

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

Curso de Direito

**ANÁLISE DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE À LUZ DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS**

Rafael Henrique Segura de Castro

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

Curso de Direito

**ANÁLISE DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE À LUZ DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS**

Rafael Henrique Segura de Castro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em direito, sob orientação do Prof. Dr. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2017

**ANÁLISE DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE À LUZ DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS**

---

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Orientador

---

Florestan Rodrigo do Prado

Examinador

---

Rodrigo Lemos Arteiro

Examinador

Presidente Prudente, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017

O temor do Senhor é o princípio da sabedoria, e o conhecimento do Santo a prudência.

Provérbios 9:10

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por tudo, por sempre guiar meus caminhos, proporcionando sabedoria, força e me guardando, sem ele não estaria aqui.

Agradeço a minha família por sempre me apoiar e acreditar em mim, estando juntos em todo momento, ajudando a superar toda adversidade e dificuldade que surge ao longo da caminhada. Agradeço e dedico também este trabalho ao meu avô José Marques Segura Moreno, que sempre acreditou em mim, dizendo que eu era um orgulho para ele e hoje acredito que do céu ele esteja vendo essa conquista.

Agradeço ao meu orientador Marcus Vinicius Feltrim Aquotti que me concedeu a honra de ser seu orientando e sempre dispôs de seu tempo para me auxiliar, me ensinar e sempre me ajudando com o trabalho.

Por fim agradeço a todos meus companheiros que estiveram comigo, tiveram paciência e me motivaram a nunca desistir.

## RESUMO

O presente trabalho, busca trazer informações sobre os métodos de prova utilizados no delito de embriaguez ao volante, um crime muito comum que acontece com frequência, mas deixa uma questão a ser discutida, que é a legalidade das provas obtidas, tendo em vista que interfere no corpo do agente, portanto deve ser analisado resguardando direitos fundamentais previstos na constituição de forma implícita e explícita, outra discussão alarmante se dá nas intervenções corporais no agente, que muitas vezes pode ultrapassar os limites das garantias fundamentais, visto tudo isso, apresentamos hipóteses que podem ser usadas para que não seja violado o direito do agente, mas também evitar a impunidade do agente que conduz o veículo sob embriaguez causando perigo na sociedade, por fim será exposto a condição do crime de embriaguez ao volante como crime de perigo abstrato e sua aplicação no caso concreto com posição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

**Palavras-chave:** Prova. Embriaguez. Etílico. Princípios. Álcool. Exame. Intervenção corporal. Bafômetro. Prova invasiva. Direitos fundamentais. Processo. Perigo. Trânsito

## ABSTRACT

The present work seeks to provide information about the methods of evidence used in the crime of drunk driving, a very common crime that happens frequently, but leaves a question to be discussed, which is the legality of the evidence obtained, since it interferes in the body of the agent, therefore it must be analyzed protecting fundamental rights foreseen in the constitution implicitly and explicitly, another alarming discussion occurs in the corporal interventions in the agent, that often can surpass the limits of the fundamental guarantees, all this, we present hypotheses that can be used so that the agent's right is not violated, but also to avoid the impunity of the agent that drives the vehicle under drunkenness causing danger in society, finally will be exposed to the condition of the crime of drunkenness at the wheel as an abstract crime of danger and its application in the concrete case with doctrinal position and jurisprudence on the subject.

**Keywords:** Proof. Drunkenness Ethyl. Principles. Alcohol. Exam. Body intervention. Breathalyzer. Invasive proof. Fundamental rights. Process. Danger. Traffic

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2. PROVAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>12</b>
2.1 Conceito .....	13
2.2 Das Espécies de Provas .....	14
2.2.1 Prova pericial.....	14
2.2.2 Perícia médico-legal .....	17
2.2.3 Teste do etilômetro.....	19
2.2.4 Toxicologia .....	20
2.2.5 Prova testemunhal .....	21
2.3 Intervenções Corporais Para a Produção de Prova .....	22
2.3.1 Consentidas e Não Consentidas .....	23
2.3.2 Invasivas e Não Invasivas .....	24
<b>3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL</b> .....	<b>27</b>
3.1 Princípio da Não-Autoincriminação. ....	28
3.1.1 Conceito .....	30
3.1.2 Aplicação no caso concreto.....	30
3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	33
3.2.1 Relativização do princípio da dignidade da pessoa humana.....	34
3.3 Princípio da Privacidade.....	35
3.4 Princípio da Intervenção Mínima .....	37
3.5 Princípio da Presunção De Inocência .....	39
3.6 Princípio da Proporcionalidade.....	40
3.6.1 Proibição do excesso e proibição da proteção deficiente.....	42
<b>4 ANÁLISE DO CRIME E CONSEQUÊNCIAS DA NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DO TESTE DO ETILÔMETRO</b> .....	<b>45</b>
4.1 Análise Normativa do Tipo Penal .....	45
4.1.1 Aspectos históricos da embriaguez ao volante .....	48
4.1.2 Crime de perigo e princípio da precaução.....	49
4.1.3 Embriaguez ao volante somado ao crime de dano .....	51
4.2 Consequências na Recusa do Teste do Etilômetro.....	53
4.3 Requisitos Para Legalidade.....	57
4.4 Entendimento Doutrinário e Jurisprudencial.....	58



<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>62</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar um tema que é discutido com frequência e vem acontecendo de maneira comum na sociedade, que é sobre a legalidade das provas obtidas no crime de embriaguez ao volante, que por sinal é muito comum na prática. O nosso ordenamento jurídico procura se preocupar com a legalidade das provas no processo penal, visto que uma prova obtida de maneira ilegal fere diversos princípios que sustentam o viés republicano do Estado, sendo submetido tal processo à nulidade.

A humanidade tem contato com bebidas alcoólicas desde os primórdios, acredita-se que a bebida alcoólica teve origem na pré-história. De acordo com o site do CISA (centro de informações sobre saúde e álcool) (CISA, 2017, s.p.), a bebida alcoólica surgiu mais precisamente no período Neolítico quando houve aparição da agricultura e a invenção da cerâmica, há cerca de 10 000 anos o ser humano passou a consumir, ainda sobre a parte histórica, na Bíblia Sagrada, encontramos relatos de homens que se embriagaram ingerindo álcool, sendo Noé o primeiro homem a se embriagar de acordo com o livro de Gênesis 9:21.

Com o passar do tempo, diversas mudanças ocorreram na humanidade, como a evolução constante da tecnologia e o surgimento do automóvel. A questão da embriaguez se torna algo preocupante, pois com o passar do tempo o acesso do homem ao veículo só aumenta, fazendo com que estes tenham uma disputa por espaço nas vias públicas, principalmente em grandes metrópoles, o que torna o trânsito mais perigoso.

Com isso começou a surgir vários acidentes envolvendo condutores embriagados, causando mortes e lesões, de modo que se torna muito mais perigoso a combinação entre álcool e veículo, devido à alteração psicomotora do condutor que possa agravar mais ainda os riscos no trânsito demonstrando a necessidade da tipificação da conduta do motorista embriagado, sendo um crime de perigo abstrato, visando proteger as pessoas e até mesmo o condutor de um possível acidente.

Mas o problema surge no momento de provar que o condutor está embriagado, visto que por ser um fato típico, deve haver provas, sendo que tais provas

deverão estar em acordo com a Constituição Federal para que possa aplicar o “*jus puniendi*” do Estado.

Seguindo essa linha de raciocínio, o capítulo 02 irá tratar sobre provas no processo penal, abordando a possível produção de prova do delito de embriaguez ao volante.

Em seguida, no capítulo 03, será abordado as questões referentes aos princípios constitucionais do direito penal, tendo em vista a necessidade de as provas estarem em consonância com os princípios constitucionais.

No capítulo 04, foi feita a análise do tipo penal específico de embriaguez ao volante, bem como as consequências em caso de recusa ao teste do bafômetro, havendo, claro consonância com os princípios abordados no capítulo anterior. Por fim será feita a conclusão do presente trabalho.

Os métodos a serem utilizados neste trabalho serão o indutivo e o dedutivo, indutivo tendo em vista observações empíricas apresentadas, bem como pesquisas realizadas e feitas baseada em caso concreto. Já o método dedutivo partindo das teorias, de acordo com pesquisas em doutrinas e na letra da Lei.

## 2. PROVAS NO PROCESSO PENAL

As Provas são elementos de grande importância para formar o convencimento do juiz, sem provas não é possível aplicar o direito no caso concreto. Ocorre que se discute a legalidade do meio de produzir as provas, visto que a liberdade do indivíduo está em jogo, portanto a produção de provas deve respeitar os direitos fundamentais explícitos e implícitos na Constituição Federal.

Ao longo da história, os meios probatórios são constantemente discutidos no tocante a validade. Na antiguidade, as provas eram produzidas na maioria por meios desumanos e vexatórios, que violava a dignidade humana, geralmente eram produzidas por meio de tortura, suas marcas eram expostas, o que os deixavam em uma situação vexatória.

O professor Luiz Regis Prado (2010, p. 23) assevera que:

*Em eras pretéritas, o ilícito penal aparece contemplada em uma dimensão eminentemente teológica ou privada. Assim, na união social pré-histórica, que se funda na comunidade de sangue e ainda não se distingue o mandamento de Deus do estatuto dos homens, o crime é um atentado contra a divindade e a pena é a eliminação ou expulsão dos agressores à associação cultural, se bem que como sacrifício à divindade, num primeiro momento. O delito é, antes de tudo e sobretudo um pecado.*

Com o passar do tempo, houve uma constante evolução no direito, bem como no meio de produção probatória, não se tem mais admitido tortura como meio probatório, mas se tem buscado preservar o a dignidade pessoal, surgindo diversos princípios constitucionais. Contudo, hoje em dia é necessário total cuidado no meio de produção de provas, de tal maneira que não viole os direitos do indivíduo acusado, sob pena de nulidade dos atos processuais.

Atualmente, o processo penal brasileiro possui a natureza bifásica, ou seja, possui duas fases, fase investigatória e fase processual. A primeira possui a característica inquisitiva de produção de provas, sem necessidade de ser debatida em contraditório, contudo devendo respeitar a pessoa do acusado, preservando seus direitos fundamentais. Enquanto que a fase processual, se iniciando com a denúncia,

irá se utilizar das provas produzidas na primeira fase e também produzirá provas, no entanto nesta fase todas as provas deverão ser debatidas em contraditório.

## 2.1 Conceito

Para conceituar a prova, de início apresenta-se um raciocínio simples, “Prova é todo elemento de convicção sobre determinado fato” (MAGNO, 2008, p. 124), ou seja, é todo elemento trazido ao processo que visa demonstrar um fato, a veracidade de uma afirmação, existência de algo, pode ser trazida pelas partes com a finalidade de formar o convencimento do julgador, “(*narra mihi factum dabo tibi jus* – narra-me os fatos que lhe dou o direito)” (ESTEFAM, 2008, p. 15). O juiz por sua vez, não conhece dos fatos e não poderá julgar por sua íntima convicção, justamente por não ter conhecimentos sobre tais fatos ocorridos, Magno (2008, p. 129) conceitua prova:

*Para o Prof. Nucci (2004, p. 327), o termo prova origina-se do latim – probatio -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo “provar” – probare -, significando ensaiar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (MAGNO, 2008, P. 129)*

Caberá ao juiz analisar as provas obtidas no processo e julgar de maneira fundamentada e imparcial. Caberá também ao juiz, analisar a legalidade das provas, pois em que pese uma prova possa revelar um fato importante para o processo, de nada valerá se o meio de obtenção a tornar ilícita, tendo em vista que o Art. 5º, LVI da Constituição Federal invoca a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Em resumo, as provas se mostram necessária para formar o convencimento do juiz, uma vez que não se conhece o caso concreto sem que haja análise probatória do que realmente aconteceu, as provas indicam o que houve no contexto fático

## **2.2 Das Espécies de Provas**

Existem diversas espécies de provas, sendo analisadas conforme o tipo de obtenção de todas elas, este tópico falará das possíveis espécies de provas no delito de embriaguez ao volante e sua relevância no processo, sendo a prova pericial, exame clínico, teste do etilômetro e intervenções corporais, como exame de sangue. É de suma importância ressaltar que cada espécie de prova é fortemente discutida pela doutrina, tendo em vista como objeto de discussão os direitos fundamentais.

“Ainda sim, será feita uma análise, prova a prova, de modo que possam ser conhecidas as particularidades de cada instrumento de convicção” (MAGNO, 2008). Sendo utilizadas mediante a necessidade do caso concreto, pois cada fato terá uma forma própria de prova.

### **2.2.1 Prova pericial**

A prova pericial consiste em uma prova obtida através da perícia de um técnico com conhecimentos específicos. “Perícia é exame feito por técnicos com o objetivo de auxiliar o juiz no conhecimento específico de determinada situação” (MAGNO, 2008, P. 128). Tal espécie de prova é feita pelo fato do juiz não ter tais conhecimentos sobre o ocorrido, portanto faz-se necessário a intervenção de um perito com conhecimento próprio para que possa emitir seu laudo e servir para informar o juiz sobre um determinado fato com o conhecimento que o perito possui.

“A perícia é o exame procedido por pessoa técnica habilitada. Tais exames são de natureza variada” (FULLER; JUNQUEIRA; MACHADO, 2012, p.144), ou seja, os exames periciais podem possuir natureza de exame grafotécnico, insanidade mental, bem como local do crime, entre outros. Podendo a perícia ser exame de corpo de delito.

O exame de corpo de delito tem a finalidade de provar materialidade, podendo conhecer acerca da existência ou não de infração penal. “É o exame pericial obrigatório destinado a comprovar a materialidade das infrações penais não

transeuntes (que deixam vestígios)” (ESTEFAM, 2008, P. 36). Um exemplo é o exame necroscópico nos crimes de homicídio, atestando a morte de alguém. “O corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal” (FULLER; JUNQUEIRA; MACHADO, 2012, p.146), tendo em vista que existem crimes que no plano microscópico causa um cataclismo, deixando vários vestígios que podem até ser invisível ao olho nu, o exame de corpo de delito tem a função de decifrar tais vestígios.

Vale frisar que nem todo crime deixa vestígios no local, impossibilitando a realização do exame de corpo de delito, nesses casos, a prova testemunhal pode ser admitida para corroboração das provas, lembrando que a confissão do agente não pode por si só considerar a existência de infração penal.

As provas periciais, não possuem valor absoluto, podendo o magistrado rejeitá-las, como prevê o art. 182 do Código de Processo Penal: “Art. 182. *O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*” Portanto não se pode considerar que o magistrado estará vinculado ao laudo feito pelo perito, podendo rejeitá-lo fundamentando a sua decisão.

Ao falar de perícia é importante estudarmos a figura do perito. O perito pode ser classificado de duas formas, sendo o “perito oficial” e o “perito louvado”. Sendo este primeiro o funcionário público, devidamente em exercício, que realiza suas atividades em função de ofício, sua atuação está voltada exatamente para a prática pericial. André Stefam (2008, p. 31) nos remete ao princípio da perícia oficial.

*O CPP adotou o princípio da perícia oficial, segundo o qual os exames periciais devem ser realizados, de regra, por perito oficial, portador de diploma de curso superior. É importante assinalar que o art. 159, caput, com redação da Lei 11690/2008, estabelece que, nesse caso, basta um expert para a validade do exame. De ver que, no caso de perícias complexas, faculta-se a realização do exame por mais de um profissional (art. 159, §7º).*

Em alguns casos, o magistrado pode se encontrar com uma situação na qual a colaboração do perito oficial não irá servir para formar seu convencimento, sendo necessário nomear um especialista, que receberá o nome de “perito louvado”

ou “perito nomeado”. O juiz, então, se socorrerá de profissionais que lhe mereçam confiança. Trata-se, agora, do “louvado” ou “nomeado” (MARANHÃO, 1995).

Existem vários meios de perícia, existem assuntos cuja autoridade judiciária precisa de alto nível de conhecimento científico, sendo necessário um profissional da área, Odon Ramos Maranhão (1995, p. 31) nos traz um exemplo interessante de perícia médica.

*Tratando-se de matéria médica, o observador terá que ser médico, e por isso, a perícia no caso será uma perícia médica. Aliás, não pode de outra forma, pois o exame de matéria médica não só requer formação profissional adequada, como só pode ser feito dentro de normas éticas específicas. (MARANHÃO, 1995, P.31).*

O Código De Processo Penal regula acerca da nomeação do perito nomeado em seu art. 159, § 1º Art. 159 §1º CPP. Não havendo peritos oficiais, o exame será feito por duas pessoas idôneas, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica”

No crime de embriaguez ao volante, podemos analisar as possíveis provas periciais obtidas, como exame clínico, teste do bafômetro e demais intervenções corporais realizadas no agente para que possa ser constatado ou não a embriaguez. Neste caso o perito que realizará o exame clínico, bem como intervir no corpo do agente é o médico, não havendo possibilidade de ser outro.

Há de se pensar acerca dos sinais de embriaguez que o agente possa apresentar, no entanto, terá um valor probatório mínimo, sendo necessária a corroboração com outras provas para que se possa realizar um juízo de valor, tendo em vista que a embriaguez é algo que envolve o organismo humano, possui caráter eminentemente subjetivo, portanto faz-se necessária uma certa invasão no corpo do agente, veremos, portanto, a seguir os possíveis exames que podem constatar de início, sinais de embriaguez.

Deve-se levar em conta também o fato de que a prova pericial por ser técnica não poderá haver dúvidas, devendo versar sobre a situação fática de forma objetiva.



### 2.2.2 Perícia médico-legal

Em se tratando de perícia médico-legal, entramos no campo dos exames, feitos como perícia médica. Para a realização do exame clínico, existem vários testes que podem ser utilizados verificando se há constatação de embriaguez, assim como explica o conceito de Pentilla, citado por Honorato (PENTTILÂ, 1976 apud HONORATO, 2009 p. 36).

*Um método pelo qual vários testes simples que descrevem a operação de várias funções psicomotoras são utilizados e os resultados dos testes são usados para tirar conclusões sobre o grau de intoxicação e usado com propósitos médico-legais e judiciais”.*

Na prática, quando o agente é abordado pela polícia e apresenta sinais de embriaguez, será submetido ao teste do bafômetro, podendo até recusar a realização do teste. Com a recusa, os policiais poderão conduzir o agente para a delegacia, para que seja feito o registro do fato e posteriormente conduzido aos estabelecimentos médicos (próprios ou IML) para que seja realizado o exame.

Neste último ato, por ser uma ordem legal, poderá caracterizar crime de desobediência (Art. 330 Código Penal), ou seja, o agente deverá se submeter aos exames referidos no art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro.

*Art. 277 CTB. 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.*

O que pode gerar diversas discussões, tendo em vista a violação do princípio da não auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere*). Pois, se entende que neste caso o agente estaria contribuindo para a produção de prova contra si mesmo.

No exame clínico, o agente se submete às condutas que irão demonstrar se o ele está com a capacidade psicomotora alterada, o que se torna mais viável que o próprio teste do bafômetro, visto que este último teste possui uma carga enorme de objetividade, pois atesta o grau etílico no agente, de forma bem objetiva, tendo em vista que para que haja embriaguez é necessário que haja um número igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue e 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar, no entanto, a redução da capacidade psicomotora é algo subjetivo, tendo em vista que cada pessoa possui uma reação diferente ao álcool.

Acerca dos testes do exame clínico, Cássio Mattos Honorato destaca dois testes, sendo o *teste de Romberg* e *teste do Nistagmo* (HONORATO, 2009, p. 37).

*O denominado Teste do Nistagmo constitui “o mais importante dos sinais de intoxicação pelo álcool etílico”. Nistagmo consiste no “movimento involuntário do globo ocular quando existe um distúrbio vestibular ou do controle oculomotor”.*

Ainda sim HONORATO continua dizendo que: “O teste do Nistagmo consiste em exame altamente técnico, que exige conhecimentos profissionais médicos e treinamento do perito-examinador. (HONORATO, 2009, P. 37) ”.

Já em relação ao teste de Romberg, Honorato (2009, p. 38), traz a seguinte definição.

*Ao teste de Romberg podem ser associados testes “dedo-dedo”, “dedo-nariz” e “calcanhar-joelho”, de modo a formar o “número quatro” com aspernas. Esse conjunto de testes tem por finalidade avaliar a coordenação motora do indivíduo intoxicado. Os resultados desse exame levam em consideração três graus de comprometimentos, sendo eles: 1. Suave balanço, centrado na região dos ombros; 2. Balanço com eixo na região dos quadris; 3. Queda.*

Honorato finaliza a definição de exame clínico dizendo que (2009; p. 38):

*A importância do exame clínico com meio de prova de embriaguez ao volante é inquestionável; principalmente em relação à influência de “substâncias*

*psicoativas” (diversas do álcool), vez que os etilômetros não são capazes de detectar a presença dessas outras substâncias.*

Em relação ao exame de sangue há uma intervenção corporal invasiva no corpo do agente, também alvo de diversas críticas, no entanto, iremos falar sobre tal modalidade no próximo tópico específico sobre intervenções corporais.

### **2.2.3 Teste do etilômetro**

A título de considerações gerais, o teste do etilômetro vem sendo usado de maneira frequente em abordagens de trânsito cujo há uma suspeita de embriaguez do condutor abordado. Ao realizar a abordagem o policial irá utilizar um aparelho de ar alveolar, para que o agente suspeito de embriaguez se submeta a soprar tal aparelho a fim de constatar o teor de álcool no sangue.

No sistema brasileiro, os aparelhos de etilômetro, são considerados como testes comprobatórios (HONORATO, 2009, P. 33). Ou seja, são meios de prova previstos em lei, no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, sendo que a recusa configura até mesmo infração administrativa, caracterizada como gravíssima conforme prevê o Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 165-A.

*Art. 165-A, CTB: Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar a influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277.*

A recusa, prevista neste dispositivo gera infração gravíssima, cujo as penalidades são multa, suspensão do direito de dirigir por 12 meses, recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo mesmo código, o Artigo 277 CTB, diz que:

*Art. 277 CTB: 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.*

Sendo assim, surgem diversas discussões na doutrina acerca da legalidade destes dispositivos, tendo em vista que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ainda nesse sentido, é importante ressaltar que o teste apresenta características objetivas para constatar a embriaguez, sendo que notadamente a embriaguez é subjetiva, tendo variações diferentes nos indivíduos.

Acerca do bafômetro, o professor Guilherme Souza Nucci (1999, p. 45) traz a sua definição:

*Pode-se definir bafômetro como um aparelho que “consta de dois conjuntos: um destinado à purificação da amostra de ar e outro para a dosagem alcoólica propriamente dita. No conjunto destinado à purificação do ar, a amostra passa através de um hidrocarboneto do petróleo que condensa a umidade do ar e retém partículas orgânicas sólidas. No conjunto de dosagem alcoólico, o ar proveniente do primeiro conjunto, e, devidamente purificado é preso em uma válvula de captação e escoado através de uma torneira para um ampola-teste que contém o reagente oxidante e o catalisador. Adaptada à válvula de captação de ar há uma seta que desliza sobre a escala graduada.*

Visto isto, percebe-se que a maneira como é usado o aparelho, pode gerar discussões, tendo em vista que seu funcionamento depende do sopro do agente, tal discussão será abordada mais adiante.

#### **2.2.4 Toxicologia**

A Toxicologia é um instituto da medicina legal que visa estudar os efeitos tóxicos presentes nos seres humanos, geralmente causados por algum tipo de substância, forte o suficiente para danificar o organismo, ou alterar o comportamento do agente.

Este tópico será mais precisamente para falar sobre o alcoolismo, sendo uma espécie de toxicomania, enquadrando-se ao estudo em questão. Basicamente,

o alcoolismo é o estado de dependência em que se encontra o indivíduo classificado como alcoólatra, que se encontra na necessidade do consumo de álcool, Odon Ramos Maranhão, apresenta o conceito de alcoólatra, conceito este retirado da Organização Mundial de Saúde (OMS). (MARANHÃO, 1995, p. 366):

*Alcoólatras são bebedores excessivos, cuja dependência do álcool chega a ponto de acarretar-lhes perturbações mentais evidentes, manifestações afetando a saúde física e mental, suas relações individuais, seu comportamento sócio-econômico ou pródromos de perturbações desse gênero e que, por isso necessitam de tratamento.*

Ainda seguindo a linha de raciocínio, Maranhão nos traz a idéia de que para enquadrar alguém como alcoólatra são necessários analisar o hábito e a dependência. (1995, p. 366).

*Dependência é “um estado psíquico e, às vezes, também físico, resultante da interação entre um organismo vivo e uma substância, caracterizado por um comportamento e outras reações que incluem sempre compulsão para ingerir a droga, de forma contínua ou periódica, com a finalidade de experimentar seus efeitos psíquicos e às vezes para evitar o desconforto de sua abstinência. A tolerância pode existir ou faltar e o indivíduo pode ser dependente de mais de uma droga”. A dependência assim implica o uso de doses crescentes e a existência de uma síndrome de abstinência.*

Visto isso, percebemos que é necessário trabalhar com a análise do indivíduo e sua abstinência, desejos pelo álcool, pois aperfeiçoando os estudos a respeito pode-se criar mecanismos para moderar a situação.

### **2.2.5 Prova testemunhal**

A prova testemunhal se faz presente em qualquer delito na qual obviamente existe alguém que possa ser caracterizada como testemunha do fato ocorrido. Trata-se de prova pessoal, a prova testemunhal merece cuidados, pois como

envolve um depoimento de uma pessoa, pode ocorrer erros que comprometem o processo, por conta disto existe o crime de falso testemunho.

A prova testemunhal, tem um valor abaixo da prova pericial, pois como dito anteriormente pode ocorrer falhas, no entanto atinge um valor maior quando não há outro meio de comprovar materialidade. No crime de embriaguez ao volante, vale a atenção das testemunhas do fato, caso não seja possível provar a embriaguez, o que é difícil de acontecer, tendo em vista que a lei atual estabelece meios facilitadores para constatação de embriaguez.

O artigo 165 do Código de Processo Penal nos traz a figura da prova testemunhal em caráter supletivo, na qual é usada caso não seja possível o exame de corpo de delito.

Art. 165 CPP “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”

Dessa forma vemos a possibilidade de seu uso no caso de não haver o teste do etilômetro ou exame clínico, seja pela recusa do agente ou por meio de impossibilidade do uso do corpo de delito e demais perícias.

### **2.3 Intervenções Corporais Para a Produção de Prova**

Ao falar em conceito de intervenção corporal, André Luiz Nicollit e Carlos Ribeiro Wehrs (2014, p.5) afirmam que “elaborar um conceito de intervenção corporal, não é tarefa fácil”, basicamente seria algo retirado do corpo humano, o que pode ser um problema, afetando diversos direitos fundamentais.

Existem alguns crimes que é necessária uma intervenção corporal em uma das partes, é muito mais fácil ocorrer tal intervenção corporal com o sujeito passivo, a vítima que deseja acionar o judiciário, como por exemplo, a vítima de estupro que se submete a exames médicos para que se possa chegar ao autor da conduta, com isso faz todo sentido o estupro ter a natureza de pública condicionada a representação da vítima, pois a mesma poderá se sentir constrangida pelo fato de realizar tal exame, bem como conviver com o processo abalando seu psicológico.

A parte difícil ocorre quando a intervenção corporal se dá no sujeito ativo, no autor do fato, pois a conclusão lógica que chegamos é que o mesmo não deseja ser submetido em nenhum exame, e nem poderia, tendo em vista que estaria contribuindo para a produção de prova contra si mesmo violando a máxima do “*Nemo tenetur se detegere*”.

Para que haja legalidade na realização das intervenções, é necessária a existência de lei prevendo tal medida, bem como a decisão judicial em acordo com a lei e aplicação dos princípios da proporcionalidade, privacidade, entre outros, visando assegurar um devido processo legal, atendendo ao contraditório e a ampla defesa, não expondo o agente a medidas vexatórias e degradantes, nem de maneira que invada a sua esfera de intimidade.

### **2.3.1 Consentidas e Não Consentidas**

Intervenções corporais consentidas, como o próprio nome diz, são as intervenções realizadas com o consentimento do sujeito, a contrário sensu as intervenções não consentidas, não são autorizadas pelo sujeito passivo da medida.

Ao se falar de intervenções corporais consentidas, é importante frisar que para ser consentida deve haver consentimento livre e expresso de maneira inequívoca, não sendo considerada como consentida a intervenção tácita. Como destaca a doutrina argentina de Alberto Binder (2002, p. 189) citado por Nicollit e Wehrs (2014, p. 15):

*Levando em conta o desenvolvimento histórico das garantias fundamentais e as práticas atuais, é prudente se exigir algum tipo de prova do consentimento por parte dos agentes, que por exemplo, ingressam em um domicílio, sem mandado, com o consentimento do morador.*

Nesse sentido, Nicollit e Wehrs (2014, p. 16), asseveram também que:

*A doutrina argentina, encontra respaldo na legislação portuguesa, na medida que o CPP de Portugal, prescreve que as buscas pessoais, podem ser realizadas sem autorização judicial, mas com o consentimento documentado do agente. Mas lamentavelmente, o CPP brasileiro não demonstrou preocupação com a formalidade do consentimento.*

Existem diversas discussões acerca de atos e procedimentos que dependam do consentimento do agente, na qual algumas vezes é vedada a intervenção corporal, ainda que haja consentimento formal, por se tratar de direitos indisponíveis.

### **2.3.2 Invasivas e Não Invasivas**

A intervenção corporal também pode ser invasiva ou não invasiva, entende-se por invasiva. “Penetração no organismo humano por instrumentos ou substâncias em cavidades naturais ou não” (NICOLLIT; WEHRS, p. 17), nesse sentido podemos então classificar como invasivo, qualquer exame que tenha contato interno com o corpo humano, a exemplo de injeções, exame ginecológico, endoscopia, entre outros.

Nesse sentido, voltando ao assunto do exame de sangue, estaremos diante de uma intervenção invasiva, por penetrar no organismo humano, deve-se manter todo o cuidado ao elaborar tal exame, seguindo os requisitos de legalidade, como por exemplo, uma lei prevendo tal medida, ainda sim é objeto de discussão, pois de um lado temos o *jus puniendi* estatal, visando realizar o meio de prova preciso para a aplicação do direito, enquanto no outro lado temos os princípios fundamentais que poderão ser afetados.

Já em relação à intervenção não invasiva, Nicollit e Wehrs (2014, p. 17) também nos explica que “embora tenham foco no corpo humano vivo, não provocam penetração no organismo”. Ou seja, aqui fica claro identificar o que seria a intervenção não invasiva, podendo ser alguns testes do exame clínico, desde que não tenha contato com o organismo. Uma intervenção muito comum no dia-a-dia seria a impressão digital.



Ainda assim, Nicollit e Wehrs (2014, p.17) explicam sobre intervenções leves e graves invocando a doutrina espanhola:

*Na doutrina espanhola, classificam-se também as intervenções corporais em leves e graves. As intervenções leves seriam aquelas que resultariam admitidas diante de uma ponderação entre os interesses individual e social em conflito, notadamente em razão da proporcionalidade entre a medida e a gravidade do delito investigado. Nesse terreno, ilustra-se com as intervenções que importem em corte de cabelo, barba, eletrocardiograma e tomadas de fotografia, dentre outras.*

Continuando (NICOLLIT; WEHRS, 2014, p.18):

*No campo das intervenções graves, temos aquelas que nem a gravidade do delito investigado pode supor sua admissão, ou seja, não há ponderação que a justifique. Nesse campo, indicam-se como exemplos as ordens para desnudar e fazer flexões. As medidas graves são intensamente invasivas, como os registros anais e vaginais.*

Essa classificação, entre intervenções leves e graves, nos remete à ideia de que há uma diferença no meio de intervenção, de acordo com a forma com que o sujeito é submetido, notamos que, corte de cabelo e eletrocardiograma, por exemplo, são intervenções de natureza leve, ao passo que desnudar o sujeito, fazê-lo passar por situação vexatória é de natureza grave. No entanto, parte da doutrina não aceita tal distinção, classificando todas como grave, conforme preceitua os autores Nicollit e Wehrs (2014, p. 18):

*Parte da doutrina, por sua vez, afirma que essa classificação em intervenções graves e leves é um equívoco inadmissível. Todas as intervenções corporais sejam as inspeções, registros ou intervenções em sentido estrito, por afetarem direitos fundamentais devem ser consideradas graves e, portanto, devem cumprir os mesmos requisitos que as legitimam, ou seja, os órgãos jurisdicionais são os únicos que podem autorizá-las.*

É possível entender então os motivos de diversas discussões acerca da legalidade ou não de tais procedimentos, pois em que pese pareçam ter um grau

relevante de efetividade, é necessário o resguardo de direitos fundamentais para que não venha causar constrangimento ao agente, podemos perceber que não é algo simples de se resolver no âmbito do direito, visto que por um lado há a necessidade de tipificação da conduta para evitar mortes e lesões no trânsito, por outro lado há o resguardo dos direitos e garantias do agente, o que proíbe o Estado de ultrapassar os limites de intimidade do agente.

### 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL.

A nossa constituição é garantista, visando a qualquer custo proteger os direitos e garantias fundamentais, tendo em vista também os acordos internacionais de direitos humanos, com isto, há diversos princípios para reger a proteção dos direitos humanos.

Princípios, são espécies de normas que são valores constitucionais, devendo ser respeitados para assegurar e aplicar o direito no caso concreto, os princípios são de suma importância no direito, tendo relevância em todas as áreas, regendo inúmeros casos.

Existem casos em que há confronto de princípios, nesses casos deverá haver uma ponderação, sopesamento, prevalecendo o que melhor convém para a justiça no caso concreto, no entanto, o princípio perdedor não deixa de existir no ordenamento jurídico e é aplicado normalmente.

Os princípios fundamentais no direito penal é o principal norte para a proteção de bens jurídicos relevantes para o direito penal. O professor Luis Regis Prado (2010, p.55) assevera que:

*Para seleccionar o que deve ou não merecer a proteção lei penal – bem jurídico -, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são vigas mestras – fundantes e regentes – de todo ordenamento penal*

Alguns dos princípios penais apontam o caminho de um direito penal minimalista, como explica EDIHERMES MARQUES COELHO (2003, p. 17):

*Há um conjunto de princípios que servem como diretrizes interpretativas e aplicativas das diversas normas penais (incriminadoras e não incriminadoras). E, dentre eles, alguns têm uma conotação muito especial: apontam o caminho do minimalismo, entendido que este caminho deve ser seguido – embora com ressalvas – pelo Direito Penal contemporâneo.*

Os princípios constitucionais, estão no ápice do ordenamento jurídico, em nível constitucional, sendo que todo ramo do direito deverá respeitar. Não é diferente com os crimes de trânsito, em especial o crime de embriaguez ao volante que é muito discutido nos tempos atuais, a seguir será exposto alguns princípios que poderão ser o Norte para qualquer discussão acerca do tema.

### 3.1 Princípio da Não-Autoincriminação

O princípio da não-autoincriminação, vem do latim “nemo tenetur se detegere” é sem sombras de dúvidas um dos temas de maior polêmica no ordenamento jurídico brasileiro, mas antes de conceituar e explicar sobre tal garantia, devemos estudar sua história, olhar o passado, retornar às suas origens para que haja melhor compreensão sobre o assunto. “Em obséquio à metodologia clássica das ciências sociais, acentua-se que não há como compreender a extensão e os objetivos contemporâneos da garantia sem lançar os olhos para seu passado” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 5).

Voltando no tempo, podemos extrair suas raízes nos tempos medievais, época dominada pelas Cortes Eclesiásticas. Wagner Marteleto Filho nos remete à origem da garantia no jus commune medieval. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 5):

*De início, pode-se anotar que a garantia contra a auto-incriminação deita suas remotas raízes no jus commune medieval, tendo acento no direito canônico através da fórmula nemo tenetur se ipsum prodere (ninguém é obrigado a acusar a si mesmo).*

Nesse sentido, Continua (MARTELETO FILHO, 2012, p. 5-6):

*Há, no entanto, um intenso e caloroso debate doutrinário acerca das verdadeiras fontes da garantia, sustentando, alguns estudiosos, que esta, sob a fórmula anglossaxônica do privilegie against self incrimination, foi um produto das disputas travadas entre as Cortes do common law e as Cortes Eclesiásticas, entre os séculos XVI e XVII, na Inglaterra. Outros situam o berço da garantia nos séculos XVIII e XIX, com a permissão do exercício da*

*defesa por meio de advogados – até então vedada nas cortes do Common law -, e com a superação do sistema conhecido como accused speaks.*

Foi estabelecido, portanto, a garantia pelas leis canônicas da época. “As leis canônicas medievais – que compunham a metade eclesiástica do *jus commune* -, continham a regra de que nenhuma pessoa é compelida a acusar-se a si mesma” (MARTELETO FILHO, 2012, p.6). Havendo então uma fonte importante da garantia no “*jus commune*”, sendo o direito comum nos tempos medievais.

Posteriormente, chega na Europa o sistema inquisitorial, como uma negação do *nemo tenetur*, pois com a queda do Império Romano, há a ascensão do cristianismo, tornando-se a religião principal, havendo a fusão entre Estado e Igreja, dando ensejo ao sistema inquisitorial sendo a Santa Inquisição, a fim de combater a heresia com uma perspectiva teocentrista da sociedade.

O sistema inquisitorial é conhecido pelos tribunais religiosos no século XIII, na Europa, concentrada na Espanha e Portugal, (MUNDO ESTRANHO, 2011 sp), onde julgavam, torturavam, até mesmo queimavam vivos aqueles a quem a Igreja acreditava ser herege, sendo que na maioria dos casos o réu nem sabia o motivo de estar sendo julgado, bastando haver duas testemunhas. A situação do réu neste cenário se tornava precária, nem havendo defesa, o réu ainda era compelido a confessar seus supostos crimes para que haja “purificação” pelos seus pecados, mas de qualquer forma era torturado e morto. Visto este cenário degradante, a garantia de não se acusar cai por terra, tornando um verdadeiro Estado inquisitivo.

A cultura civilizatória foi se posicionando gradativamente contra as atrocidades do sistema inquisitivo (GOMES, 2010, s.p.). Com o passar do tempo, a era Teocentrista foi deixada de lado, nascendo, portanto o que se chama de antropocentrismo, fazendo com que a sociedade comece a pensar no homem como o centro de todas as coisas na visão humana, com isso surge os direitos fundamentais, trazendo à tona novamente o *nemo tenetur* e outras garantias inerentes ao ser humano.

### 3.1.1 Conceito

O Princípio da não autoincriminação, é o princípio na qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou colaborar para sua incriminação; tal princípio decorre do Pacto de São José da Costa Rica, que nada mais é que a Convenção Americana de Direitos humanos, sendo muito aplicado nos países signatários tornando a garantia um direito de todo cidadão Cássio Mattos Honorato (2009, p. 27) diz que:

*Esse direito, que já poderia ser extraído do princípio da presunção da inocência, passou a integrar expressamente o ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica).*

O direito a não-autoincriminação, está presente em todas as áreas do direito, sendo usada até mesmo no âmbito do direito civil, como por exemplo, a recusa na extração de D.N.A na investigação de paternidade. No direito penal, a garantia da não-autoincriminação, estabelece alguns direitos, como também o direito ao silêncio, que decorre deste princípio.

É uma garantia antiga, passada por diversas transformações, como dito no tópico anterior, sua origem está no “*jus commune*” medieval e sua aplicação vem evoluindo com a história. Com o advento do Pacto de São José da Costa Rica, vários países estão de acordo com a garantia que é aplicado rigidamente em seus ordenamentos jurídicos.

Visto este breve conceito, vale falar sobre sua aplicação no caso concreto, pois tal assunto é aplicado de maneira polêmica e vem causando grandes repercussões na prática.

### 3.1.2 Aplicação no caso concreto

Antes de entrar no assunto da aplicação da garantia da não autoincriminação, vale analisar a não-autoincriminação no plano dos princípios e no plano das regras, como ensina WAGNER MARTELETO FILHO (2012, p. 3):

*No nível da regra – onde se define, claramente, o que se deve fazer – tem-se que o acusado não pode ser compelido a prestar declarações por ocasião de interrogatórios formais, atuando como testemunha contra si mesmo; não pode, outrossim, ser constrangido a praticar conduta ativa que introduza informações ao processo.*

Continuando (MARTELETO, 2012, p3):

*No plano do princípio, observa-se que a garantia outorga um direito, prima facie, de não cooperação com a produção de prova, seja ativa ou passivamente. Esse suporte fático amplo inclui no âmbito de proteção da garantia, todas as posições que outorguem, ao imputado, o direito de se recusar a cooperar com a produção de prova potencialmente criminosa.*

Ou seja, há uma diferenciação entre princípio e regra, em que pese seja utilizado a mesma linha de raciocínio para aplicação no caso concreto, como dito anteriormente, entende-se que princípios e regras são espécies de norma, sendo que princípios são valores constitucionais na qual o indivíduo pode-se valer para resguardar seus direitos, enquanto regra está claramente no ordenamento jurídico como uma norma a ser cumprida.

Seguindo essa linha conceitual acerca de norma-princípio e norma-regra, notamos que em determinado caso, pode ser que haja confronto entre princípios, ou seja em um caso um princípio pode entrar em contradição com outro, dessa forma a resolução é através da ponderação de valores, na qual dependendo do caso concreto, um princípio pode vencer outro, sem revogar o princípio derrotado.

No plano da regra é diferente, pois uma regra, ao entrar em confronto com outra regra, automaticamente revoga a regra derrotada, seja pelo critério cronológico ou especial. Em regra, não existe, portanto, ponderação de regras.

Importante salientar que as normas princípios e normas regras, são fontes imediatas do direito, acerca das fontes do direito, a obra de EDIHERMES COELHO (2003, p. 23) nos informa que:

*As fontes de conteúdo do Direito Penal classificam-se em fontes imediatas e fontes mediatas. As fontes imediatas são aquelas que acabam incidindo, em termos finais, sobre os fatos regulados. Compreendem os princípios jurídicos-penais (norma princípio) e as regras (normas penais legisladas). Já as fontes mediatas se referem a instâncias de produção de conteúdos penais voltados para a interpretação e aplicação das fontes imediatas aos fatos concretos. Pode-se dizer, assim, que as fontes imediatas têm o foco nos próprios fatos regulados, enquanto que as fontes mediatas têm o foco nas fontes imediatas.*

Percebemos que a proteção contra a autoincriminação é uma norma e deve ser analisada no âmbito da regra e do princípio, garantindo que ninguém é obrigado a se auto incriminar ou cooperar para sua incriminação.

Analisando sua aplicação, notamos que tal garantia está sempre presente no dia-a-dia forense, pois que a garantia resguarda os direitos do indivíduo acusado, evitando uma postura inquisitiva do Estado. Notamos também que o princípio é aplicado também no âmbito do direito civil, sendo que na fase de produção de provas, no saneamento do processo, as partes não são obrigadas a colaborar com a produção de provas que poderão dar ensejo à causa ganha pela parte contrária, isto é totalmente vedado.

Ao se falar do crime de embriaguez ao volante, imediatamente remetemos à discussão acerca da garantia contra a autoincriminação, tendo em vista há uma forte polêmica acerca da obrigatoriedade de submissão ao teste do bafômetro, tendo como centro da discussão tal garantia.

Existem autores que defendem a inconstitucionalidade do crime de embriaguez ao volante com o teste de etilômetro ou exames que provocam a conduta ativa do agente como prova, frente a garantia da não autoincriminação e de fato, o processo penal, por mexer com direitos fundamentais, deve ser feito com total cautela a fim de se valer dos meios probatórios para convencer o magistrado e estando em acordo com o devido processo legal, o que em determinados casos se torna difícil, causando a impunidade de alguns casos.



### 3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É de extrema importância falar deste princípio, que reflete toda a história da humanidade, tendo em vista que ao se falar de proteção deste valor, sendo a dignidade da pessoa humana, nos remete aos tempos antigos, onde em determinadas épocas não existiam o pensamento da proteção deste valor.

Acerca da origem histórica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Rogério Greco, em sua obra “Direito Penal do Equilíbrio” (GRECO, 2014, p. 67) Assevera que:

*Apontar a origem da dignidade da pessoa humana, como um valor a ser respeitado por todos, não é tarefa das mais fáceis. No entanto, analisando a história, podemos dizer que uma de suas raízes encontra-se no cristianismo. A ideia, por exemplo, de igualdade e respeito entre os homens, fossem eles livres ou escravos, demonstra que o verdadeiro cristianismo, aquele personificado na pessoa de Jesus, pode ser um dos alicerces desse complexo edifício da dignidade da pessoa humana.*

Podemos dizer então que desde a antiguidade, com o cristianismo existia a proteção deste valor, entretanto, uma proteção diferente da que conhecemos nos tempos atuais, pois haviam penas desumanas para os infratores da época. A proteção na época caminhava mais para o princípio da igualdade do que para a dignidade propriamente dita.

Houve na idade média, após a queda do império romano, a época da “Santa Inquisição”, onde as pessoas cometiam diversas atrocidades, torturas, violências tudo “em nome de Deus”, isto porque naquela época havia uma junção entre Igreja e Estado, predominando o domínio da igreja católica. Com o passar do tempo houve a separação da Igreja e Estado, a visão Teocentrista foi abrindo caminho para a visão Antropocentrista, dando maior atenção ao ser humano.

Hoje em dia, todo ser humano goza da proteção deste valor, podemos dizer que é algo que já nasce com o ser humano, “é algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude de sua natureza. Até o mais vil, o homem

mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador deste valor”. (GRECO, 2014 p. 68, 69).

Em todo e qualquer crime, é necessário um processo digno, cuja o agente possa se defender. Em relação ao crime de embriaguez ao volante, pode-se dizer que haja sim um processo digno, no entanto, faz-se necessário todo o cuidado no tocante aos meios de produção probatória, tendo em vista que a condição de embriaguez é passageira, subjetiva e ligada ao corpo humano, podendo correr sério risco de violação de direitos, devendo ser também a prova debatida no crivo do contraditório, respeitando assim os limites de invasão estatal.

### **3.2.1 Relativização do princípio da dignidade da pessoa humana**

Não existe nada absoluto, até o direito à vida tem suas restrições, não seria diferente com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que se um direito for absoluto irá abrir margem para má fé e injustiça. Ao falarmos de relativização do princípio da dignidade humana, tal relativização está diretamente ligado à liberdade do agente, tendo em vista que esses princípios estão em consonância, portanto ao privar a liberdade, podemos dizer que sua dignidade está sendo relativizada.

Vale lembrar sobre o que foi dito anteriormente acerca da ponderação de valores, pois se tem algo que relativiza um princípio é outro princípio, ou seja em um confronto entre princípios, haverá a prevalência de um sobre o outro. Neste sentido, o professor Rogério Greco (GRECO, 2014 p. 73) assevera que:

*Assim tomemos como exemplo o fato de alguém ter praticado um delito de extorsão mediante sequestro, qualificado pela morte da vítima. O sequestrador, como é de conhecimento de todos, tem o direito à liberdade. No entanto, em virtude da gravidade da infração penal por ele praticada, seu direito à liberdade, diretamente ligado à sua dignidade, deverá ceder frente ao direito de proteção dos bens jurídicos pertencentes às demais pessoas, que com ele se encontram numa mesma sociedade.*

Vemos então que a dignidade humana pode ser relativizada no tocante ao direito à liberdade do indivíduo que comete um crime grave e receba a devida sanção penal, no entanto, não quer dizer que o agente deva sofrer situações degradantes no sistema carcerário, é necessário preservar a sua vida digna, como dito anteriormente, é algo que nasce com o ser humano e não pode ser suprimido. “Pois que ao estado foi permitido somente privar-lhe da liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa” (GRECO, 2012 p. 73).

Concluimos então que tal relativização está ligada à relativização da liberdade, como sendo um meio de aplicação do “*jus puniedi*” estatal a fim de impedir a impunidade, coibindo a prática de crimes, com a intenção de manter a ordem do Estado e se possível ressocializar o indivíduo.

### **3.3 Princípio da Privacidade**

O princípio da privacidade está ligado ao que foi dito anteriormente sobre as intervenções corporais, visto que as intervenções estão ligadas à invasão no corpo humano e ao falarmos sobre privacidade, tal termo nos remete às condições íntimas de cada um, devendo haver extrema cautela ao fazer uma intervenção, acerca das intervenções, sendo invasivas ou não invasivas, vejamos o que assevera André Luiz Nicollit e Carlos Ribeiro Wehrs (2014, p.19):

*Para ilustrar, o exame sobre matéria genético (fezes, unhas cabelo, saliva etc.) pode se dar ou não por intervenção corporal. Quando o material a ser examinado é encontrado fora do corpo, como em uma barbearia ou no lixo, e sendo conhecida a origem do material como do investigado, esta prova não se insere no regime de intervenções corporais, pois tal material não se encontra mais na esfera corporal do sujeito, podendo estar até na esfera da intimidade (como no caso do lixo no quintal), mas não da corporeidade.*

Ainda André Luiz Nicollit e Carlos Ribeiro Wehrs (2014, p.19), continua dizendo:

*Por outro lado, a mínima retirada de pelos ou fluídos corporais – ou a pequena influência sobre funções corporais, como a do raio X – já pode ser inserta do domínio das intervenções corporais, e aí sim faz sentido as expressões invasivas e não invasivas. Haverá intervenções que em razão da ordem de grandeza poderão ser classificadas como invasivas (no sentido de agressivo hostil, invasão) e não invasivas (ou evasivas, no sentido de sutil, não agressivo). Não obstante, o exame sobre material (amostras corporais) colhido quando já desgarrado ou apartado do corpo não está inserido no domínio das intervenções corporais, não havendo sentido no tratamento como intervenções corporais, embora possam ser chamados de provas não invasivas.*

Com isso, podemos concluir então dizendo que em situações na qual o material na qual será examinado poderá ou não ser considerado invasivo, levando em conta se este é encontrado no corpo ou não. No crime de embriaguez ao volante, foi dito anteriormente as provas que poderão ser produzidas para apuração da infração e ao falarmos de produção probatória para atestar embriaguez, deve ser levado em conta se a prova produzida é ou não invasiva, pois se trata de uma condição subjetiva do ser humano.

Uma situação que poderá gerar discussões é exatamente o exame de alcoolemia, o teste do etilômetro, para atestar a embriaguez através do sopro do ar alveolar, a questão é discutir se o etilômetro é ou não um aparelho na qual se encontra na esfera invasiva de produção probatória e ainda se é um método viável no nosso ordenamento jurídico, Cassio Mattos Honorato (2009 p. 33) cita a posição doutrinária de Débora Gonçalves de Carvalho e Vilma Leyton, na qual expuseram que:

*Devido à grande extensão territorial brasileira e à escassez de laboratórios que executem dosagem alcoólica em amostras de sangue, o uso de etilômetros seria o método ideal para verificação de alcoolemia quanto ao cumprimento de nossa legislação. Por ser de baixo custo, de fácil operação e, principalmente, não-invasivo, tem sido amplamente utilizado em diversos países como método de triagem ou como teste comprobatório do uso de álcool.*

Podemos então concluir, baseando neste posicionamento de que o uso do etilômetro é um meio legítimo de comprovação da embriaguez, não sendo um método invasivo, pois é usado através do sopro do agente, não interferindo

diretamente em seu corpo, e mais, o uso do equipamento é adotado por diversos países, devendo claro, ser analisado rigorosamente o correto uso do equipamento para que não haja equívocos.

Tal conclusão não é simples, pode ser objeto de diversas discussões, pois há de se pensar se realmente não é invasivo, outrossim há a possibilidade de se pensar que o sopro do agente possa ser uma conduta ativa contra si mesmo.

### 3.4 Princípio da Intervenção Mínima

Não há muitos problemas em conceituar o princípio da intervenção mínima. “Intervenção mínima, surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como modo de garantir que a intervenção estatal no plano individual deva se dar apenas quando estritamente necessário.” (ESTEFAM, 2013, p. 134).

Acerca do princípio da intervenção mínima, temos em mente que o direito penal é *última ratio*, ou seja, deverá ser usado para preservar o bem jurídico essencial para convivência em sociedade, deverá ser usado somente se os outros ramos do direito forem insuficientes para garantir a convivência em sociedade, segurança, entre outros direitos do cidadão.

O princípio da intervenção mínima “evidencia a chamada natureza subsidiária do Direito Penal, devendo ser encarada como a *ultima ratio* do direito penal” (GRECO, 2014 p. 75). Tal garantia, portanto deverá ser vista com este enfoque, sempre tendo em vista que o direito penal é a última circunstância, quando se faz necessário, pois vale lembrar que a regra é sempre a liberdade, a restrição do direito da liberdade é sempre exceção.

Sobre esse enfoque, Rogério Greco (2014, p. 75) assevera que:

*O princípio da intervenção mínima deixa entrever a necessidade de o direito penal ser aplicado de forma subsidiária, tendo em vista a drasticidade de sua resposta, permitindo assim, ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, que os outros ramos do ordenamento jurídico, com primazia, procurem fazer a proteção dos bens jurídicos, somente sendo necessária a*

*interferência do direito penal quando esses outros ramos demonstrarem que são ineficazes ou insuficientes à sua proteção.*

André Estefam (2013, p. 134) diz que:

*Somente se deve recorrer à intervenção do direito penal em situações extremas, como a última saída (ultima ratio). A princípio, portanto, deve-se deixar aos demais ramos do direito disciplina das relações jurídicas. A subtração de um pacote de balas em um supermercado, já punida com a expulsão do cliente do estabelecimento e com a cobrança do valor do produto ou sua devolução, já foi resolvida por outros ramos do direito, de modo que não necessitaria da interferência do Direito Penal.*

Outro enfoque importante que deverá ser analisado para o princípio da intervenção mínima é de que tal princípio serve como norte para o legislador, para movimentação de figuras típicas, “devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas”. (GRECO, 2014 p. 75). Nesse sentido, o professor Rogério Greco (2014, p.75) nos ensina que:

*Para que possa entender que o princípio da intervenção mínima servirá com orientação ao legislador, precisamos descobrir seu ponto de partida. Na verdade, precisamos evidenciar a sua finalidade última, que se confunde com a própria finalidade do direito penal. Em um enfoque minimalista, característico do princípio da intervenção mínima, a finalidade do direito é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Partindo dessa visão, somente os bens de maior relevo é que merecerão a atenção do legislador penal que, a fim de protegê-los, deverá criar os tipos penais incriminadores, proibindo ou determinando a prática de comportamentos, sob ameaça de uma sanção.*

Ainda sob este enfoque, vale falar sobre a primazia de outros ramos do direito, tornando o Direito Penal como ultima ratio, de acordo com o professor Rogério Greco (2014, p. 116):

*A drasticidade da pena nos obriga a concluir que a primazia na proteção dos bens deve ser concedida aos outros ramos do ordenamento jurídico, a*

*exemplo do Direito Civil, do Direito Administrativo, do Direito Tributário etc. Somente quando se verificar a insuficiência dessa proteção é que surge o Direito Penal, como o mais forte de todos os ramos do ordenamento jurídico, visando dar a proteção que o bem merece, dada sua importância.*

Vislumbra-se então a idéia de um direito penal como sendo residual, sendo acionado somente quando não for possível resolver tudo em outro ramo do direito. Acerca disso, Edihermes Marques Coelho (COELHO, 2003, p. 18) nos ensina que:

*A esfera penal intervirá, em tese quando não bastasse a atuação de outra área jurídica sobre a potencial violação de direitos regulada. E, de forma complementar, não haveria nenhum tipo de conduta que fosse objeto jurídico penal por excelência – todos os conteúdos das regulações penais são derivados de outras áreas do Direito, são resíduos de regulações insuficientes. Por decorrência, o conteúdo do Direito Penal é fragmentário, já que engloba os mais variados temas da vida social.*

Por fim, Coelho ressalta que “não há um conteúdo insitamente penal, o crime trata-se sempre de uma opção política e cultural de quem detém o poder estatal, em face de um conjunto de circunstâncias histórico-sociais. ” (COELHO,2003, p. 18).

Visto tudo isso, devemos agora analisar o que é o bem jurídico a ser protegido pelo direito penal, pois claro, se for possível a proteção do bem em outros ramos do ordenamento jurídico, o direito penal não será acionado.

### **3.5 Princípio da Presunção de Inocência**

No direito existe a premissa de que a liberdade é sempre a regra, tanto que a liberdade é um direito constitucional possuindo posição de supremacia no ordenamento jurídico, mas por outro lado, é necessário combater a impunidade, e para isso o direito penal é acionado, se valendo do “*jus puniendi*” do Estado para punir o responsável por uma conduta reprovável.

Em se tratando da liberdade como regra, obviamente a privação da liberdade é exceção, mas para que seja aplicada essa exceção é necessário se valer do devido processo legal, pois o direito penal só é aplicado mediante o processo penal, devidamente observando o contraditório e a ampla defesa.

Uma condenação penal, portanto, deve passar pelo rito processual, sendo utilizadas as devidas provas que possam condenar o réu, vale lembrar que o ônus da prova é estatal, o réu apenas deverá rebater essas provas trazidas pelo Estado, caso o Estado não consiga trazer provas suficientes para a condenação do indivíduo, será presumida a sua inocência e o réu será absolvido.

Vemos então que para que haja condenação é necessário um processo, neste processo é necessário a produção de provas que possam garantir a certeza que haja a infração penal e sua autoria, desde o início, o suposto autor da infração terá a garantia da presunção da inocência a seu favor, tendo em vista que o Estado atual é um Estado republicano, se preocupando com o crivo do contraditório.

Por fim, vale dizer que a presunção de inocência possui íntima ligação com o princípio do “*in dubio pró réu*”, ou seja, na dúvida que a interpretação seja a favor do réu.

### **3.6 Princípio da Proporcionalidade**

Pelo princípio da proporcionalidade, temos como pensamento a justiça das decisões, no assunto voltado ao direito penal, tal princípio é de fato visto com extrema importância para a imposição de penas de forma justa, basicamente o Estado respondendo de acordo com a conduta do agente. O professor Rogério Greco (2014, p. 111), nos ensina mais sobre a questão da proporcionalidade nos dizendo que:

*O certo é que penas desproporcionais nos trazem a sensação de injustiça. Desde criança, raciocinamos com a ideia de castigo proporcional à nossa desobediência. A ideia de proporção é inata ao ser humano. Quando nossos pais exageravam na correção, o sentimento de revolta tomava conta de nossos pensamentos. Não era justo. Era muito pequena a desobediência, dizíamos, para que tamanha correção nos fosse aplicada.*



O ilustre professor ainda conclui seu raciocínio dizendo que (2014, p. 111):

*Contudo, um dos maiores problemas que o Direito Penal enfrenta é, justamente, o de encontrar a pena proporcional, principalmente quando se tem em mira a descoberta de sanções alternativas à pena privativa de liberdade, penas intermediárias que procuram dar a resposta ao “mal” praticado pelo agente, mas com os olhos voltados para o princípio da dignidade humana.*

Visto isso, podemos ter em mente a ideia de que a proporcionalidade vive com o ser humano, é algo subjetivo, durante toda a história sempre houve e sempre haverá o pensamento de que todo bem ou mal cometido deverá receber a resposta de maneira proporcional para que seja uma resposta justa, está ligado com a questão do merecimento.

Como dito anteriormente, a questão acerca da proporcionalidade é histórica, mas ainda assim “as discussões sobre as penas proporcionais vêm sendo travadas com progressos e retrocessos” (GRECO, 2014, p. 111). Havendo forte ligação com o Princípio do Devido Processo Substancial, que se divide em duas modalidades, sendo elas Proibição do Excesso e Proibição da Proteção Deficiente.

No crime de Embriaguez ao volante, podemos visualizar que sua pena cominada é de seis meses a três anos de detenção, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Surge então a questão se a toda essa penalidade é realmente necessária aqui, se não bastaria tão somente as penas administrativas, sendo a suspensão ou proibição de se obter os documentos necessários para dirigir veículo automotor e até mesmo a multa, é objeto passível de discussão se tudo isso com a pena de seis meses a três anos não estaria ferindo o devido processo substancial, na modalidade proibição do excesso.

Fato é que o Estado está buscando punir mais severamente o crime de embriaguez ao volante para diminuir os riscos de acidentes, pois no Brasil há um índice muito alto.

### 3.6.1 Proibição do excesso e proibição da proteção deficiente

A proibição do excesso e proibição da proteção deficiente, são duas vertentes extraídas do princípio da proporcionalidade, no tocante ao devido processo substancial, sendo um postulado normativo, conceituar esses temas não é um grande desafio, tendo em vista que uma de suas funções é aplicar a pena justa, não sendo muito grave para o agente e nem muito leve, causando impunidade e injustiça.

Visto isso, vale tomar atenção sobre estas vertentes, conforme preceitua o professor Rogério Greco (2014, p. 114):

*Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico. A título de exemplo, vejamos o que ocorre com o delito de lesão corporal praticada na direção de veículo automotor, tipificado no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro, comparativamente ao art. 129, caput, do Código Penal. Se o agente, culposamente, dada a uma distração no momento em que tentava sintonizar uma estação de rádio, vier a atropelar a vítima na direção de seu automóvel, será punido com uma pena de detenção, de seis meses a dois anos. Agora, se, dolosamente, tiver a intenção de atropelá-la, a fim de causar-lhe lesões corporais de natureza leve, a pena, de acordo com o preceito secundário do art. 129, caput, do Código Penal, será de detenção de três meses a um ano.*

O professor Rogério Greco conclui seu raciocínio dizendo que “podemos verificar o excesso no que diz respeito ao delito de lesão corporal culposa, praticada na direção de veículo automotor, em que um comportamento culposamente está sendo punido mais severamente que um doloso” (GRECO, 2014, p. 114).

Esse foi apenas um dos exemplos, mas podemos perceber que existem tipos penais na qual há uma punição severa ao agente que pratica uma determinada conduta, enquanto há outra conduta mais grave cujo o autor é punido com menos rigor, causando uma desproporção na conduta e na pena.

Apenas a título exemplificativo, podemos citar uma incongruência nas penas na lei de drogas, mais especificamente no crime de tráfico de drogas nos § 2º

e § 3º do artigo 33 da Lei 11343/2006, visto que o § 2º diz que induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso de droga a pena será de detenção de um ano a três anos e multa de cem a trezentos dias-multa, enquanto que no § 3º que é um crime menos grave a pena privativa de liberdade é menor, no entanto, a multa é exageradamente maior, sendo setecentos a mil e quinhentos dias-multa, desproporcional com a conduta de oferecer droga a pessoa do relacionamento para juntos consumirem.

Ao se falar da proibição da proteção deficiente, olhamos agora para o caso em que o agente praticando uma conduta grave para a sociedade, é punido com uma pena bem mais branda que a pena esperada. O professor Rogério Greco (2014, p. 114 – 115) nos ensina que:

*A outra vertente do princípio da proporcionalidade diz respeito à proibição da proteção deficiente. Quer isso dizer que, se por um lado, não se admite o excesso, por outro, não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente etc.*

Neste sentido, André Estefam (2013, p. 139) ainda nos fala que:

*A proibição deficiente consiste em não se permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais. Nessa medida, seria patentemente inconstitucional, por afronta à proporcionalidade, lei que pretendesse descriminalizar o homicídio.*

Existem dispositivos cujo as penas se tornam incongruentes frente a conduta praticada, portanto a proibição do excesso e proibição da proteção deficiente devem merecer atenção maior do legislador e do julgador, visando aplicar penas justas, conforme o princípio da proporcionalidade.

Por fim, faz-se necessário uma análise crítica da aplicação dos princípios constitucionais acerca da instrução de qualquer crime, visando um justo devido processo legal, resguardando direitos e garantias fundamentais.



## **4 ANÁLISE DO CRIME E CONSEQUÊNCIAS DA NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DO TESTE DO ETILÔMETRO**

O crime de Embriaguez ao Volante está previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, na qual dispõe que “conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de substância psicomotora que determine dependência” (art. 306 CTB). Analisando a conduta, percebemos que se trata de crime de perigo abstrato, ou seja, não há dano, apenas o risco de dano é suficiente para caracterizar o crime.

Neste capítulo, será abordado uma análise aprofundada sobre o crime de embriaguez ao volante no nosso ordenamento jurídico, tema que é travado por diversas discussões, tendo em vista que é um crime sem danos, mas tipificado por haver probabilidade de causar danos, devendo ser analisado com extrema cautela. Será objeto de discussão também a questão do crime de perigo e o princípio da precaução, que é a base da tipificação dos crimes de perigo, bem como posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema que tem causado fortes discussões.

### **4.1 Análise Normativa do Tipo Penal**

Como dito anteriormente, a conduta de embriaguez ao volante, trata-se de crime de perigo abstrato, bastando apenas o risco de dano. Sendo um crime de perigo abstrato, existem peculiaridades que podem gerar discussões emblemáticas acerca do tipo de perigo, pois anteriormente a Lei 11705/08, era considerado crime de perigo concreto, sendo necessário comprovar que havia um potencial risco de dano, com o advento da referida lei, o crime passou a ser considerado crime de perigo abstrato, ou seja, o risco passou a ser presumido.

Com o advento da Lei 11705/08, intitulada a primeira lei seca, surge um impacto grande no cenário criminal brasileiro, redigindo o artigo 306 do Código de trânsito brasileiro. “A Lei n. 11.705/08 continua suscitando polêmicas. É bom que

assim seja. Do debate, sairão o equilíbrio e os critérios para a justa aplicação. (SILVA, 2008, p. 9). Tendo em vista uma rigidez maior para coibir a conduta de dirigir embriagado, o Estado vem com poder máximo para reprimir este perigo e melhorar a segurança no trânsito.

A Lei Seca veio para trazer penalidades mais rígidas ao crime de embriaguez ao volante, visto que estávamos vivendo um cenário grotesco de acidentes de trânsito envolvendo motoristas sob influência de álcool, inclusive até os dias atuais, o Brasil é um dos países com maior número de mortes no trânsito do mundo, segundo pesquisas recentes do dia 31 de maio de 2017 no site da Uol Folha de São Paulo (2017,sp) aponta que o “trânsito no Brasil mata 47 mil por ano e deixa 400 mil com alguma sequela”. Ainda o site afirma que “De 2009 a 2016, por exemplo, o total de óbitos saltou de 19 para 23,4 por 100 mil habitantes. Nessa toada, o país não cumprirá a meta da ONU (Organização das Nações Unidas) de reduzir pela metade a incidência de acidentes até 2020. ”

De acordo com o site do Metro Jornal (2017, sp.) “O Brasil é o quinto país do mundo em mortes no trânsito, segundo OMS”, ainda o Metro Jornal (2017, sp.) informa em um levantamento realizado em 2016 pela PRF que 15,6% das mortes foram em virtude de ingestão de álcool.

Visto estas estatísticas, concluímos que dirigir embriagado é um grande problema, surgindo, no âmbito criminológico, há a necessidade de tipificar tal conduta, sendo um crime de perigo abstrato, a fim de reduzir o número de acidentes no trânsito, aumentando a segurança e o poder do Estado, em alguns casos até mitigando ampla defesa. “O princípio da ampla defesa tem que sofrer restrições, para que não se transforme em um elemento inibidor da atividade do Estado” (SILVA, 2008 p. 15).

Como crime de perigo abstrato, insta salientar que o crime de embriaguez ao volante está consumado apenas com a conduta de dirigir sob influência de álcool, embriagado e com a capacidade psicomotora alterada. Nesse caso não há necessidade de lesão ao bem jurídico de outrem, tendo em vista que se faz presumido o perigo de lesão. De acordo com Gunther Jakobs (2003, p. 25), sempre houve a necessidade de que determinadas condutas, tida pelos cidadãos como inócuas, fossem classificadas como perigosas, sendo sancionada tais infrações.

O direito penal tem como uma de suas finalidades proteger os bens jurídicos, no caso em questão visa proteger a segurança pública, por que motivo foi tipificado a conduta de embriaguez ao volante, André Estefam (2013, p. 47) diz que “o verdadeiro desafio do penalista consiste em desvendar quais são os limites do legislador para a criação de normas penais. Trata-se do desafio político do Direito Penal, isto é, o que sancionar e como sancionar”. No âmbito criminológico, portanto houve a idéia de tipificação no Código de trânsito brasileiro.

Ocorre que o indivíduo com a capacidade psicomotora alterada, torna-se altamente perigoso ao estar na direção de um veículo, pois as habilidades que o mesmo utiliza como direção defensiva estará comprometida, correndo sérios riscos de causar danos não só a si mesmo como em pessoas inocentes que estão no lugar errado na hora errada, sendo vítima de um eventual acidente na qual se o motorista estivesse sóbrio não causaria.

Visto esse cenário, percebemos que estamos diante um tipo penal de risco, a combinação de veículo e álcool tornou-se arma letal na mão do agente, tornando-se inadmissível dirigir embriagado. Há, portanto, um perigo potencial de dano, importante frisar que deve haver de fato um perigo potencial, nesse caso presumido, não havendo necessidade de ser concreto a lesão de determinado bem jurídico. Pierpaolo Cruz Bottini (2011, p.224) nos explica essa ideia dizendo que:

*O injusto típico nestes crimes, portanto, se verifica pelo risco da conduta, ou seja, é necessário que a ação ou omissão crie um perigo potencial para o bem jurídico protegido, que não precisa ser concretizado na ameaça ou lesão de um objeto específico. O que se exige é a comprovação da relevância típica do comportamento, sua periculosidade, a perturbação a que foi exposto o interesse protegido pela norma penal.*

Portanto, não se pode dizer que há um crime de perigo sem antes analisar se há realmente um perigo, do contrário não será necessário a intervenção do direito penal, visto que não há dano, sendo tal questão passível de ser resolvida em outra esfera, tendo vista o princípio da intervenção mínima, insignificância, lesividade. Necessita que haja, portanto, comprovação do risco de dano.

A comprovação do perigo na conduta de dirigir sob embriaguez se mostra com a capacidade psicomotora sendo reduzida, bem como visão comprometida, na qual o condutor não conduzirá o veículo com habilidade que tem e nem mesmo conseguirá manter a direção defensiva, sendo um perigo para todos ao seu redor, fazendo com que haja a tipificação, bem como a Lei 11705/08 tratando deste assunto.

Insta salientar o que diz SILVA (, 2008, p. 25), na qual explica que:

*É mais do que legítimo o combate ao álcool e substâncias psicoativas que, atuando no sistema nervoso central, fazem com que o homem decaia dos níveis de reflexo, concentração e movimentos necessários para a condução de veículos.*

Por fim, o bem jurídico tutelado no crime de embriaguez ao volante, portanto é a incolumidade pública, visando proteger bens jurídicos coletivos, como vida e integridade física que passam a correr perigo com a conduta do agente. Essa conduta pode ser realizada com dolo eventual, havendo ao agente ignorado seu estado de embriaguez e assumindo os riscos.

#### **4.1.1 Aspectos históricos da embriaguez ao volante**

Antes da Lei 9503/97, atual Código de Trânsito brasileiro, havia já a repressão pela conduta de dirigir alcoolizado, sendo classificado como contravenção penal, na infração de direção perigosa de veículo automotor, previsto no artigo 34 do Decreto-Lei 3688/41 que diz o seguinte: “Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia” (art. 34 do decreto-lei 3688/41). Em 1997 nasce a Lei 9503/97 sendo o Código de Trânsito Brasileiro, para regular situações no trânsito, essa lei trouxe a tipificação da embriaguez ao volante como crime previsto em seu artigo 306, no entanto, como crime de perigo concreto, devendo comprovar potencial risco de dano.



Após o surgimento do código de trânsito com o crime de embriaguez ao volante, as mortes no trânsito cresciam na década de 2000, conforme estatística do site do UOL Folha de São Paulo, do ano de 1998 até o ano de 2008, o número de mortos no trânsito subiu de 30890 para 38273, houve então ao surgimento da primeira Lei Seca (Lei 11705/2008), trazendo alteração na modalidade do crime, passando a ser crime de perigo abstrato, bastando estar embriagado, ainda que esteja dirigindo corretamente, trouxe também parâmetros para constatação de embriaguez, conforme dispõe do § 1º do artigo 306.

A lei estabeleceu um parâmetro técnico para constatação de álcool, utilizando o aparelho do etilômetro, que reproduz a quantidade de álcool no sangue. Ocorre que já houve entendimento pacificado dos tribunais no sentido de que não se faz obrigatório o sopro do agente no aparelho, tendo em vista a garantia de não autoincriminação.

Surge, portando em 2012 a Lei 12760/12, denominada a Nova Lei Seca, cujo aumentou as chances de punição do estado, incluindo no tipo a alteração da capacidade psicomotora e também, estabeleceu outros índices técnicos para constatação de embriaguez, incluindo a constatação pelos sinais de embriaguez conforme previsto na Resolução 432/13 do CONTRAN.

Por fim, nota-se a preocupação do Estado em punir tal conduta que se faz cada vez pior no trânsito, causando diversos acidentes, levando a fatalidade.

#### **4.1.2 Crime de perigo e princípio da precaução**

No crime de embriaguez ao volante, a sua consumação se dá sem ocorrência de algum dano externo ao bem jurídico de outrem, havendo apenas o perigo de dano, o risco da ocorrência de um dano pelo fato do condutor do veículo estar com capacidade psicomotora alterada.

Ao longo da história, com a evolução constante da humanidade, tecnologias inovadoras surgem em alto nível, havendo surgimento do automóvel, avião, navios, trens e metrô, diversas mudanças ocorreram na sociedade, o ser

humano passou a alcançar lugares na qual outrora era impossível, gozando de meios de transportes de maneira rápida e eficiente, no entanto, com a evolução dos meios de transportes, surgem os riscos, pois em que pese os veículos possuam alta tecnologia, devem ser conduzidos pelo homem, que precisa manter-se em perfeita condições para evitar acidentes.

Torna-se, portanto, um mundo inovador e de fácil acesso, mas ao mesmo tempo um mundo perigoso, na qual todos corremos riscos, o homem está sujeito a correr riscos, pois vive em uma sociedade perigosa e onde há perigo, haverá riscos. Acerca do termo “risco”. Para GIDDENS (GIDDENS, 1991, p. 38 apud BOTTINI, 2011, p. 31) “ a palavra risco provem, provavelmente, de um termo árabe, aproveitado e utilizado pelos espanhóis quando das grandes navegações, que significaria *correr para o perigo ou ir contra uma rocha.* ” Ainda neste sentido, BOTTINI (2011, p. 31) diz que:

*Outros autores afirmam que o termo deriva do baixo-latim *risicu*, que significa ousar, ou seja, atuar perante a possibilidade de perigo. É evidente a relação entre risco e perigo, seja qual for a definição adotada. Risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo. O risco refere-se primariamente ao perigo: logo a definição do que se entende por perigo é premissa fundamental para a compreensão do risco.*

Visto então a relação risco e perigo, será feita análise do risco contemporâneo na sociedade. Como dito anteriormente, o ser humano está sujeito a correr riscos de diversas maneiras, em alguns casos faz-se necessária a tipificação de condutas que podem expor a perigo outras pessoas, como o intuito de diminuir o perigo, reduzindo, portanto, qualquer risco de dano.

Neste sentido, “O risco deixa de ser um dado periférico da organização social para transmutar-se em conceito nuclear, relacionado à própria atividade humana” (BOTTINI, 2011, p. 37). Novamente como dito anteriormente, conforme a evolução da sociedade, surge um mundo com mais acesso e ao mesmo tempo com maior perigo, a sociedade passa a estar sujeita a maiores riscos, tais riscos inerentes à atividade do homem.

Com o aumento dos riscos na sociedade, faz-se necessário uma forma de controle destes riscos, portanto, surgem os meios que possam amenizar o perigo e prevenir que ocorra algum dano, diminuindo assim os riscos, são meios ligados ao princípio da precaução, que como o próprio nome diz, visa meios de prevenir, tomar certos cuidados, se valendo de medidas preventivas a fim de amenizar o perigo.

O princípio da precaução, consiste na proteção contra riscos que poderão surgir e afetar a segurança da sociedade. Por este princípio é dada origem para que haja medidas preventivas, a fim de reduzir ou extinguir os riscos. Bottini (2011, p. 64) traz o conceito de precaução.

*O termo "precaução" deriva do latim tardio *precautio-onis*, que significa cautela antecipada. O princípio da precaução, princípio da prudência ou princípio da cautela, pode ser conceituado como a diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, em casos de ausência de dados ou informações sobre o potencial danoso de sua implementação. É o princípio que lida com situações em que a ciência não pode providenciar uma ampla análise das consequências deixando um grau de incerteza no que se refere aos efeitos de determinadas atividades.*

Desta forma surge o sentido de que o princípio da precaução tem o intuito de analisar atividades na qual possa haver um potencial risco de dano, havendo então o risco, surge a necessidade de regulamentação para que possa ser utilizada as devidas providências de proteção e cautela.

Os crimes de perigo abstrato, portanto, são derivados deste princípio que se faz muito importante em uma sociedade de perigo, na embriaguez ao volante, faz-se necessário avaliar a situação analisando este princípio, mediante a conduta de alta periculosidade.

#### **4.1.3 Embriaguez ao volante somado ao crime de dano**

Em casos, cujo há acidente de trânsito com vítima, na qual o condutor do veículo causador do dano se encontra na condição de embriaguez, há outra

discussão, tendo enfoque no dano causado, podendo ocorrer lesão corporal ou até mesmo homicídio no trânsito.

No caso do homicídio culposo no trânsito, previsto no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, houve mudanças na lei quando se fala de embriaguez, no primeiro momento a condição de embriaguez ao volante era causa de aumento de pena do homicídio culposo no trânsito, mas com o advento da Lei 12971/14, passou a ser condição qualificadora, localizado no § 2º do artigo 302 com pena de 2(dois) a 4(quatro) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, ocorre que surgiu problemáticas, pois no mesmo dispositivo tratava-se do crime de racha, mas com pena diferente do previsto nos § 1º e 2º do artigo 308, ou seja, acabou gerando um erro no código, prevendo duas penas diferentes para a mesma conduta, claro que aplicava a mais benéfica para o réu.

Visto isso, com o advento da Lei 13281/2016 o § 2º do artigo 302 foi extinto, não havendo mais qualificadora em caso de homicídio no trânsito com embriaguez, apenas restando a premissa de que a embriaguez ao volante era absorvida no homicídio, pois crime de dano absorve o crime de perigo. Mas a doutrina e a jurisprudência, têm se posicionado defendendo a possibilidade de concurso de crimes em caso de embriaguez ao volante e homicídio ou lesão corporal, dependendo do caso concreto, sendo alvo de diversas discussões atualmente. Neste sentido há uma jurisprudência do TJ-MS (MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça, apl. Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques) que diz o seguinte:

TJ-MS - Apelação APL 0000388920118120010 MS 000038-89.2011.8.12.0010 (TJ-MS)

Data de publicação: 23/03/2016

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONCURSO MATERIAL MANTIDO – CRIMES AUTÔNOMOS – DESPROVIDO, COM O PARECER. Diante do contexto probatório, não se tem dúvidas de que o apelante conduzia veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, incidindo, pois, na conduta típica do art. 306 do CTB, oportunidade em que também ofendeu a integridade física da vítima, art. 303 da mesma Lei, devendo, por isso, responder pelo cometimento dos crimes em comento. Restando comprovada durante instrução processual a embriaguez do

apelante, por teste de alcoolemia, não há que se falar em absolvição, devendo ser mantida a condenação pelo crime do art. 306 do CTB . A hipótese dos autos encerra situação de concurso material de crimes, nos termos do art. 69 do Código Penal . Na espécie, o agente, conduzindo veículo automotor sob a influência de álcool, se envolveu em um acidente de trânsito e causou lesão corporal na vítima. As condutas são autônomas. Deve prevalecer o concurso material de crimes. Os crimes de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor e embriaguez ao volante tutelam bens jurídicos distintos. O objeto jurídico do primeiro é a integridade física do ser humano, já o objeto jurídico da embriaguez ao volante é a segurança viária. Os delitos tutelam bens jurídicos diversos e possuem momentos consumativos distintos. (TJ-MS - APL: 00000388920118120010 MS 0000038-89.2011.8.12.0010, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Data de Julgamento: 14/03/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/03/2016).

Outra posição dos tribunais, já pacificado é de que o homicídio causado no trânsito pode ser desclassificado do artigo 302 do Código de Trânsito brasileiro e ser classificado para o artigo 121 do Código Penal como homicídio doloso pelo dolo eventual, tal posicionamento defende que dependendo da quantidade álcool ingerida, demonstra que o agente assumiu os riscos, configurando, portanto, o dolo eventual.

#### **4.2 Consequências na Recusa do Teste do Etilômetro**

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 165, dispõe sobre infração administrativa decorrente de dirigir sob influência de álcool e suas penalidades, sendo elas multa e suspensão de dirigir por 12 meses, bem como recolhimento do documento e retenção do veículo.

Logo em seguida, o artigo 165-A do mesmo códex, prevê acerca da recusa do agente a ser submetido a teste, exame clínico, ou qualquer outro procedimento que possa constatar a influência de álcool, sendo as penalidades a mesma previstas no artigo 165.

Neste cenário, temos, portanto, a conduta de dirigir sob influência de álcool e a conduta de recusar a ser submetido à procedimento que possa constatar que há influência de álcool, ou seja, o agente não teria saída, ainda que ele confesse estar sob influência de álcool, sofrerá a mesma penalidade que sofreria se estivesse recusado.

A discussão surge, contudo, sob o aspecto do princípio da não autoincriminação, visto que as penalidades previstas no artigo 165-A, estará obrigando ao agente colaborar para sua acusação. Nesta situação, estamos diante de um procedimento administrativo, o que por sinal possui aspectos inquisitivos, não sendo debatidos em contraditório, no entanto, não significa que não deva respeitar princípios fundamentais, em que pese haja uma mitigação do contraditório, existe a prerrogativa de não se acusar que está presente a todos em qualquer situação.

Visto isso, é possível discutir acerca da constitucionalidade do artigo 165-A, bem como a constitucionalidade do artigo 277 § 3º que confirma a aplicação das penas previstas no artigo 165-A, ambos do Código de Transito Brasileiro, na verdade ambos os dispositivos falam a respeito da recusa do agente a se submeter aos testes comprobatórios de constatação de alcoolemia.

O § 3º do art. 277 do CTB qual dispõe que “Serão aplicadas as penalidade e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo”, enquanto o artigo 165-A dispõe que “Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277”, cujo a infração é gravíssima e as penas são de multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, recolhimento da habilitação e retenção do veículo, podendo ainda aplicar a multa em dobro em caso de reincidência no período de 12 meses. Isso tudo com a redação dada pela Lei 13281/2016.

Tal dispositivo é tema de grandes discussões envolvendo o princípio da não autoincriminação (*privilege against self incrimination*) como foi mencionado no capítulo anterior. Tal princípio garante ao agente a prerrogativa de não contribuir para sua própria acusação, é fonte emblemática de diversas discussões, neste tema, o ônus da prova é do Estado e este que deve encontrar meios de aplicar o “*jus puniendi*”.

Uma grande problemática surge quando envolve algo no organismo humano, como foi dito no tópico acerca de intervenções corporais, torna-se um tanto quanto impossível o Estado intervir no corpo do agente sem que haja o consentimento deste. É importante então encontrar uma solução para que não haja impunidade e nem violação nos direitos do agente.

Em alguns países, tem se considerado crime de desobediência o agente que recusar a se submeter a procedimentos que constata a embriaguez Cássio Mattos Honorato (HONORATO, 2009, p. 27) nos diz que:

*Alguns Estados consideram o teste de alcoolemia como exame de realização compulsória e tipificam a recusa a essa prova técnica como crime de desobediência. Nesse sentido destacam-se as normas insertas no art. 158º.1. e no art. 158º.3., do Código da Estrada, de Portugal, combinado com o art. 348º.1., do Código Penal português; e nos artigos 380 e 556, do Código Penal da Espanha (de 1995).*

Visto isso, o Código da Estrada de Portugal, dispõe em seu artigo 152º que os condutores, as pessoas na qual sejam intervenientes em acidentes de trânsito e as pessoas que se propuserem a iniciar a condução deverão submeter-se aos procedimentos para detecção de alcoolemia (Bom Condutor – Código da Estrada, 2017, s.p.). Ou seja, aqui há maior rigidez, o sistema é mais amplo, abrangendo não só o condutor, mas pessoas que possam dar causa aos acidentes.

Neste mesmo sentido, o Código Penal português, em seu artigo 348º dispõe que “Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano” (Código Penal.pt, s.a. s.p.). Este é o caso do crime de desobediência, que em comparação com o crime de desobediência do Código Penal brasileiro, o português é mais amplo, podendo encaixar qualquer que desobedecer à ordem legal, incluindo as ordens do Código da Estrada de Portugal.

Já na Espanha, o artigo 380 do Código Penal espanhol, dispõe das penalidades para condutores que dirigem de maneira imprudente a ponto de colocar a população em perigo, o referido artigo diz o seguinte.

*Artículo 380. 1.: El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años*

Visto isso, podemos incluir como dirigir de maneira imprudente a conduta de dirigir embriagado, pois é notório a exposição à perigo, outrossim a recusa do agente pode levar ao crime de desobediência. Portanto, percebe-se que em alguns Estados do continente europeu tentam reprimir ao máximo a conduta de dirigir embriagado, sendo aplicado severas sanções.

Ainda neste sentido Honorato (2009, p. 28) também informa que:

*Outros Estados consideram a recusa aos exames como grave violação aos deveres impostos à manutenção da licença para dirigir. O Código de Trânsito do Estado da Pennsylvania (EUA), denominado Penn Code, impõe presunção legal de que o detentor de um “privilegio de dirigir” consente que seja submetido a um ou mais dos exames previstos em lei, tais como etilômetro, exame de urina ou de sangue. Assim, os exames são obrigatórios para todo condutor que se envolver em acidente de trânsito com vítima, ou que se encontrar sob fundada suspeita de estar dirigindo sob influência de álcool ou substância entorpecente. Àquele que se recusar à realização dos exames poderá ser imposta penalidade de suspensão da licença para dirigir, pelo prazo de 12 meses.*

Neste caso, o “*Penn Code*”, define que todo condutor, já esteja consentido de forma tácita que possa ser submetido aos exames, inclusive caso haja recusa estará sujeito ao crime de desobediência, visto tratar de ordem legal, o que é diferente em outros Estados que possuem o caráter mais garantista, é um caso para se pensar, visto que pode gerar polêmicas envolvendo questões emblemáticas.

Por fim, no Estado brasileiro, estas questões sempre serão alvos de diversas discussões, tanto a favor como contra a aplicação de penas com a recusa dos exames comprobatórios. O teste do etilômetro, por ser um exame invasivo e necessitar de conduta ativa do agente, sendo o sopro, também o referido teste possui um parâmetro estabelecido em lei, parâmetro este que define que o indivíduo com teor alcóolico acima de 6 decigramas por litro no sangue, o que poderia ser alvo de diversos equívocos, visto que o estado de embriaguez não é algo que deva ser definido pelo Estado, por envolver organismo humano e não há um padrão no organismo humano, tornando esse tipo de prova duvidoso em alguns casos, visto que quando se trata de provar algo que está relacionado ao íntimo do ser humano, isto se torna algo que o Estado não conseguirá mensurar.



### 4.3 Requisitos Para Legalidade

Com todas as discussões que vêm sendo travadas ao longo do tempo, faz-se necessário estabelecer requisitos para que não haja impunidade, mas que também não viole direitos fundamentais.

Ninguém duvida que a obrigatoriedade no sopro do aparelho alveolar viola o princípio da não-autoincriminação, pois o agente pratica conduta ativa, inclusive intervindo no em seu corpo humano. Portanto o artigo 165-A do Código de Trânsito brasileiro se torna palco de grandes discussões.

Ao longo da história, com as constantes mudanças, o Estado procura uma maneira mais rígida de punir a embriaguez ao volante, tendo em vista que analisando uma perspectiva empírica da sociedade, o acidente no trânsito tem sido frequentes e na maioria deles, por falta de atenção ou quando o agente está com a capacidade psicomotora alterada, seja pela ingestão de álcool, seja pela ingestão de drogas, O Estado procura resolver está situação.

Visto toda essa problemática, girando em torno de direitos fundamentais, torna-se imprescindível que o Estado adote medidas mais seguras para comprovação e constatação de embriaguez, respeitando direitos fundamentais, para isto, a Resolução 432 do Contran traz algumas maneiras que possam demonstrar que o indivíduo estar embriagado sem que haja intervenção em seus direitos fundamentais. São elas, exame de sangue, exames laboratoriais, teste de ar alveolar e verificação de sinais, sendo vários sinais compostos que demonstrem o estado de alteração psicomotora.

Seria talvez, mais eficaz o agente que atender a ocorrência, imediatamente, seguindo as normas estabelecidas, verificar se o agente apresenta os sinais de embriaguez ou chamar um médico ou perito no local que possa constatar se o indivíduo está ou não embriagado. Percebe-se também que é permitido a prisão em flagrante no caso de embriaguez ao volante, o que torna ainda mais quente a discussão acerca dos direitos fundamentais.

Acerca da prisão em flagrante, entende-se que não há ilegalidade, claro desde que cumpram os requisitos para a prisão, inclusive é um crime afiançável, na

qual o próprio delegado de polícia pode arbitrar a fiança do agente. Acerca da prisão em flagrante, Daniel Gerber (2003, p. 106), nos diz que:

*O flagrante stricto sensu, como sinalado em tópico anterior, indica uma relação de imediatidade entre ato e prisão, sendo que, em certos casos, pode-se anunciar como verdadeiro instrumento de cessação da atividade delituosa[...]*

Entende-se, portanto, lícito a prisão em flagrante, até mesmo como modo de cessar o perigo existente.

#### **4.4 Entendimento Doutrinário e Jurisprudencial**

Toda essa problemática acerca da embriaguez ao volante tem sido alvo de diversas discussões na doutrina e na jurisprudência. Acerca do uso do aparelho de etilômetro, em caso de sua impossibilidade, Felipe Caldeira (2010, p. 213) nos traz um informativo do STJ:

*No HC, pede trancamento da ação penal diante da falta de justa causa porque não houve o exame de alcoolemia. Segundo o Min. Relator, para a configuração do crime de trânsito descrito no art. 306 da Lei n° 9503/1997 (CTB), a realização da perícia, quando possível, torna-se imprescindível. Entretanto, ressaltou as hipóteses em que a perícia não é realizada porque, na comarca, não há os equipamentos necessários à realização de exame ou em razão da recusa do acusado em submeter-se ao exame de alcoolemia. Nesses casos, observou, ser possível concluir o estado de embriaguez quando ele é perceptível por testemunhas ou pelo exame clínico, de acordo com preceitos doutrinários estabelecidos em medicina legal. Dessa forma, esclareceu que, quando não é possível realizar o exame para indicar a concentração de álcool no sangue, há outros tipos de prova (testemunhal ou exame clínico) que atestam, indubitavelmente, o estado de embriaguez do motorista, o que admite a **aplicação do art. 167 do CPP**. Observou ainda que, no caso dos autos, o exame de alcoolemia não foi realizado por falta de equipamento hábil na comarca, além de não ficar esclarecida a razão pela qual não se fez exame de sangue. Porém, houve o exame clínico e, por essa razão, há suficientes indícios de materialidade do crime, sendo precipitado o trancamento da ação penal. Diante do exposto, a Turma denegou a ordem de habeas corpus. HC 132.374-MS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 6/10/2009.*

Acerca deste informativo ainda explica Felipe Caldeira (2010, p. 213-214):

*Segundo a jurisprudência do STJ, não há obrigatoriedade a se submeter ao "teste do bafômetro" ou realizar exame de sangue com fundamento no princípio da não-autoincriminação. Contudo, subsistem os demais meios de provas em direito admitidos para constatação de embriaguez, tal qual a prova testemunhal de caráter supletivo (artigo 167, do CPP).*

Há também jurisprudência do STJ, acerca do perigo abstrato, bastando o condutor estar embriagado para que haja consumação do delito, inclusive apenas a constatação de embriaguez já torna possível a ação penal, neste sentido:

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 40316 SP 2013/0271345-6 (STJ)

Data de publicação: 14/10/2013

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 1. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. 2. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. 3. TESTE DO BAFÔMETRO. OCORRÊNCIA. 4. RECURSO IMPROVIDO. 1. É prescindível à consumação do delito de embriaguez ao volante a prova da produção de perigo concreto à segurança pública, bastando a prova da embriaguez, por se tratar de delito de perigo abstrato. Precedentes. 2. A Terceira Seção deste Tribunal Superior assentou entendimento, quando do julgamento do REsp n.º 1.111.566/DF, realizado no dia 28 de março de 2012, no sentido de que "apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal". Hipótese ocorrente na espécie. 3. Recurso a que se nega provimento (STJ - RHC: 40316 SP 2013/0271345-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 08/10/2013, T5 - QUINTA TURMA).

Na atualidade, a tendência é de que os tribunais tratem a questão da embriaguez ao volante de forma severa e intolerável, em caso de crime de danos, como dito anteriormente poderá se encaixar no dolo eventual, de acordo com as circunstâncias da embriaguez do agente, a fim de reduzir o número de acidentes envolvendo alteração psicomotora do condutor do veículo envolvido.

## 5 CONCLUSÃO

Podemos perceber então que existem diversos meios de provar a embriaguez, no entanto o meio utilizado deve ser prático, rápido e eficaz, não adianta se valer de provas após cessar seu efeito, além de praticidade, rapidez e eficácia, deve ser legal, seguir os requisitos de legalidade, o que na prática nem sempre é fácil, pois a probabilidade de haver uma recusa do agente é certa, e realmente deve ser assim, visando respeitar garantias fundamentais.

Outro pensamento importante que deve ser analisado é o caráter subjetivo da embriaguez, ora, a embriaguez ao volante é um crime de perigo, e como tal deve haver perigo, se não houver embriaguez não há perigo. Se analisarmos, não há uma padronização no organismo humano, sendo que para um, uma dose de álcool já basta para estar embriagado, enquanto que para outro estar embriagado é necessário o consumo de várias doses, o que torna o teste do etilômetro duvidoso, devido a sua objetividade técnica.

Seguindo essa linha de raciocínio, ao olharmos para o Art. 306 § 1º inciso I, vemos a constatação da embriaguez se dá por número “igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro no de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar”. Ou seja, como dito anteriormente, se o indivíduo se encontra na condição de embriagado de acordo com estes números, após ingerir várias doses de álcool, haveria a possibilidade de não estar com a capacidade psicomotora alterada, não havendo perigo. Isso é claro em se tratando do etilômetro, por este motivo justamente que foi dito anteriormente sobre o exame clínico ser mais viável, restando apenas à preocupação se o exame preserva a dignidade do agente.

Em razão dos princípios constitucionais do Direito Penal, o agente goza de garantias que podem se valer para sua liberdade, no entanto, o agente que pratica este ato delituoso não pode ficar impune, o Estado, portanto procura preencher lacunas existentes na lei para que possa acabar com a impunidade e reduzir o perigo no trânsito, trazendo soluções para coibir tal conduta, procurando respeitar os limites garantistas.

Por fim, temos a presença ativa do Estado no caso concreto para coibir a prática de embriaguez ao volante, com mecanismos mais severos, com a figura do dolo eventual em caso de dano, bem como a possibilidade de concurso de crime, com a resolução estabelecida pelo Contran para constatar embriaguez e com a doutrina e jurisprudência visando criminalizar a conduta, o Estado consegue amparo legal para isso, no entanto, resguardando os direitos do agente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO [ES]. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. 1995. Disponível em:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>, acesso em 02 out de 2017.

**APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONCURSO MATERIAL MANTIDO – CRIMES AUTÔNOMOS – DESPROVIDO, COM O PARECER**. (TJ-MS - APL: 00000388920118120010 MS 0000038-89.2011.8.12.0010, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Data de Julgamento: 14/03/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/03/2016). Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322749146/apelacao-apl-388920118120010-ms-0000038-8920118120010>. Acesso em 09 out. 2017.

**BOMCONDUTOR, Código da Estrada de Portugal**. Disponível em:

<http://www.bomcondutor.pt/biblioteca/codigo-estrada#152>. 2017, acesso em 01 out de 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo/SP. 2011.

CALDEIRA, Felipe. **Processo Penal Informativos do STF e STJ comentados e sistematizados**. Vol. 2. Editora JusPodivm. SALVADOR/BA. 2010.

CARVALHO, Débora Gonçalves De e LEYTON, Vilma. Apud. HONORATO, Cássio Mattos. **O trânsito em Condições Seguras**. Millennium, 2009.p.33. Disponível em: [http://www.hcnet.usp/ipq/revista/r27\(2\)/art 76.htm](http://www.hcnet.usp/ipq/revista/r27(2)/art%2076.htm). Acesso em 25 set 2017

**CÓDIGO PENAL, Código Penal português**. Disponível em:

<http://www.codigopenal.pt/>. Acesso em 01 out 2017.

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 1. ed. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira Ltda. SÃO PAULO/SP. 2003

**Ementa\~14~ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 1. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. 2. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. 3. TESTE DO BAFÔMETRO. OCORRÊNCIA. 4. RECURSO IMPROVIDO. 1.** (STJ - RHC: 40316 SP 2013/0271345-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 08/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: nte\~14~). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24609161/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-40316-sp-2013-0271345-6-stj>. Acesso em 01 out 2017.

ESTEFAM, André. **Provas e Procedimentos no Processo Penal**. 1. ed. Damásio de Jesus, São Paulo/SP, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito penal – Parte Geral**, Saraiva. São Paulo, 2013.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Angela C. Cangiano. **Processo Penal**. 11 ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP, 2012.

GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante, uma abordagem garantista**. Editora Livraria do Advogado Ltda. Porto Alegre/RS. 2003.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 7 edição, revista e ampliada. Editora Impetus. Niterói, RJ, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. 2010. Acesso em 01 de out. 2017

HISTÓRIA DO ÁLCOOL, **Centro de informações sobre saúde e álcool (CISA)**. Disponível em: <http://www.cisa.org.br/artigo/234/historia-alcool.php>. 2017. Acesso em 29 de mar. 2017.

HONORATO, Cássio Mattos. **O trânsito em Condições Seguras**. 1. ed. Campinas, Millennium Editora. CAMPINAS/SP: 2009.

JAKOBS, Gunther. **Sociedade, norma e pessoa: Teoria de um direito penal funcional; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes**.- Barueri/SP, Manole, 2003.

LEGISWEB. **Resolução Contran nº 432 de 23/01/2013**. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250598>. Acesso em 05 out. 2017.

MAGNO, Levy Emanuel. **Processo Penal**. 3 ed. Volume 19. Editora Atlas. São Paulo/SP, 2008.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso Básico de Medicina Legal**. 7 ed. Malheiros Editores LTDA. São Paulo/SP, 1995.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais**. Editora Del Rey. Belo Horizonte/MG, 2012.

METROJORNAL. **O Brasil é o quinto maior país em mortes no trânsito, segundo OMS**. Disponível em <https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-em-mortes-no-transito-segundo-oms.html>. Acesso em 28 set. 2017.

MUNDO ESTRANHO, **O que foi a inquisição?** Disponível em: <https://mundoestranho.abril.com.br/historia/o-que-foi-a-inquisicao/>. Acesso em 27 out 2017

NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções Corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal lei 12654/2012**. 1. Ed. Elsevier Editora Ltda. Rio de Janeiro, 2014.

NUCCI, Guilherme Souza. **Crimes de Trânsito** 1 ed. Editora Juarez de Oliveira Ltda. São Paulo/SP, 1999.

PLANALTO, **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei 3689, de 3 de Outubro de 1941. Acesso em 19 abr 2017.

\_\_\_\_\_, **Código de Trânsito Brasileiro**, Lei 9503, de 23 de Setembro de 1997. Acesso em 22 abr 2017.

\_\_\_\_\_, **Lei das Contravenções penais**, Decreto-Lei 3688 de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm). Acesso em 03 de Out de 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4 ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo/SP, 2010.

SILVA, Antonio Álvares da. **Lei seca**, Editora LTr, São Paulo/SP, 2008.

UOL, **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888812-transito-no-brasil-mata-47-mil-por-ano-e-deixa-400-mil-com-alguma-sequela.shtml>. Acesso em 28 set. 2017.

\_\_\_\_\_, **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/11/1545760-numero-de-mortes-no-transito-tem-maior-queda-no-brasil-desde-1998.shtml>.