aludida verificação da Brigada Militar, o fato ocorreu em 13 de agosto de 2011; portanto, antes da Lei 12.760/12 que alterou a redação do artigo 306 do Código de Trânsito. Na época, a prova testemunhal não possuía entidade suficiente para comprovar a embriaguez ao volante, pois o tipo penal do artigo 306 do Código de Trânsito Nacional exigia essencialmente prova técnica, ou seja, concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas ou concentração de álcool igual ou superior a 3 decigramas por litro de ar expelido pelos pulmões. Sem a realização de exame de sangue ou teste do bafômetro, não havia que se falar sequer em materialidade do delito. 3. Quando se está tratando da esfera criminal, deve-se trabalhar dentro da estrita legalidade (princípio da legalidade), sendo vedada qualquer interpretação extensiva prejudicial ao imputado/acusado. Manutenção da absolvição sumária. APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº

para prejudicá-lo. Ou seja, o caso fora julgado na vigência da Lei 12.760/2012, mas ocorreu antes de sua vigência, assim, como a anterior é mais benéfica ao réu, no caso concreto, deverá retroagir em prol dos direitos e garantias do indivíduo.

Destarte, a aplicação dessa legislação mais rigorosa como a que se vivencia atualmente, acaba de certa forma desestimulando o próprio motorista em colaborar com a produção de provas, pois é claro e evidente que a Lei tornou-se um tanto quanto subjetiva, todavia, se assoprar o bafômetro poderá não sofrer nenhuma punição, mas se for atestada a sua incapacidade para a prática automobilística, por meio de sinais ou suposições de embriaguez, poderá, sim, concorrer a uma punição e penalidade, caminhando assim, para a aplicação legislativa exageradamente desproporcional, desequilibrada e desarrazoada. (GOMES; BEM, 2013, p. 125).

Portanto, analisando os pontos positivos e negativos, a Lei introduz uma visão diversa em relação ao processamento e julgamento do crime de embriaguez, pois seguiu caminhos diferentes em contraponto à Lei anterior. Assim, a prova pericial, ou seja, o exame pericial é primordial para a conclusão objetiva do crime ora citado, vez que, é desenvolvido por meio de circunstâncias práticas e pessoas alheias ao caso concreto.

3.2 A realização de exame clínico por perito oficial imparcial

O exame clínico consiste na elaboração de um laudo por um médico oficial, que irá atestar com fundamento na análise aos sinais exteriores apresentados pelo condutor de veículo automotor, se o mesmo dirigia sob a influência de álcool ou de outras substâncias psicoativas. Nessa órbita de pensamentos, é possível analisar a exigência de que tal exame seja realizado por um médico-legista, o qual possui capacidade para tanto e que é imparcial ao fato, e não por um policial militar que não possui conhecimentos necessários para atestar a alteração da capacidade psicomotora do agente. (GOMES, 2013, p. 72).

Segundo os ensinamentos de Marco Antônio Marques da Silva, o artigo 159, do Código de Processo Penal, deixa claro que a prova realizada por meio de um exame clínico, deverá ser produzida por peritos oficiais, com plena capacidade intelectual para atuar em determinada tarefa, atestando o estado físico-psíquico de determinado indivíduo. Ademais, o perito é uma testemunha especial, o qual por meio da sua escrita oficial garante a verdade a respeito do fato ocorrido, assim, desenvolvendo a ideia de que a perícia é “o testemunho de fatos científicos, técnicos ou de suas relações”. (2012, p. 285).

Conforme os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci “perito é o especialista em determinado assunto e considera-se oficial quando é investido na função por lei e não pela nomeação feita pelo juiz”. Nesse caso, quando o exame for realizado por pessoa alheia às qualificações de perito, o mesmo deve ser refeito e se ocorrer o indeferimento de tal pedido é possível impetrar mandado de segurança, pois fere norma legal. (2013, p. 414-415).

Por conseguinte, o entendimento transpassado pela doutrina e jurisprudência evidencia que a perícia não prova, mas sim ilumina a prova, pois a mesma é realizada com o auxílio de pessoas e equipamentos específicos para desvendar o mistério e as inverdades do fato. É possível afirmar que a perícia não se apresenta perante a sociedade como um meio de prova, pois representa um elemento constituidor de uma valoração e solução das dúvidas para alcançar o fim almejado pela comunidade em geral. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 277).

Depois de realizada a perícia, ou seja, o exame clínico pelo perito será formulado um laudo pericial, que conterà todas as situações do indivíduo em relação ao estado ébrio, tendo este que ser devidamente fundamentado. Sendo assim, o agente terá resguardado o seu direito à contraprova, pois rediscutirá situação objetiva e não depoimentos testemunhais totalmente subjetivos. (NUCCI, 2013, p. 415).

Outra questão a ser suscitada é a valoração dessa prova pericial, pois se encontra diretamente ligada à idoneidade do próprio perito que elaborou o laudo ou parecer. Ocorre que como a lei determina que o perito seja oficial, presume-se que este tenha em sua formação uma elevada bagagem técnica-científica, para apontar com precisão os pontos cruciais à solução do caso concreto, ademais é de suma importância que o perito haja com total imparcialidade. Assim, conseqüentemente, o indivíduo terá respeitado os seus direitos, podendo defender-se baseado em provas lícitas e honestas. (MENDRONI, 2010, p. 43).

Ademais, é importante citar a Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal⁷, a qual deixa claro que será impedido de produzir a prova pericial aquele que tenha funcionado anteriormente na diligência de apreensão, ou seja, o policial militar agiu de forma ativa no momento da abordagem, não sendo possível o seu testemunho, como meio de prova testemunhal, primando pela segurança dos direitos e garantias constitucionais.

Todavia, há um problema que todo o sistema jurídico-normativo enfrenta, qual seja, o avanço repentino das técnicas de perícias, sendo que os operadores do direito como um todo não conseguem assimilar essa progressão enfurecida. Para que o laudo pericial atinja corretamente o seu alvo, todos os membros da sociedade devem de uma forma ou de outra tentar compreender estes meios da ciência para valorar adequadamente a prova ao caso concreto, ofertando, contudo, uma verdadeira segurança científica, afastando-se da pena de contradição a si mesma. (BONFIM, 2012, p. 387).

Cumprе ressaltar, que desde a criação do Código de Trânsito Brasileiro, até os dias atuais o papel da prova pericial tomou diversos caminhos, pois passou pelo momento em que poderia ser comprovada por exame clínico ou excepcionalmente por meio de prova testemunhal, seguindo, assim, em um avanço ou retrocesso em que a conduta de embriaguez ao volante somente se comprovava através do teste de alcoolemia ou de sangue. Atualmente com a edição e promulgação da Lei nº 12.760/2012 e pelo clamor público, a constatação da embriaguez pode ser realizada por todos os meios de prova em direito admitidas, ocorrendo aqui diversos danos aos direitos e garantias constitucionais. (BONFIM, 2012, p. 396).

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁸, a Lei nº 12.760/2012, veio para coibir uma conduta imprudente por parte dos motoristas, qual seja, a do consumo de

⁷ Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal: No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionando anteriormente na diligência de apreensão. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 set. 2014.

⁸ PENAL. HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. LEI N.º 11.705/08. (3) FATO ANTERIOR À ALTERAÇÃO NORMATIVA CRISTALIZADA NA LEI N.º 12.760/12. (4) SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. AUSÊNCIA. EXAME DE SANGUE. INEXISTÊNCIA. ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. (5) RESP N.º 1.111.566/DF. PRECEDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. (6) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em

bebidas alcoólicas antes de conduzir um veículo automotor. A ideia do legislador foi de enrijecimento da Lei, não só com o intuito de dar maior eficácia ao seu cumprimento, mas também de resguardar o cidadão, que está em uma situação de vulnerabilidade frente as condutas impensáveis de certos sujeitos. É mister salientar que, o crime ora descrito na Lei é de perigo abstrato, não necessitando se ter uma vítima, mas é necessário que ocorra um perigo real. Diante disso, caso a alteração da capacidade psicomotora não seja devidamente comprovada nos autos, não há que se falar no crime de embriaguez ao volante.

No ordenamento jurídico atual, a presunção diante de meios probatórios não é admitida, vez que se constitui de uma mera opinião baseada em uma suspeita. Todavia, a análise dos indícios de embriaguez formará provas, na maioria das vezes, subjetivas. Ou seja, quando a Lei nº 12.760/2012 autoriza que o exame clínico ou pericial seja suprido pela prova testemunhal, sinaliza que tal crime tenha sido por óbvio presenciado por pessoas idôneas, alheias a conduta ilícita. Portanto, os indícios são meios de prova indiretos, pois dependem de um elemento principal, que autorize um raciocínio indutivo-dedutivo, para que a condenação seja realmente fundada em aspectos seguros e confiáveis legalmente. (NUCCI, 2013, p. 228-231).

Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal⁹, por meio do julgamento do Habeas Corpus nº 103683/MG da 1ª Turma, em data de 09/11/2010, o qual teve como relatora a Ministra

louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei nº 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue. 3. **A Lei nº 12.760/12 modificou a norma mencionada, a fim de dispor ser despcienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora.** 4. Contudo, no caso em apreço, praticado o delito com a redação primeva da legislação e ausente a sujeição a etilômetro ou a exame sanguíneo, torna-se inviável a responsabilização criminal, visto a impossibilidade de se aferir a existência da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por uma análise na qual se atenha unicamente aos sinais clínicos e às manifestações físicas e psíquicas do avaliado. 5. Entendimento consolidado pela colenda Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no seio do REsp nº 1.111.566/DF, representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a ausência de justa causa e trancar o Processo nº 0012098-92.2010.8.16, somente quanto ao artigo 306 do CTB. - HC 230486/PR – Ministra Maria Thereza de Assis Moura – 6ª Turma – DJe 22/05/2014. (grifos nossos). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2014.

⁹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, nos delitos materiais, de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal pode suprir o auto de corpo de delito. (HC 103683/MG, 1ª Turma, julgado em data de 09/11/2010, v.u., rel. Cármen Lúcia). Nucci, Guilherme de

Cármem Lúcia, determinou a substituição do laudo pericial por prova testemunhal, uma vez que, estavam desaparecidos os vestígios e indícios da infração criminal.

Portanto, a autenticidade do policial militar no momento da averiguação dos sinais de embriaguez resta frustrada, vez que, a sua atuação é totalmente limitada, pela sua profissão, pois o mesmo não possui saber técnico-científico para produzir tal prova, e, conseqüentemente, essa atuação indevida prejudicará o direito que o indivíduo tem de produzir provas para atacar as auferidas por tais profissionais.

3.3 A não valoração da prova testemunhal como forma de comprovação da alteração da capacidade psicomotora

As provas no passado eram obtidas e avaliadas por meio da influência divina, ou seja, aplicava-se o sistema conhecido como Ordálias ou Juízes de Deus, através do qual os acusados eram submetidos a certas provas cruéis, e a mão de Deus, decidia quem era culpado e inocente. É evidente que tal sistema carecia urgente de conteúdo científico, jurídico e ético. (MANZANO, 2011, p. 11).

Conseqüentemente, com o avanço da modernidade, o sistema de valoração da prova, atualmente, se desenvolve através de três campos, o qual orienta o Judiciário, no momento da sua conclusão, ou seja, a livre apreciação da prova ou convicção íntima, a prova legal e a persuasão racional. Assim, tal exigência desenvolve-se para evitar acusações forjadas, auferidas sem nenhum preparo técnico. Contudo, não há como traçar uma linha divisória entre a utilização adequada do meio inquisitório para se alcançar a verdade real e os abusos de poder das autoridades frente a acusação e defesa, porém, para a aplicação correta e mais próxima da verdade, dependerá do fato concreto, preponderando a ideia de que a produção de provas não é um meio ilimitado, e sim há um limite acrescido de imparcialidade. (GRECO FILHO, 2012, p. 224-225).

O sistema da íntima convicção teve seu marco nos julgamentos *secundum conscientiam* da igreja, no período da Inquisição, pois o processo era inquisitório, ocorria sem partes, e era totalmente desprovido do princípio do contraditório e da ampla defesa. Ao final, o juiz proferia o seu veredito, sem expor ao agente as razões que o fizeram interpretar de tal maneira, o fato apresentado em suas mãos. Já, o sistema da prova legal, surgiu em meados da Revolução Francesa, como forma de suprimir a liberdade conferida ao juiz, no momento da valoração probatória. Dessa forma, estabeleceu um sistema extremamente garantista, pois o peso das provas estavam devidamente previstos em Lei. Seguindo, em uma linha do tempo, os ordenamentos jurídicos Penais e Processuais Penais, passaram a adotar o sistema do livre convencimento do juiz, frente às provas produzidas pelas partes, tendo o mesmo que justificar a sua conclusão de forma robusta. Diante do apresentado historicamente, o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o misto, tentando sempre alcançar a verdade real, mediante provas lícitas e justificáveis. (MANZANO, 2013, p. 11).

A prova, em geral, é a própria verificação do *thema probandum*, ou seja, é o tema que serve de base para a imputação da infração penal, conseqüentemente tem como principal objetivo o livre convencimento do magistrado, porque todos os fatos alegados no Processo Penal, necessitam ser comprovados para alcançar a veracidade das provas, frente a conduta humana ilícita. (RANGEL, 2013, p. 452).

Donaldo J. Felipe diz que prova é “o conjunto de meios regulares e admissíveis que se empregam para demonstrar a verdade ou falsidade de um fato conhecido ou controvertido, ou para convencer da certeza de um ato ou fato jurídico”. Seguindo tal raciocínio, é possível mencionar o fato pelo qual, a prova testemunhal realizada pelo próprio policial militar, não possui força de uma prova pericial, pois não se enquadra no sistema acima mencionado, porque o policial não possui competência para elaborar uma prova pericial, sendo assim, não adentrará no rol das provas em direito admitidas. (2010, p. 211).

É mister salientar, a respeito da valoração da prova pericial e testemunhal, pois ambas possuem valores probatórios relativos, e são meios de prova que permitem uma percepção da verdade, bem como, a formação do livre convencimento, porque são provas

admitidas em direito e que atingem, de forma direta ou indireta, o próprio agente correlacionado com o fato em tela. (ALENCAR; TÁVORA, 2013, p. 391).

Outro fator de grande relevância é que a prova produzida pelo testemunho do policial militar em prol da alteração da capacidade psicomotora do agente fere completamente o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois este é uma pessoa despreparada, para atestar completamente a embriaguez do agente. Todavia, é evidente que para a comprovação da alteração da capacidade psicomotora é imprescindível a prova pericial, mas a questão é que esta deve ser produzida por pessoa imparcial ao fato e com plena capacidade de atestar o estado verdadeiro do agente, fugindo da subjetividade e adentrando na objetividade e concretização da prova ao fato real. (RANGEL, 2013, p. 29).

O legislador, no momento da promulgação da Lei nº 12.760/2012, tinha o propósito de diminuir a violência no trânsito, mas não analisou que o aumento dos meios probatórios, causariam enorme subjetividade na hora de serem transpassados para o papel, pois, de acordo com os direitos constitucionais, a constatação da alteração da capacidade psicomotora do agente ou a produção de quaisquer outras provas admitidas em direito, afronta, claramente, os princípios da não autoincriminação, da presunção de inocência e o da dignidade da pessoa humana. Assim, Antônio Magalhães Gomes Filho, refere à exclusão das provas obtidas, com desrespeito aos princípios, acima mencionados:

O que se deve contestar em relação a essas intervenções, ainda que mínimas, é a violação do direito à não autoincriminação e à liberdade pessoal, pois, se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra no âmbito criminal; diante da presunção de inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato. (1997, p. 119).

Contudo, a testemunha pericial, ou seja, o perito deve ser uma pessoa totalmente desinteressada ao fato, que tem o dever de dizer a verdade em face das circunstâncias apresentadas, pois, é através de tal prova que se chega a uma conclusão em relação ao caso concreto. Como menciona o doutrinador Edilson Bonfim, “testemunha é a pessoa diversa

dos sujeitos processuais, chamada a juízo para narrar fatos dos quais tenha tomado conhecimento, que se apresentem relevantes para a causa”. (2012, p. 411).

Com base em um estudo aprofundado, no que diz respeito ao aspecto objetivo da valoração da prova é possível mencionar que o ordenamento jurídico tenta determinar objetivamente a conduta do agente e qual o parâmetro da sua valoração. Já, no que diz respeito ao aspecto subjetivo reside no problema inafastável da condição humana, pois cada ser humano vê o mundo à sua maneira particular e o avalia de acordo com os seus ensinamentos e propósitos, constituindo assim, a sua própria moral. Bem como cita o doutrinador Marcelo Batlouni Mendroni, no tocante à valoração da prova por meio dos aspectos objetivos e subjetivos:

O fato e o valor não são separáveis; produzem-se mutuamente. Não se narra um fato sem que a linguagem nos traia a valoração que nele já consideramos intrínseca. Portanto, todo fato já é prejulgado. Não se vislumbra um valor isoladamente, mas apenas relativamente, numa escala de valores. E não se pode entender um valor sem imaginá-lo concretizado, em um ou em vários fatos. (2010, p. 7).

A perícia no ordenamento pátrio ilumina o elemento ou a própria fonte de prova, todavia, o perito é o auxiliar do magistrado para o entendimento conclusivo do caso concreto, apresentando finalidades específicas e avaliações técnicas para buscar a verdade processual. Já, no tocante a prova testemunhal, verifica-se que a testemunha conhece os fatos incidentalmente, tendo assim, o dever de apresentá-los por meio do seu depoimento imparcial e verdadeiro, não ficando adstrita à Lei. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci menciona:

[...] não se pode admitir a **prova** de uma concentração tão específica por meio de testemunhas, afinal, a **lei** foi bem clara ao apontar um índice. Atípica é a conduta do agente se ele estiver com cinco decigramas, por exemplo, motivo pelo qual, ausente a **prova** técnica, inexistente meio de **prova** legítimo. (2012, p. 607).

Assim sendo, a produção da prova testemunhal é algo essencial à comprovação dos fatos, e para a Lei, tal prova tem caráter de perícia, sendo assim, para que o seu teor realmente

seja compreendido perante a sociedade, é necessário que a sua produção seja elaborada por um médico legista, estabelecendo ao agente condutor direito de realizar uma contraprova, digna de direitos e garantias, porque não cabe ao agente policial, na posição de testemunha, determinar se o indivíduo encontra-se ébrio ou não, se possui condições concretas de conduzir um veículo automotor, pois a lei estabelece que a capacidade determinante tem que ser de uma pessoa alheia as circunstâncias fáticas.

Ainda, insta consignar que a Lei 12.760/2012 – Lei Seca¹⁰, de certa forma, aprova e restringe que apenas os policiais militares sejam arrolados como testemunhas, e isso ocorre, porque os mesmos, no momento da abordagem não conduzem a autuação de forma correta, preferem servir de testemunhas, ao invés de arrolar pessoas alheias, que realmente presenciaram antecedentes de embriaguez do agente. Assim, devido a essa inobservância legal, a prova testemunhal deve ser avaliada frente à conjuntura probatória, como meio de comprovar a alteração da capacidade psicomotora do agente, fazendo incidir as penas do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

¹⁰APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ABOLITIO CRIMINIS AFASTADA. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. PALAVRA DE POLICIAIS. VALIDADE. A alteração realizada pela lei nº 12.760/2012 no artigo 306 do Código de Trânsito não operou verdadeira abolitio criminis, tornando atípica a conduta praticada pelo réu, pois anterior a 20 de dezembro de 2012. O fato praticado pelo réu, e pelo qual foi denunciado, continua taxativamente proibido e não é, por expressa disposição legal, "completamente diferente" daquela enunciada pelo caput do art. 306, em sua novel versão. A conduta praticada pelo denunciado, numa adequada aplicação do princípio da legalidade, via interpretação teleológica que se conserva estritamente dentro do marco legal do dispositivo, continua taxativamente proibida, vez que o legislador foi expresso e literal ao consignar que a conduta prevista no caput do artigo 306 - conduzir veículo automotor com capacidade motora alterada em razão da influência de álcool (caso mais comum) - constata-se por (§ 1º) concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue (inciso I) ou [conjunção alternativa] sinais que a indiquem (inciso II). Afigurando-se, in casu, mais benéfica para o réu, a lei nº 12.760/2012 deve retroagir para possibilitar análise do contexto probatório, tanto para eventual demonstração da defesa de que a concentração de álcool achada em teste não significou alteração da capacidade psicomotora, quanto para ajustes tópicos quando a peculiaridade fática conduza a dúvida razoável em relação ao elemento normativo do caput. No caso concreto, o réu envolveu-se em acidente de trânsito, submetido ao teste do etilômetro restou comprovada a embriaguez. Ademais, o próprio réu confessou ter ingerido bebida alcoólica. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. VALIDADE. O depoimento de policiais não deve ser rejeitado apenas em função de seu posto como agentes estatais. Tanto somente poderia ocorrer se os relatos não fossem coerentes ou destoassem dos outros elementos probatórios, o que não ocorreu nos autos. DOSIMETRIA DA PENA ADEQUADA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. A pena privativa de liberdade foi fixada no mínimo legal, pelo que vai mantida PENA ACESSÓRIA E PENA DE MULTA. Em respeito ao princípio da proporcionalidade, segue mantida, no "quantum" fixado na sentença, a pena acessória de suspensão do direito de dirigir, bem como a pena de multa. APELO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70058400961, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 29/05/2014). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 set. 2014.

Seguindo nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal¹¹ defende a ideia de que o depoimento do policial militar é válido e reveste-se de inquestionável eficácia probatória, mas, dentro desse entendimento jurisprudencial limita a questão, conforme a valoração do depoimento policial, vez que, o mesmo não terá valor quando evidenciar que o policial agiu por interesse particular ou até mesmo que as suas declarações não se compatibilizam com os fatos reais. Apresenta-se a figura da subjetividade e da afronta aos direitos e garantias constitucionais.

Com o advento da nova Lei 12.760/2012, que modificou o artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro é possível analisar dois instrumentos intermediários entre a aplicação da lei ao caso concreto, quais sejam o princípio da condução segura e o princípio da segurança social. (GOMES; BEM, 2013, p. 129).

No momento em que tais princípios atuam no mundo fático inicia-se o verdadeiro sentido da Lei Seca, pois no corpo legal está claro a preocupação com a sociedade em geral, frente a imprudência no trânsito, ou seja, o exagerado número de acidentes com vítimas fatais em decorrência do uso de álcool, porque direção e bebida alcoólica é algo que não combina e são ações que devem ser produzidas separadamente, e não cumulativamente. Conforme ensinamentos doutrinários de Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem é possível

¹¹ HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - **TESTEMUNHO PRESTADO POR POLICIAIS - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO.** - A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar - impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão - não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subseqüente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada. **VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS.** - O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que, ordinariamente, refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus. (HC 73518, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 18-10-1996 PP-39846 EMENT VOL-01846-02 PP-00293. (grifos nossos). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 set. 2014.

analisar que “o princípio da segurança social é muito valioso para aferir a perigosidade real da conduta criminosa e o princípio da condução segura alega ser intolerável a direção embriagada, visível, ostensiva, patente, indiscutível”. (2013, p. 128-131).

Analisando os conceitos referentes à teoria da imputação objetiva, a chamada doutrina de *Roxin* é possível diagnosticar a verdadeira relação com a Lei 12.760/2012, pois, o primeiro requisito da teoria é “a criação de um risco proibido penalmente relevante”, o que se confirma com o teor da Lei, que por sua vez, exige um grau de risco além do só penalmente proibido, porque não basta só a ingestão do álcool, impõe-se que esta suposta ingestão cause no indivíduo comportamentos perigosos à segurança viária. Sendo assim, constituem os sentidos externos da embriaguez, qualificando-a como uma conduta criminalmente proibida. Portanto, sob o ponto de vista mencionado pela teoria, um perigo abstrato deve obrigatoriamente ser um perigo real e não meramente presumido, para afetar o bem jurídico protegido, pelo ordenamento jurídico penal. (GOMES; BEM, 2013, p. 134-135).

Dessa forma, com a devida fiscalização, o foco principal será alcançado, porque a sociedade em geral se conscientizará de que a vida no trânsito deve ser preservada, mas, para isso, a lei deverá ser corretamente interpretada, ou seja, atribuído os poderes a cada um que os possuem e não invertendo funções, evitando que o poder e a competência sejam centralizados nas mãos de uma só pessoa ou órgão.

3.4 Alterações da Lei 12.760/2012 em contraponto com a legalidade da prova testemunhal e pericial frente à retroatividade

Com o advento da Lei 12.760/2012, surgiram inúmeras possibilidades de provas, as quais antes eram totalmente desconhecidas, pelo Código de Trânsito Brasileiro. Assim, por meio dessa maximização probatória, desenvolveu-se no mundo jurídico grandes inconstitucionalidades, em relação à produção e a culpabilidade do agente, pois abriu-se lacunas para que a subjetividade se sobreponha ao texto de Lei (objetividade), deixando base para as impunidades e abusos por parte das autoridades estatais.

As mudanças ocasionadas por tal Lei deixou claro que a elementar do tipo ficou totalmente alterada, pois passou a vigorar a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, ao invés da constatação do teor etílico, o qual era realizado por uma prova técnica. Hoje, a comprovação e adequação ao tipo penalmente proibido são um tanto quanto subjetivos, pois prova testemunhal está sendo interpretada de forma diversa, ocasionando deslizes na aplicação da Lei, os quais muitas vezes, são irreparáveis.

Conforme versão doutrinária de Nestor Távora, a “testemunha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face de percepções colhidas sensorialmente”, ou seja, não cabe alegar que o policial militar está desinteressado ao fato, vez que o mesmo realizou toda abordagem, deixando o indivíduo desprovido de garantias sociais. (2013, p. 451).

Ademais, é mister salientar que o valor probatório da prova testemunhal é totalmente relativo, mas, na maioria dos casos desvenda o mistério do caso concreto. A produção dessa prova deve ser analisada sob outro prisma pela Lei 12.760/2012, pois o seu verdadeiro sentido foi de que a mesma fosse produzida por pessoa alheia ao caso, como por exemplo, o próprio perito, o qual desprende de enorme saber técnico e científico capaz de atestar com autenticidade a real alteração da capacidade psicomotora do agente. (ALENCAR; TÁVORA, 2013, p. 464).

Todavia, é evidente que a regra geral estabelecida pelo ordenamento jurídico Processual Penal, determina que “toda a pessoa poderá ser testemunha”. Analisando as exceções legais, ocorre que o policial militar que atua diretamente na abordagem do agente, supostamente embriagado, deixa de agir com a devida imparcialidade no seu depoimento, diferente do que ocorreria se um estranho ao fato fosse prestar as suas declarações. No entanto, os pontos fundamentais do depoimento policial devem ser sopesados pelo magistrado, a fim de evitar excessos e falta de informações, pois é de conhecimento geral que ocorrem delitos que são basicamente registrados pelos próprios militares, mas no caso da embriaguez se faz necessário que, estando em lugar de fácil acesso, ocorra a comprovação da alteração da capacidade psicomotora, por pessoa estranha ao fato, porque não é aceitável no sistema jurídico atual, a formulação de um processo criminal fundado somente em depoimentos de policiais. (NUCCI, 2013, p. 192).

O sentido da prova testemunhal é trazer à tona situações do fato que, com outras provas, talvez não se consiga obter. Assim, na realidade dos fatos, levando em conta a ideia do legislador e as jurisprudências, a Lei 12.760/2012 sendo interpretada corretamente, terá êxito na sua aplicabilidade, porque no momento de reunir as provas e somente se fazer presente o testemunho do policial responsável pela abordagem, junto deveria estar uma justificativa fundada, para não ter arrolado testemunhas alheias à sua instituição, sob pena de macular a credibilidade das suas declarações, frente à punibilidade do agente infrator. (NUCCI, 2013, p. 193).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹² manifesta-se no sentido de que se o policial é uma pessoa idônea e leal aos seus deveres, e que não manifesta nenhum interesse na condenação do caso concreto, o seu depoimento seria totalmente válido, pois, deve-se colocar em ponderação a prova testemunhal com outras provas, analisando, assim, se o depoente prestou depoimento coerente à realidade ou não. Acaso seja positiva essa análise, é uma prova totalmente forte à condenação, não importando aquele que a trouxe aos autos.

Portanto, o testemunho do policial não está impedido no mundo dos fatos, mas ocorre que o seu depoimento deve ser valorado com muita cautela, pois além de prestar informações sobre o fato na condição de testemunha, o mesmo está dando conta de realizar o seu trabalho, configurando assim, fontes investigatórias para a conclusão positiva do caso. (ARANHA, 2006, p. 190-191).

No tocante a prova pericial, é importante frisar que a perícia desenvolve-se por meio de um caráter dúplice, ou seja, como prova técnica e como prova científica, pois, baseia-se na

¹² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA. PALAVRA DO POLICIAL. VALOR. CONDENAÇÕES MANTIDAS. **Em termos de prova convincente, os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências preponderam sobre a do réu. Esta preponderância resulta da lógica e da razão, pois não se imagina que, sendo uma pessoa séria e idônea, e sem qualquer animosidade específica contra o agente, vá a juízo e mentir, acusando um inocente. Deve-se examinar a declaração pelos elementos que contém, confrontando-o com as outras provas ou indícios obtidos na instrução e discute-se a pessoa do depoente. Se a prova sobrevive depois desta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe.** Foi o que ocorreu na hipótese em julgamento. Os policiais informaram, em depoimentos convincentes, sobre a posse dos entorpecentes com as pessoas dos recorrentes e que, pelas circunstâncias apuradas na prova, as drogas eram destinadas ao comércio. E também (prova) que os apelantes estavam associados para a prática da traficância. DECISÃO: Apelos defensivos desprovidos. Unânime. (Apelação Crime Nº 70052708690, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 06/02/2013. (grifos nossos). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2014.

conclusão de um técnico – perito, que por meio das suas experiências e estudos na área, consegue auferir e desvendar os vestígios apresentados pelo fato. Assim, a prova pericial se vale de um princípio científico aplicado por meio de uma técnica adequada, fugindo da seara presumida e subjetiva, adentrando no caminho concreto e objetivo para o desfecho da causa. (MANZANO, 2011, p. 9).

Há que se ponderar que a Lei 12.760/2012, deixou de proteger os princípios constitucionais, pois com o aumento do caminho probatório, as garantias e direitos constitucionais ficaram de lado, pois no momento em que a verificação e comprovação dos sintomas de embriaguez são realizados pela pessoa do policial militar, os princípios do contraditório e da ampla defesa ficam fragilizados, a ponto de que o próprio indivíduo deve partir para a produção de provas, muitas vezes, indo contra os seus princípios pessoais, sendo tal conduta totalmente reprovada pelo ordenamento pátrio.

A nova Lei por sua vez desencadeou duas formas específicas de comprovar a embriaguez do sujeito, ou seja, por meio da concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue ou igual ou superior a trinta e quatro (0,34) miligramas de álcool por litro de ar alveolar, ou ainda por sinais indicativos, previstos na Resolução 432 do Conselho Nacional de Trânsito. Mas, tais fatores comprobatórios são seguidos de uma cláusula geral, qual seja a devida comprovação da anormalidade do estado ébrio do agente. Assim, parte-se da premissa de que, se ocorrer a alteração da capacidade psicomotora do agente e esta for comprovada somente por sinais indicativos, os quais são subjetivos e presumidos, a Lei esclarece que há prova de embriaguez, dessa forma, ficando o indivíduo a mercê de inconstitucionalidades, tendo que fazer uso do seu direito a contraprova. (ARAÚJO JUNIOR; BARROSO, 2013, p. 332).

É possível mencionar que a Lei 12.760/2012 deixou enormes lacunas, no quesito de tratamento dos cidadãos, pois o índice de alcoolismo difere-se entre os organismos dos agentes, sendo que, muitas vezes, os sinais de embriaguez não se tornam visíveis, ou ainda, incriminam sujeitos com total capacidade psicomotora. Dessa forma, não há como determinar uma equidade entre uma pessoa levemente alcoolizada, e uma totalmente embriagada, tratando-as de forma idêntica, uma vez que, a Lei estaria castigando os bons ao lado dos maus cidadãos, o que repugna a razão do legislador, ocasionando, na formação de uma lei injusta,

negando ao homem o que lhe é justo de direito, ou lhe confere indevidamente garantias constitucionais ou sociais.

Outro fator importante a ser destacado é a possibilidade de retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, ou seja, com a nova redação do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, acrescentou-se um novo requisito, qual seja a alteração da capacidade psicomotora do agente, pois a lei revogada punia aquele que atingisse a quantidade de álcool no organismo prevista no artigo, mas ocorre que, na maioria das vezes, o indivíduo ingerindo bebida alcoólica continua mantendo íntegra a sua capacidade motora. Portanto, a nova Lei que estabeleceu a *tolerância zero*, nesses casos, acaba sendo mais benéfica, pois há a previsão de outros meios probatórios, os quais podem atipificar a conduta do agente. (GOMES; BEM, 2013, p.58-59).

Portanto, a Lei 12.760/2012, traz como objetivo a diminuição do índice de mortalidade no trânsito, mas com o seu advento desencadeou grandes desafetos jurisprudenciais e doutrinários, pois, foi interpretada de forma diversa da ideia proposta pelo legislador. Diante disso, é importante mencionar que a prova testemunhal deve originar-se dentro dos parâmetros pré-estabelecidos pelo Processo Penal e o Direito Penal material, porque a sua função de desvendar uma causa nublada é de suma importância, uma vez que a testemunha no ordenamento brasileiro é considerada um meio de prova de grande relevância. Assim, no caso da Lei, não há como aceitar que o próprio policial militar atua nos dois lados da ocorrência fática, pois originará a inconstitucionalidade, frente aos princípios e garantias constitucionais.

Diante do exposto, a prova pericial deve ter grande ênfase na comprovação da alteração da capacidade psicomotora do agente, pois é necessário que ocorra uma análise profunda do caso, porque para alegar que o álcool afetou as faculdades psicofísicas e o autocontrole pessoal, é imprescindível que seja relatado por um perito, o qual possua entendimentos técnicos e científicos, assim, é evidente que a função da testemunha e do perito são distintas, pois cada um atua de forma diversa na produção de provas, ademais, as pessoas as quais realizam as provas devem ser diferentes e imparciais.

No entanto, a retroatividade é cabível, sempre que beneficiar o réu, seja para utilizar parâmetros da lei revogada ou para utilizar os benefícios que a nova Lei originou, a fim de

atingir os interesses da defesa do agente. Em relação à dispensa da prova testemunhal é algo relativo, pois se a Lei tiver a adequada aplicação e colocar cada prova no seu tempo e lugar, os objetivos serão alcançados, pois, o policial militar deve atuar em prol da segurança viária conduzindo a abordagem da forma mais correta, ou seja, encaminhar o agente ao comando de uma pessoa com conhecimentos específicos e técnicos e não produzir provas de cunho testemunhal e pericial. Com essa distinção de funções, o combate a embriaguez e a política de tolerância zero, será devidamente aplicada, vez que, para comprovar o estado ébrio do agente é necessário que laudos concretos para que não seja aplicada sanções de forma injusta, ou que se deixe de aplicá-las.

CONCLUSÃO

Em conclusão ao trabalho monográfico foi possível evidenciar que os princípios são peças importantíssimas no direito como um todo, pois é através dos seus mecanismos de aplicação legal que o conflito de ações consegue ser devidamente solucionado, porque no mundo dos fatos reais as normas, na maioria das vezes, não são suficientes para proferir a correta solução ao caso, tendo assim, a necessidade de aplicação de um princípio que se amolde a conduta praticada pelo ser humano. Ademais, é importante frisar que no momento em que suscitar um conflito entre uma Lei e um princípio, há de preponderar os ensinamentos advindos dos princípios, uma vez que, conseguem proporcionar as partes a verdadeira justiça e respeito aos direitos e garantias constitucionais.

Assim, seguindo nessa órbita, é possível evidenciar a presença do princípio da legalidade, o qual faz transparecer a verdadeira essência da lei, ou seja, no instante em que o legislador transcreve um texto legal tem que se pensar na devida aplicação ao caso concreto, adequando-se aos parâmetros sociais e constitucionais, primando sempre pela proteção integral aos seres humanos, porque parte do pressuposto de que todas as pessoas são inocentes frente a norma constituída pelo legislador, tendo argumento em contrário, no momento em que for devidamente comprovada a sua culpabilidade. Todavia, quando uma lei é criada e sancionada, a esta tem que ser impostas certas limitações, para que num futuro próximo não incorra em inconstitucionalidades, por motivos contrários à Constituição Federal Brasileira.

De acordo, com os princípios da presunção de inocência e da prevalência do interesse do acusado, foi possível averiguar que ambos encontram-se acostados aos demais princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico Penal e Processual Penal, porque parte-se da premissa de que todos os seres humanos são considerados inocentes até que se prove ao contrário. Ademais, esta prova tem que ser devidamente fundamentada e constituída de provas válidas e lícitas aos olhos do Direito, para que não seja proferida a punição de forma ilegal e inconstitucional, incorrendo assim, em um grande risco à sociedade em geral.

No que tange ao princípio da não autoincriminação, relata-se a ideia de que é totalmente proibido apoiar e obrigar que o indivíduo realize atos que sejam atentatórios a própria integridade física, moral e social, porque tal princípio encontra-se interligado ao

princípio da dignidade da pessoa humana, o qual prevê garantias em relação a pessoa do acusado. Nesse sentido, o acusado não pode ser coagido a participar para produção de provas, nem da instrução penal, assim funda-se na criação de um processo honesto, sem máculas, não dando lado para os abusos por parte do poder punitivo, nem caminhando para as impunidades, pois no momento em que o indivíduo tem reconhecido os seus direitos e garantias, o rumo probatório acaba por se tornar mais amplo e eficaz.

O princípio do contraditório é analisado pela doutrina e jurisprudência, como sendo um meio, que o indivíduo acusado tem de informar e de participar ativamente da fase probatória, bem como de todo o processo judicial. No entanto, tal princípio funda-se em dois pólos, quais sejam, o da informação e reação, porque via de regra, dentro de um processo não pode haver limitação na defesa do acusado, sob pena de violar a liberdade do agente, frente a imposição punitiva do agente autoritário.

Em relação ao princípio da ampla defesa, é mister salientar que o mesmo tem como ponto de partida, a defesa sob dois prismas, quais sejam, defesa técnica, que depende de um conhecimento específico, sendo imprescindível para o deslinde da causa e a autodefesa, a qual fundamenta-se na própria vontade do agente que colaborar ou não para a produção de provas, formando assim, a sua defesa, mas, há que ponderar que certos benefícios desenvolvidos por esse princípio, são utilizados como argumentos exclusivos da defesa.

Portanto, realizando uma análise unitária do princípio do contraditório e da ampla defesa, é possível concluir que, dentro dos preceitos legais e constitucionais, é proporcionado ao acusado manifestar livremente a sua vontade em relação às alegações e provas produzidas contra si, pois é explícito o direito de que o mesmo tem de contrapor as provas anexadas, argumentando a respeito da sua liberdade e inocência, como por exemplo, a normalidade da condução do veículo automotor, em contraponto as alegações de embriaguez ao volante.

Em suma, o princípio da retroatividade opera-se no sentido de que se há lei mais benéfica para o caso, esta deverá ser de pronto acionada, pois no ramo do Direito Penal vige a regra da irretroatividade, salvo para beneficiar o réu, assim, este terá prioridade na aplicação da lei, pois sempre que tiver um caminho mais gravoso a sua pessoa, o legislador terá que aplicá-lo em decorrência de ensinamentos legais e principiológicos.

Com a alteração do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, pela Lei 12.760/2012, foi possível obter um avanço na condução da punição em decorrência da prática do crime de embriaguez ao volante, pois com as mudanças da norma legal, a comprovação de tal conduta ilícita mostrou-se mais complexa, no tocante à diminuição dos crimes de trânsito, cometidos por seres humanos imprudentes e negligentes. Mas ocorre também, o fator do abuso da Lei, por parte das autoridades punitivas, as quais aplicam a Lei exageradamente, e muitas vezes contrariando preceitos legais e princípios constitucionais.

Consequentemente, com as modificações legislativas, surgiu a figura subjetiva da alteração da capacidade psicomotora, a qual pode ser comprovada por meios de provas que antes eram desconhecidos pelo Código de Trânsito Brasileiro, assim, a constatação da anormalidade na capacidade psicomotora do agente é algo de grande importância e responsabilidade, pois se for auferida de forma errada desrespeitando os limites legais e constitucionais, poderá corroborar com situações desastrosas, as quais poderão gerar uma injusta punição, além do mais, cada organismo recebe e digeri o álcool de forma diferente. No entanto, a ideia primária da Lei em relação à comprovação da alteração da capacidade psicomotora, foi a de proteger a sociedade dos condutores enfurecidos por uso do álcool, uma vez que, um agente embriagado no trânsito causa perigo eminente a todos os demais, transformando assim, uma viagem segura em grandes desastres sem volta.

Portanto, se for aplicada corretamente a Lei, as atitudes impensadas do homem serão mais bem analisadas por si mesmo, pois saberá que os seus direitos e garantias estarão previamente protegidos, atingindo assim, o verdadeiro sentido da Lei, qual seja tolerância zero, frente à diminuição de acidentes fatais.

O teste do bafômetro que antes era um dos únicos meios de comprovar o estado ébrio do agente, hoje passou a ter um lugar diverso na Lei, em decorrência dos variados meios de comprovação desse estado, como por exemplo, a prova testemunhal, documental, filmagem, entre outras, ficando assim, a prova pericial em patamar secundário, impedindo o desempenho positivo da Lei 12.760/2012, porque o enredo da prova pericial constituiu-se de um laudo técnico – profissional, o qual atestará a verdadeira alteração da capacidade psicomotora do agente, proporcionando ao mesmo direito a contraprova, porque a prova não é o fato em si, mas a alegação e afirmação de um fato ocorrido no mundo real.

Analisando a prova testemunhal desenvolvida pela Lei, é possível afirmar que a mesma causa grande subjetividade na sua aplicação, em detrimento da sua incorreta produção. Ademais, não há como negar que a prova pericial, como por exemplo, o próprio teste do bafômetro realizado por um médico, é o meio mais hábil, eficaz e concreto de se obter a elementar do tipo penal, pois deixa de lado a subjetividade e trabalha-se com fatores objetivos capazes de condenar ou absolver o agente. Em outro sentido a Lei criou uma ideia de testemunhais imparciais ao fato, ou seja, pessoas sem nenhum envolvimento e interesse na causa, o que de pronto não vem acontecendo, por isso que com o advento e priorização da prova pericial afasta a discricionariedade do policial militar frente à suposta infração penal.

Com o advento dessa Lei desencadeou pontos positivos e negativos, pois em parâmetro com as legislações anteriores essa veio com o propósito a mais, qual seja de salvar vidas, evitando tragédias por causa do consumo desregrado do álcool. Um dos principais pontos positivos foi o aumento dos meios probatórios, pois assim, possibilita diversas formas de diagnosticar a embriaguez do agente, em contraponto há que mencionar que um dos principais pontos negativos é produção dessas provas de forma errônea, uma vez que, prejudica a seriedade da Lei, porque desestimula o indivíduo de participar ativamente da abordagem, pelo fato de que os próprios sinais meramente indicativos são hábeis a enquadrar o agente nas punições que o legislador descreveu no tipo legal.

É passível de análise a contrariedade desenvolvida com a Lei, pois a averiguação feita por um perito especialista na área tem o mesmo peso que a análise realizada pelo policial militar. Diante disso, que se forma a inconstitucionalidade e inaplicabilidade da Lei, porque o policial militar tem a função de fazer cumprir as leis dentro dos seus limites previamente constituídos pela Constituição Federal e legislações específicas, e não de apontar e comprovar a alteração da capacidade psicomotora do agente, por meio do seu próprio testemunho ou de sinais, que muitas vezes, não relatam nada de concreto a respeito do caso.

Diante do exposto nesse trabalho, tem-se por concluir que a Lei 12.760/2012 é muito importante para a sociedade como um todo, pois com o seu advento criou-se outros meios de paralisar com as agressividades da vida no trânsito e colocar um pouco de limite nas atitudes do agente. Mas, ocorre que a prova testemunhal está sendo compreendida de forma contrária a doutrina e a jurisprudência, pois como descreve os ensinamentos doutrinários a mesma deve

ser produzida por pessoas imparciais, alheias ao fato em questão, mas na prática tal preceito não está sendo observado, pois o próprio policial militar produz tal prova, deixando a subjetividade transparecer e brilhar mais do que a realidade da situação. Em segunda análise, é possível fazer menção que a prova pericial foi deixada de lado, porque é mais prático atestar por meio de sinais a embriaguez do agente, do que desprender de tempo para conduzir o mesmo aos cuidados de um perito-médico, o qual é capacitado para diagnosticar com base em fundamentos medicinais a alteração ou não da capacidade psicomotora do agente.

Seguindo nas alterações legislativas, surgiu a presença da retroatividade da Lei, mas há que ponderar que a mesma ocorrerá sempre que for mais benéfica ao réu, seja para a anterioridade ou posterioridade da Lei, mas a jurisprudência está entendendo que não é possível a retroatividade de casos em que ocorreram na vigência da antiga Lei, porque não havia todas as possibilidades de comprovação da embriaguez e ademais a elementar do tipo passou a ser a alteração da capacidade psicomotora ficando em segundo lugar a quantidade etílica.

Finalmente, cumpre salientar, que a pretensão do presente trabalho não é a de esgotar as possibilidades que o tema faz menção, nem mesmo trazer diversas soluções para os desembaraces da Lei 12.760/2012. O objetivo principal é estimular que estudiosos do direito aprofundem-se no assunto, trazendo novas possibilidades de aplicabilidade dessa Lei, como forma de atingir o seu verdadeiro sentido, a fim de evitar que a ideia do legislador seja controvertida por práticas pessoais, as quais são tidas no nosso ordenamento jurídico como ilegais e inconstitucionais. Ademais, é importante frisar que a Lei Seca não é totalmente eficaz no seu conteúdo, portanto, por meio de modificações na sua aplicação será possível atingir os objetivos de um Estado Democrático de Direito, qual sejam, alcançar a justiça e a paz social no trânsito, acabando com a violência e aderindo a política da *tolerância zero*, da qual o Brasil é signatário.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não-autoincriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Editora Jus Podivm, 2013.

ALMEIDA SOBRINHO, José. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. Forense, 2012. VitalBook file. Minha Biblioteca - UPF.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. VitalBook file. Minha Biblioteca - UPF.

ARAÚJO JÚNIOR; Marco Antônio; BARROSO, Darlan. *Leis Penais Especiais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

AVENA, Norberto. *Processo Penal: Esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Editora Método, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Parte Geral.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. VitalBook file. Minha Biblioteca. UPF

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

BRASIL. *Declaração do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 04 mai. 2014.

BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70057199879, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 29/05/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Apelação Criminal 2011.000.100.600-31, Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Piauí. Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho. Julgado em 03/04/2012. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Apelação Criminal 2012.000.100.115-53, Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Piauí. Relator: Des. Erivan José da Silva Poles. Julgado em 29/05/2012. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70055090237, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 17/10/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70057017816, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 19/12/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70056826837, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 19/12/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70058085424, Segundo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 09/05/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70051305852, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 09/05/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70055934194, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: João Batista Marques Tovo. Julgado em 03/04/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70058955980, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Julgado em 08/05/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70052159951, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 04/07/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo RHC 45173 SP 2014/0025983-5. Relator: Ministro Jorge Mussi da 5ª Turma. Julgamento 06/05/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2007.053271-1, Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Rui Fortes. Julgado em 26/10/2009. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em 10 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Crime nº 70051494151, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 09/05/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo HC 230486/PR. Ministra Maria Thereza de Assis Moura da 6ª Turma. Julgamento 22/05/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70052708690, Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Sylvio Baptista Neto. Julgado em 06/02/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 361. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 set. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70058400961, Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Jayme Weingartner Neto. Julgado em 29/05/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 set. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Processo HC 73518. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma. Julgado em 26/03/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 set. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Nova Lei Seca*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 8. ed., 2011. Minha Biblioteca - UPF.

FÁVERO, Altair Alberto; et al., *Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas*. 5. ed. rev. e ampl. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2014.

FELIPPE, Donaldo J. *Dicionário Jurídico de Bolso: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense*, atualizado por Alencar Frederico. 20. ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2010.

FLORIANO, Neida Leal. *Presunção de Inocência, um direito Fundamental*. [artigo científico]. Disponível em: <www.florianoadvocacia.com.br/anexos/Presunção-de-inocência-um-direito-humano-fundamental-Neida-Leal-Floriano.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2014.

GOMES, Amintas Vidal. *Manual do Delegado – Teoria e Prática*. 8. ed., 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca - UPF.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *A Nova Lei Seca deve ser interpretada literalmente*. Consultor Jurídico. Fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev.-01>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

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

GOMES, Luiz Flávio. *50 de alcoolização (e de embriaguez)*. Jan. 2013. Disponível em: <<http://www.atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/50-tonsdealcoolizacao-e-de-embriaguez/>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 119.

GONÇALVES, Antônio Baptista. *Revista dos Tribunais*. Volume 927/2013, p. 209, Jan. 2013. DTR\2012\451298.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, v. 1, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio. *Crimes de Trânsito Anotações à Parte Criminal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. VitalBook file. Minha Biblioteca - UPF.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 5. ed. Atlas, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca – UPF.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. 3. ed., 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca - UPF.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral*. 7. ed., v. 1, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca - UPF.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010. VitalBook file. Minha Biblioteca - UPF.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVII, nº 384, 1º fev. 2013.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de processo penal*. 18. ed. Atlas, 2014. VitalBook file. Minha Biblioteca – UPF.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro - parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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: Editora Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. VitalBook file. Minha Biblioteca - UPF.

SILVA, Técio Lins; SILVA, Leticia Lins; FERNANDES, Maíra. *Revista dos Tribunais*, Volume 926, p. 607. Dez/2012. DTR\2012\451085.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 2013.

ANEXO – ÍNTEGRA DA LEI Nº 12.760/2012

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos
LEI Nº 12.760, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2012.**

Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 165, 262, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 165.

.....

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

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

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.”(NR)

“Art. 262.

.....

§ 5º O recolhimento ao depósito, bem como a sua manutenção, ocorrerá por serviço público executado diretamente ou contratado por licitação pública pelo critério de menor preço.”(NR)

“Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica.”(NR)

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

§ 1º (Revogado).

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

.....” (NR)

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

.....

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

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

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

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

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.”(NR)

Art. 2º O Anexo I da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, fica acrescido das seguintes definições:

“ANEXO I

DOS CONCEITOS E DEFINIÇÕES

.....

AGENTE DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO -.....

AR ALVEOLAR - ar expirado pela boca de um indivíduo, originário dos alvéolos pulmonares.

.....

ESTRADA -

ETILÔMETRO - aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar.

.....”

Art. 3º Fica revogado o § 1º do art . 277 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de dezembro de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Alexandre Rocha Santos Padilha

Aguinaldo Ribeiro

.
.
.

Este texto não substitui o publicado no DOU de 21.12.2012