

---

# Breves considerações sobre a constatação da embriaguez ao volante

Bazilio de Alvarenga Coutinho Júnior\*  
Danilo Cinti Zuliani\*\*

## 1. INTRODUÇÃO DA PROBLEMÁTICA QUE CIRCUNDA A QUESTÃO

É inegável a embriaguez ao volante tem sido considerada uma das principais causas de acidentes de trânsito no Brasil, motivo pelo qual, de há muito o legislador vem se preocupando com o impacto social que esse problema vem causando à comunidade como um todo.

Não é por outra razão que inúmeras foram as alterações na legislação de trânsito, em especial no que diz respeito à condução de veículo automotor sob o efeito de álcool ou outra substância psicoativa de efeitos análogos.

Em razão disso, dois institutos descritos no Código de Trânsito Brasileiro, apesar de análogos, não se confundem, dada a sua natureza jurídica diversa: tratam-se dos arts. 165 e 306. Ambos tratam da conduta de condução de veículo automotor após a ingestão de álcool ou outra substância psicoativa, porém, suas conseqüências são bem distintas.

Veja-se a redação do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro:

\*Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru. Advogado.

\*\*Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

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. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

De outra parte, a fim de se fazer uma análise comparativa, vale transcrever a redação do art. 306 do mesmo Código:

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

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

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

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

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

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, 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 ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Do simples cotejo sobre os dois artigos acima transcritos, é possível inferir, em princípio, que a diferença entre ambos se insere na quantidade de álcool ingerida pelo condutor.

De fato, a redação do art. 165 não determina qualquer índice mínimo de álcool ingerido. Ao contrário do art. 306 que passa a considerar criminosa a conduta do condutor se o limite mínimo de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, ou 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar.

Veja-se que as conseqüências do enquadramento do condutor em um ou outro artigo igualmente são bem diversas.

No caso do art. 165, a punição é meramente administrativa; ao passo que no caso do art. 306, a resposta estatal é de natureza penal, impondo a privação da liberdade do agente.

Justamente em razão dessa disparidade de conseqüências para uma conduta análoga, é que se torna importante a análise probatória do grau de embriaguez do condutor, o que exige da autoridade maior cautela quando da constatação do ilícito e aplicação da respectiva pena.

Dessa forma, justifica-se o presente estudo da constatação da embriaguez a fim de se aplicar a sanção adequada ao caso concreto.

## 2. DA PRODUÇÃO DA PROVA E SUA IMPORTÂNCIA NA CONSTATAÇÃO DA EMBRIAGUEZ

Em se tratando da eventual ocorrência de ilícito penal, é corolário lógico a busca da verdade real, daí o porquê de a ritualística processual penal exigir, para o desfecho punitivo, que seja produzido o maior número de provas possíveis, para a constatação dos fatos, quer se trate de infração administrativa quer se trate de crime de embriaguez ao volante dito.

Dessa forma, o legislador fez constar tanto no Código de Trânsito Brasileiro como no Código de Processo Penal, dispositivos legais nesse mesmo sentido.

No capítulo XVIII do Código de Trânsito Brasileiro, que trata das autuações, constata-se a seguinte redação no art. 280:

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

I - tipificação da infração;

II - local, data e hora do cometimento da infração;

III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;

IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;

V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração;

VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

§ 1º (VETADO)

§ 2º A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN.

§ 3º Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte.

§ 4º O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

É salutar analisar com cautela a forma como é feita a constatação de cada um dos incisos, do referido artigo, quando este se aplica ao artigo 165 ou ao artigo 306 do CTB, pois, o artigo 280 vem a disciplinar os meios e procedimentos a serem aplicados a todas as infrações, ocorre que, cada conduta descrita como infração de

transito, por seu caráter individual, se distingue das outras, e sendo assim, somente parte do referido artigo pode ser aplicado ao caso da embriaguez ao volante, seja no índice administrativo do artigo 165 ou no índice criminal artigo 306, ambos da do CTB.

Vejam os a fragmentação e aplicação do artigo 280 do CTB, a redação do artigo é imperativa, ou seja, uma vez constatada a conduta de dirigir veículo automotor sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa, deverá ser lavrado o auto de infração. Isso significa que a autoridade com circunscrição sobre a via ou seus agentes, deverão lavrar a autuação, sob pena de incidirem no crime de prevaricação.

Quanto aos incisos I, II, e III, não há diferença entre a aplicação do artigo 280 e a conduta dos artigos 165, 306 e os demais artigos do CTB, a qual só começa a surgir no seu inciso IV, onde se lê que “...o prontuário do condutor, sempre que possível”.

Veja-se que essa premissa não se aplica à conduta prevista no artigo 165, nem tão pouco ao artigo 306, pois, não há como imputar ao condutor do veículo, à sua revelia, com a certeza de ‘constatação’ que o condutor está ou não sob efeito de álcool ou de outra substância.

Nesse passo, por mais que o agente de trânsito ou a autoridade com circunscrição sob a via, tenham todos os indícios possíveis de que o condutor se encontra em situação de flagrância, isto é, praticando uma conduta, que coloque em risco a sua integridade física ou a de outras pessoas que utilizem via, como por exemplo dirigindo com velocidade incompatível; não obedecendo aos sinais de parada obrigatória, ziguezagueando pela via, transitando na contramão de direção, ainda assim, por não ter sido constatada a causa ou a razão e origem das infrações, o agente de trânsito somente poderá utilizar do artigo 280 inciso IV para o registro das demais infrações e não as do artigo 165 e 306, pois essa é uma conduta diretamente relacionada à ‘constatação’, não admitindo a interpretação, analógica.

Conforme ensina Damásio de Jesus, o Princípio da proibição da analogia “in malam partem”, Corolário da legalidade, proíbe a adequação típica “por semelhança” entre os fatos, (JESUS, 2011pg51).

A conduta criminal imposta a um infrator da lei deverá ser constatada e provada, conforme previsto no código penal no artigo 13 – “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Isso significa que não é possível a imputação do crime do artigo 306 a uma pessoa sem a real constatação das elementares descritas na redação do crime ou infração do artigo 165.

A fim de melhor esclarecer, vislumbre-se o seguinte exemplo:, por volta das 13 h, um condutor de veículo automotor, ao transitar por uma rua, não respeita a parada obrigatória em um cruzamento, e atropela uma pessoa que estava atravessando

a faixa de pedestres. Em seguida, o condutor do veículo pára, sai do mesmo com andar cambaleante e foge do local sem prestar socorro à vítima. Porém o local é de grande movimentação e possui câmeras de segurança. Por volta das 17h, as autoridades policiais, através de relatos das testemunhas e das imagens das câmeras, descobre a placa do veículo e as condições físicas do condutor. Vai até o local em que se encontra o veículo e verifica no seu interior duas latas de cerveja igualmente constatando que o seu proprietário tem as mesmas características indicadas pelas testemunhas e pelas câmeras de segurança. O proprietário (provável condutor) é levado até a delegacia, por “em tese”, ter praticado o crime de acidente de trânsito, omissão de socorro e fuga de local de crime, descritos no CTB.

Ao ser interrogado o condutor confessa todos os fatos e afirma, ainda, que no horário de almoço ingeriu bebida alcoólica.

Diante de todas essas condições o condutor aceita ser submetido ao teste do equipamento etilometro, o qual não acusa a presença de álcool, então o condutor é submetido ao teste clínico de um médico legista da policia científica, o médico na presença de duas testemunhas não constata que o condutor apresente sinais de estar embriagado.

Diante de todas as condições acima apresentadas, o delegado se não se sentir convicto do estado de flagrância e motivado pela “fundada suspeita”, neste caso, não poderá prender o condutor, de imediato, pela prática do crime do artigo 306 do CTB, pois, não foi constatado que estava ou não sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa no momento do acidente, conforme observância estrita ao artigo 304 § 1º do CPP.

Dessa forma, o condutor poderá ser indiciado pela prática dos crimes do artigo 303, 304, e 305, porém, não pelo crime do artigo 306 do CTB.

No exemplo acima apresentado, o condutor poderá ser indiciado e diante do juiz, o condutor poderá responder a pela conduta apresentada, pois, o código de processo penal no título IV capítulo I disciplina no artigo 155;

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

E mais, o juiz poderá utilizar de outros instrumentos como, por exemplo, as testemunhas, conforme o Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Nos casos de dúvida ou falta de provas de maior peso, poderá ainda ser utilizada prova indiciária, conforme descrito no código de processo penal, no Art. 239 cuja redação segue abaixo:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra, ou outras circunstâncias.

Para somar ao caso em tela acima descrito, pode-se observar que, o legislador utilizando desse instituto legal, fez por incluir como meio de prova, para os casos de embriaguez ao volante, o relatório elaborado pela autoridade de trânsito e seus agentes.

Em princípio, para os casos da infração do artigo 165, e posteriormente, após apresentação a autoridade de polícia judiciária, poderá o condutor ser indiciado pelo crime do artigo 306, sendo que o relatório será elaborado por meios de características e condições apresentadas pelo condutor, e confirmadas por testemunhas.

Quanto à divisão dos meios de prova, para a constatação dos artigos 165 e 306 do CTB, é notório que o legislador, pautado pelo princípio da legalidade, tentou dar o maior número possível de chances, tanto ao condutor quanto ao Estado, para se buscar e tentar alcançar a verdade real, no que diz respeito ao fato de o condutor estar ou não nas condições descritas na lei.

Nesse ponto, é importante observar que os meios de prova para a constatação de infração aos artigos 165 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro, são subdivididos em: exame hematológico, por meio de concentração de álcool no sangue, também pode ser acrescentado o exame toxicológico, para a constatação de outras substâncias, sendo drogas lícitas, medicamentos controlados e drogas ilícitas; exame clínico, elaborado por médico legista da polícia científica ou outro médico, porém com a ratificação posterior do médico legista da polícia científica; teste do etilômetro, a fim de constatar a concentração de álcool por miligrama de ar alveolar expelido pelos pulmões; relatório elaborado pela autoridade de trânsito ou seus agentes, onde conste de forma descrita, o maior número possível de sinais, características e condições apresentadas pelo condutor, e confirmadas por testemunhas e, por fim, outros meios de provas em direito admitidas, com gravações de áudio e vídeo.

Dessa forma, com a inovação legislativa que adicionou enorme gama exames e medidas, torna-se mais fácil, distinguir qual o enquadramento típico da conduta do condutor se infração administrativa (art. 165) ou criminal (art. 306).

### **3. DO ESPAÇO DE TEMPO PARA A CONSTATAÇÃO DA INFRAÇÃO AO ARTIGO 165 E 306 DO CTB**

Alguns dos meios de prova do artigo 165 e 306 do CTB, são diretamente ligados ao tempo de constatação e coleta do material, ou seja, quanto maior o espaço de tempo entre a coleta de provas materiais, como sangue para o exame hematológico, o sopro para o exame do etilômetro, o exame clínico realizado por médico legista, e também sinais notórios, menores são as chances de constatação da embriaguez.

Portanto é imprescindível que exista uma logística e a integração entre os órgãos de fiscalização de trânsito, e as polícias, militar, rodoviária estadual e federal, civil e científica, de forma a alcançar maior eficiência na coleta de provas, relacionadas aos artigos 165 e 306 do CTB, para que as chances de impunidade do infrator sejam minimizadas.

Isso posto, devido às condutas dos referidos artigos, é inegável que estão intimamente relacionadas aos meios de provas diretas e de difícil constatação ou inadmissão de provas produzidas em tempo muito posterior ao do ato da infração.

Considerando que, cada organismo humano possui características únicas, cada pessoa tem uma forma diferente metabolizar os efeitos produzidos pelo álcool no organismo.

Como conseqüência os sinais de embriaguez variam de pessoa para pessoa, quanto ao espaço de tempo de intoxicação e eliminação pelo organismo.

Portanto, quanto mais rápido forem produzidos e coletados os meios de provas, maiores as chances de constatação real dos fatos ocorridos.

Prosseguindo essa linha de raciocínio, é salutar acrescentar que existem algumas possibilidades de se alterar ou de se modificar o resultado real do teste do etilômetro implicando em um resultado para mais, e ou para menos.

Uma alteração para mais, pode ocorrer em razão de o canudo descartável, estar contaminado com álcool e o condutor soprar. Evidentemente que, neste caso o resultado acusará uma maior concentração de álcool.

Porém, se o condutor não encostar a boca no bocal “canudo” e soprar o ar de seu pulmão mais o ar externo, estes se unem e o resultado será inferior ao esperado, o mesmo se dando se o tempo de sopro não for o suficiente.

Frise-se que um resultado alterado de forma premeditada, pode acarretar indícios de conduta de prevaricação ou abuso de autoridade para aquele que opera o equipamento.

#### **4. CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA A ANÁLISE DO ART. 306 DO CTB**

Como visto, o art. 306 do CTB inovou ao possibilitar a constatação da embriaguez, além da prova pericial, por sinais que indiquem a embriaguez ou qualquer outro meio.

Dessa forma, é importante analisar as espécies de provas, a fim de inferir a possibilidade de quais delas se aplica à elucidação da embriaguez.

Com efeito, as provas se classificam quanto ao valor, objeto, sujeito e forma. (CAPEZ, 2011).

Quanto ao valor, para Távora e Alencar (2010, p. 348) leva-se em conta “o grau de certeza gerado pela apreciação da prova”. Nesse passo têm-se: a prova plena, que é aquela convincente, verossímil; e a prova indiciária, em que não se confere certeza sobre o fato, mas mera probabilidade de sua ocorrência.

Quanto ao objeto, têm-se, primeiramente a prova direta, que é aquela que “orienta-se no sentido de demonstrar a ocorrência dos elementos típicos de uma norma que se quer aplicar”. (TORNAGHI, 1997, p. 275). Refere-se ao fato principal e ocorre de forma direta, como no caso da testemunha visual do delito.

Malatesta assevera que essa hipótese “considera o caso de a prova ter por objeto imediato o delito ou algo diverso do delito”, e enfatiza que se refere à “categoria das provas pessoais”, pois “é objeto imediato da verificação e uma prova pessoal direta”. (2001, p. 148/149).

Ainda quanto ao objeto, há a prova indireta, que é aquela que “objetiva outros fatos, estranhos a tipicidade da norma aplicada” e chega-se ao fato principal através do raciocínio, da lógica ou da dedução. (TORNAGHI, 1997, p. 275). Leva-se em conta elementos ou circunstâncias (secundários) como no fato de uma testemunha que presencia o suspeito sujo de sangue deixando o local onde ocorreu crime de homicídio ou o caso de se ter um álibi.

Para Malatesta essa fórmula “supõe o caso de a prova consistir nem elemento incriminatório ou numa coisa diversa do delito, refere-se às provas reais” (2001, p. 149).

Quanto ao sujeito; a prova pode ser, real ou pessoal.

A prova real é a que engloba outras provas como lugar, cadáver, arma, ou seja, provas consistentes em algo externo. “Ex. fotografia, pegadas”, etc. (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 349).

A prova pessoal origina-se do ser humano como os depoimentos da vítima, do agente e das testemunhas.

Malatesta explica que a “prova pessoal de um fato consiste na revelação consciente, feita pela pessoa”.

Quanto à temos a prova testemunhal; documental e material.

A prova testemunhal é aquela oriunda de terceiros que viram ou ouviram os fatos e se formaliza através de depoimentos prestados.

A prova documental é produzida através de objetos e documentos que podem explicitar os fatos ocorridos.

A prova material refere-se ao meio físico, químico ou biológico como o exame de corpo de delito nos crimes que sempre deixam vestígios.

Referindo-se à classificação das provas, as mesmas quanto ao fato podem ser diretas (depoimento de testemunha que viu o fato) e indiretas (depoimento de testemunha que ouviu dizer); quanto à forma podem ser pessoal (afirmação pessoal), documental (escritos) e material (perícias e instrumentos do crime); quanto à formação pode ser pessoal (produção escrita ou oral) e real (uma evidência material como a perda de um membro).

Trazendo-se essa classificação para o assunto ora em estudo, infere-se que, atualmente, todas elas são aplicáveis para a elucidação da embriaguez, incluindo-se aí as provas indiciárias.

Cabe destacar que no capítulo que trata sobre as medidas administrativas, os artigos 276 e 277 após a alteração legislativa, ficaram com a seguinte redação:

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.

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.

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

A primeira análise é referente ao artigo 276, que de forma clara, inclui que qualquer concentração de sangue ou de ar alveolar, sujeitará o condutor as penalidade dos artigos 165.

Essa nova letra da Lei, veio a agregar de forma positiva, ao incluir no a definição “ar alveolar” o que não tinha nas anteriores.

No parágrafo único do artigo 276 o CONTRAN cumpre o seu papel de órgão normativo e consultivo nas matérias referentes a trânsito em todo o território nacional, conforme 7º inciso I da Lei 9.503/97 Código de Trânsito Brasileiro. Dessa forma o CONTRAN por meio da resolução 432/13 e completado pelo anexo 1 da mesma resolução, vem a esclarecer os conflitos e dúvidas geradas pela norma penal em branco implícita na Lei 12.760/13.

No artigo 277, a alteração foi mais significativa e por esse motivo, gerou maior polêmica em alguns sentidos, principalmente quanto à interpretação, em se definir se esse artigo fere ou não o princípio da reserva legal.

O Princípio da Reserva Legal ou princípio da Legalidade Penal determina que só será considerada como Infração penal a conduta prevista como tal na Lei. Se determinada conduta praticada pelo agente não estiver prevista como ilegal pela Lei, ela necessariamente será lícita, livre e impunível por parte do Estado. (JESUS, 2012.)

De outra forma, há quem defenda que, essas alterações nos artigos 276 e 277 se amoldam ao princípio da culpabilidade.

Culpabilidade é um elemento integrante do conceito definidor de uma infração penal. Ele diz respeito à motivação e objetivos subjetivos do agente praticante da conduta ilegal. A culpabilidade aufere, a princípio, se o agente da conduta ilícita é penalmente culpável, isto é, se ele agiu com dolo (intenção), ou pelo menos com imprudência, negligência ou imperícia, nos caso em que a lei prever como puníveis tais modalidades.

Para que se configure plenamente a culpabilidade, ainda é necessário averiguar a presença dos elementos essenciais da culpabilidade, que são a imputabilidade penal; a potencial consciência da ilicitude do fato; e a exigibilidade de conduta diversa. O não cumprimento de um desses elementos exclui a culpabilidade do agente e a infração resta não configurada. (JESUS, 2012)

Também existe uma linha de doutrinadores, entre eles GOMES, que é contrária à redação dada ao artigo 276 e 277, por ferir o princípio da não autoincriminação:

Do princípio da não auto-incriminação além de se extrair o direito de permanecer calado, hoje devidamente normatizado no sentido de que o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, extrai-se, outrossim, a permissão tanto de comportamentos passivos do acusado, como a recusa de fornecimento de material gráfico ou vocal para análise pericial, como também deve incluir o direito de impedir que o Estado possa colher prova que dependa da submissão do interrogando, como coleta de sangue para realização de perícia, ou mesmo o polêmico teste do bafômetro. Essa prerrogativa é manifestação pessoal negativa, assegurando ao sujeito passivo não praticar nenhum ato de prova que lhe decorra prejuízo.

“[...] doutrina constitucional e processual penal brasileira demonstra claramente os percalços os quais surgiriam em função de eventual constrangimento imposto ao condutor para que produzisse prova contra si mesmo. Idêntica conclusão poderíamos extrair de eventual ilícito administrativo criado para punir a recusa a tal colaboração do condutor. Ora, se o direito à não-auto-incriminação adquiriu um status constitucional, é evidente que nenhuma outra regra, muito menos de cunho administrativo, pode servir de instrumento de persuasão para que o indivíduo viole as suas próprias convicções e, especialmente, os seus direitos fundamentais. Se assim ocorre no campo administrativo, igualmente sucederá no Direito Penal, porquanto inadmissível a configuração de crime de desobediência em razão de o condutor negar a sua colaboração para a realização dos testes de embriaguez.

Uma incursão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à aplicação do direito à não-auto-incriminação, revela de igual forma a aversão aos meios de prova os quais violem tal garantia [...]” (JESUS: 2004).

Já na inteligência da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, que considera a aplicação de penalidades e medidas administrativas ao condutor que se recusa a submissão de qualquer procedimento, como os “testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado”, posicionamo-nos, como não podia deixar de ser, ao lado do Doutor Jesus, Damásio, quando assevera que “o direito à não-auto-incriminação adquiriu um status constitucional, é evidente que nenhuma outra regra, muito menos de cunho administrativo, pode servir de instrumento de persuasão para que o indivíduo viole as suas próprias convicções e, especialmente, os seus direitos fundamentais”. Do contrário isto seria genericamente um “dever de falar”, um dever de produzir prova contra si mesmo, ferindo garantias maiores: fundamentais constitucionais. (D’ANDREA, GIOVANNI DUARTE)

Não obstante tais respeitáveis opiniões, ousamos divergir ao nos inclinarmos pela possibilidade de produção de prova por todos os meios, haja vista que se trata de ilícito cuja inibição é por demais importante para sanar o claro problema social em que está inserido.

## **5. FORMAS DE CONTRA PROVA PREVISTAS NO ARTIGO 306 E COMBINADAS COM A RESOLUÇÃO 432/13 DO CONTRAN**

Como já foi dito, não se nega que tanto a alteração vista na lei como por todas as possibilidades também apresentadas pela resolução 432 do CONTRAN, tornaram bem mais fácil a constatação do comprometimento da capacidade psicomotora do agente, seja em razão de álcool ou de outras substâncias.

Face a toda essa “facilidade”, faz-se imperioso questionar se tais meios subjetivos de verificação se revestem, na prática, da legalidade necessária para serem considerados instrumentos informadores válidos de um processo penal, bem como se são suficientes para auxiliar e sustentar uma imputação criminal.

Comentando o assunto o brilhante professor Luiz Flávio Gomes afirma que:

(...) Agora a nova lei seca corre o risco de também “não pegar” porque a interpretação está sendo malfeita. Se o critério é quantitativo, basta que o condutor se recuse a fazer o etilômetro ou o exame de sangue. Restarão os sinais. Ocorre que os sinais são de valoração subjetiva. O policial pára o condutor e nota sinais de embriaguez. Onde vai enquadrá-lo? Na infração administrativa ou no crime? Aqui não existe base para o critério quantitativo. Tudo depende da valoração do policial e, depois, do juiz. (GOMES,2014 pg. 82)

A inovação, portanto, só possui aplicação prática quando o agente se recusa a fazer o referido exame, momento este que, nasce para o Estado o direito de lançar mão de desses vários sinais e características, que servem à autoridade com o fim de auxiliá-la na constatação da efetiva alteração psicomotora do agente. Ocorre que tal verificação na prática, ainda que subsidiária, não deve ser vista como um substituto do bafômetro, pois não é. Deve ser vista como um meio de prova qualquer, que assim como todas as outras previstas em lei, devem guardar respeito com a Constituição.

A necessidade de se distinguir o exame pericial do inciso I do art. 306, dos outros meios de prova vistos no inciso II e complementados pela resolução, faz-se necessário, posto que, embora presentes no mesmo tipo penal se prestem às finalidades distintas e até com valoração diferenciada.

O professor Luiz Flavio Gomes tem um questionamento interessante sobre as diferentes formas de constatação do agente estar ou não embriagado;

E por ser assim é que certamente tal situação desafiará na prática muitas questões, como por exemplo: imagine o indivíduo que faz o bafômetro e não atinge a marca da lei, 0,05 mg/l, mas em contra partida reúne algumas das características vistas na resolução como agressividade, arrogância, exaltação, ironia, falante, dispersão (conforme Anexo II, inciso VI, letra B, itens I ao V Da Resolução 432). Nesse caso o que se levará em conta, o resultado obtido pela perícia ou o instrumento informativo confeccionado pela autoridade fiscalizante? Qual teria maior peso? E mais, se consideraria nesse momento o in dúbio pro societate ou pró réu? (GOMES 2013, pg 48)

Ao que parece, diante das mudanças promovidas, o fato do legislador ter mantido os exames periciais no inciso I do artigo 306, isso certamente servirá para auxiliar não só o Estado, como também o próprio agente, possibilitando que o mesmo demonstre não ter feito uso de bebida alcoólica, ou ainda, no caso de ter feito, demonstrar que não atingiu o limite previsto na lei. Neste caso, a alteração estaria lhe servindo como uma espécie de “excludente”, posto que ainda que o agente apresente no momento da abordagem sinais como: sonolência, olhos vermelhos, odor de álcool no hálito (conforme Anexo II, inciso VI, letra A, itens I, II e VI da Resolução 432), ainda assim, caso o resultado do etilômetro (bafômetro) indique que ele não atingiu a concentração prevista na lei, e considerando que sua direção não apresentava risco, nada lhe poderia ser imputado.

Isto por que, como já mencionado, cada organismo humano reage de forma individual e as substâncias no organismo do agente, com base apenas nas suas características pessoais, até por depender exclusivamente da análise subjetiva da autoridade no local, não se pode, em hipótese nenhuma, ser equiparada em nível de eficácia e certeza, quando comparados com os resultados de um bafômetro ou exame hematológico ou clínico.

É importante a distinção entre a prova pericial vista no inciso I do artigo 306 do CTB, que por possuir critério objetivo, traz no seu resultado grande possibilidade de certeza, diferente daquela obtida pela mera compreensão do agente público, para aquilo que poderia ou não indicar uma alteração da capacidade psicomotora. Esta, que conforme já dito, não possui o condão de indicar a presença de álcool, na verdade, ela se presta apenas como um indicativo de que o condutor não estava em condições normais.

Daí surge outra pergunta: o que seria condição normal? Há quem defenda ou afirme que muitas pessoas, mesmo sob o efeito do álcool, ou justamente por tê-lo feito a ingestão, acabam dirigindo com muito mais cuidado e zelo, do que se não tivessem feito uso de tal substância, enquanto que outras, mesmo sóbrias, já fazem barbáries nas vias. E aí, nesse caso o que seria normal?

## **6. DA POSSÍVEL OCORRÊNCIA DE VÍCIOS NA CONSTATAÇÃO DA CONDUTA DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**

Doravante, visando atribuir maior grau de credibilidade nas constatações, observa-se no artigo 5º, §1º da Resolução 432 do CONTRAN, a necessidade de haver um conjunto formado por várias características:

§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.

Diante dessa situação, o questionamento que surge como natural, é se haverá na prática funcionários públicos e agentes capacitados tecnicamente ao ponto de saber distinguir os sinais, e até mesmo identificar se eles são provenientes do uso de álcool, ou outras substâncias, como por exemplo, uso de entorpecente. Como poderá neste caso a autoridade afirmar, apenas com base naquilo que se vê, qual o tipo de substância que teria sido feito uso?

Todavia, ainda que essa exigência possa querer trazer maior segurança contra abusos e erros, o que se projeta para a realidade futura é justamente o contrário, haja vista que, exigir da autoridade que espelhe em um simples relatório o máximo possível das informações sobre o condutor, revela-se como uma atribuição temerária e por deveras arriscada, dada impossibilidade de se auferir a certeza daquilo que é lançado. Até porque, por ser a autoridade suscetível a vários eventos que podem influenciar no seu “julgamento”, como garantir que efetivamente ela possuirá o

discernimento necessário para se fazer tais constatações. Enfim, são questões levantadas no campo da abstração, mas que devem ser consideradas na prática.

## 7. CONCLUSÕES

É elementar que após o estudo do referido trabalho, será possível concluir que, o objetivo do legislador foi o de proporcionar à sociedade condições seguras no trânsito para que não somente os condutores de veículos, mas, todas as pessoas possam sentir-se seguras de que não serão vítimas de acidentes causados por condutores com o comportamento reflexos alterados e limitados, decorrentes do uso de álcool ou de outra substância psicoativa de efeitos análogos.

É dever do Estado e direito de todo, a “defesa da vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana”

O legislador é obrigado a evoluir de acordo com a sociedade, afinal, é ela que o justifica, afinal, o legislador trabalha para o povo, e as leis devem ser feitas para o interesse coletivo, conforme o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, dessa forma é inadmissível a idéia de que algumas pessoas possam invocar perante o judiciário como justificativa o direito de não serem fiscalizadas quanto ao fato de conduzirem veículos sob o estado de embriaguez, haja vista que, após criteriosa análise dos aspectos legais do Código de Trânsito Brasileiro, conclui-se, tal evasiva não tem mais cabimento.

O legislador, sempre atento aos anseios da sociedade, ofertou ao Estado o maior número de provas, seja pela nova redação do Código de Trânsito Brasileiro, seja na resolução 432/13 do CONTRAN, ambas muito criticadas por parte da doutrina e aplaudidas por outra.

A nova redação do art. 306, juntamente com a do art. 165, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, vieram a somar, os esforços para a redução e combater o elevado número de vítimas com lesões físicas e fatais, decorrentes de acidentes de trânsito, por meio de uma legislação mais atual, integrando duas formas de penalidades, para as infrações aos condutores.

Hoje, é possível analisar uma sensível diminuição no número de vítimas de acidentes de trânsito, causados por condutores sob efeito de álcool ou de outras drogas.

Essa diminuição é fruto de leis com penas mais severas e principalmente do incansável trabalho de agentes de trânsito, policiais, promotoria e judiciário, além de campanhas educativas de trânsito.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Leme/SP: Cl Edijur, 2006.

BRASIL. *Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm)> Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

BRASIL. *Decreto Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em; <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>.

BRASIL. *Decreto Lei 3689 de 03 de outubro de 1941*. Disponível em; <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

BRASIL. *Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997*. Disponível em; <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9503compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm)>

BLOG JUSNAVEGAND. *Távora e Alencar*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28563/classificacao-das-provas-processo-penal#ixzz3MBErkXqG>>

CAPEZ Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, 16 ed São Paulo Ed. Saraiva 2012, volume 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal: parte geral*. De acordo com as leis n. 10.741/2003. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONTRAN. *Resolução N°432/2013*. Disponível em: <[www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>.

D'ANDREA, Giovanni Duarte. "Amplitude do direito ao silêncio". In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8996](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8996)>. Acesso em abril 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

GOMES, Luiz Flavio. *Nova Lei Seca: comentários a lei n. 12760/13 de 10/12/2012*. São Paulo: Saraiva 2013.

\_\_\_\_\_. “Comentários sobre a nova lei seca” – vídeo. In: *JusBrasil*, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/02/02/comentarios-sobre-a-nova-lei-seca>>. Acesso março 2014.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal: parte geral*. 32<sup>a</sup> ed São Paulo: Saraiva 2011, volume I.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Brookseller, 2001.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.