

## **A recusa ao bafômetro e a Portaria 217 do DENATRAN. O fim do problema?**

Por muito tempo se tem discutido acerca da legalidade de se aplicar as medidas administrativas e as penalidades previstas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) àqueles que se recusam a se submeter aos testes de certificação do não uso de álcool ou outra substância psicoativa que determine a dependência por quem esteja na condução de veículo automotor.

Com o escopo de pôr fim a polêmica, bem como aos questionamentos legalistas, o Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), editou em 4 e novembro de 2014 a portaria nº 217 que criou novo enquadramento na tabela de infrações sob o código 757-9 0, sendo esta registrada sob a conduta do “condutor que se recusar a submeter a qualquer dos procedimentos previstos no art. 277 do CTB”

Todavia, será que esta inovação é capaz de resolver o problema?

Em primeiro lugar, temos que registrar o que o CTB entende por infração.

Neste aspecto, o tema foi tratado em dois momentos: o primeiro, no art. 161 localizado no capítulo XV referente às próprias infrações:

Art. 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX.

Já no anexo I do Código, também foi reservado um espaço para a conceituação e definição de Infração, sendo esta:

“inobservância a qualquer preceito da legislação de trânsito, às normas emanadas do Código de Trânsito, do Conselho Nacional de Trânsito e a regulamentação estabelecida pelo órgão ou entidade executiva do trânsito.”

Como se vê, infração de trânsito é a simples violação de qualquer preceito do código, termo este que deixa deveras amplo o conceito estudado.

É certo que a infração aqui tratada se refere a uma das cerca de 415 previstas no capítulo XV do CTB.

Neste contexto, podemos propor um conceito mais restritivo de infração de trânsito como sendo: A violação de qualquer regra prevista no capítulo XV do Código de Trânsito Brasileiro, passível de ser punida com as penalidades presentes no capítulo XVI, comportando ainda, por vezes a aplicação de medidas administrativas (capítulo XVII).

Em virtude da necessidade de se buscar a proteção da vida humana, o legislador adotou a seguinte redação no artigo referente à conduta de dirigir sobre a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

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

Infração - gravíssima;

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

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. [\(Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

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

Tendo em vista as pesadas penalidades, não poderia o código deixar sem qualquer regulamentação as formas de comprovação da prática ali prevista.

Neste sentido, no mesmo diploma legal foi inserida no capítulo XVII a medida administrativa de “realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, sendo a forma de constatação dos respectivos sinais previstas no art. 277, cito:

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

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

Assim, diante destas informações, resta clara a necessidade de comprovação da ingestão de substâncias psicoativa que determine a dependência.

Ocorre que o Código não foi profundo suficientemente para especificar quais seriam estas medidas de comprovação.

O Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), através da Resolução nº 432/13, dispôs sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 do CTB.

Na resolução restou fixado no art. 3º o seguinte:

Art. 3º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:

I – exame de sangue;

II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);

IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

A redação do artigo 3º da resolução 432/13 é o principal argumento dos que advogam a causa de que o auto de infração lavrado em virtude da conduta do art. 165 do CTB só é válido se apresentar alguma das provas ali presentes, motivados ainda pelo que consta no art. 8º da mesma resolução:

“Art. 8º Além das exigências estabelecidas em regulamentação específica, o auto de infração lavrado em decorrência da infração prevista no art. 165 do CTB deverá conter:

I – no caso de encaminhamento do condutor para exame de sangue, exame clínico ou exame em laboratório especializado, a referência a esse procedimento;

II – no caso do art. 5º, os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o Anexo II ou a referência ao preenchimento do termo específico de que trata o § 2º do art. 5º;

III – no caso de teste de etilômetro, a marca, modelo e nº de série do aparelho, nº do teste, a medição realizada, o valor considerado e o limite regulamentado em mg/L;

IV – conforme o caso, a identificação da (s) testemunha (s), se houve fotos, vídeos ou outro meio de prova complementar, se houve recusa do condutor, entre outras informações disponíveis.”

Ocorre que existe um aparente conflito de normas que deve ser muito bem sopesado.

Se por um lado os arts. 3º e 8º da resolução implementam a ideia de que só existe infração e conseqüente penalidade, se ocorre a comprovação do consumo de alguma substância psicoativa; por outro lado, o Código de Trânsito que confere legitimidade ao CONTRAN para regulamentar normas, não lhe dá legitimidade para ir além do que o próprio código fixou.

Desta forma temos o seguinte quadro: a necessidade de comprovação da infração na forma expressa pelo CONTRAN através das normas acima expressas, e o disposto no art. 277, §3 do CTB que é peremptório e assevera que diante da simples recusa por parte do condutor de se submeter a qualquer dos procedimentos de prova, deve ele ser punido com as penas e medidas administrativas estabelecidas para a infração do art. 165.

Isto é, em verdade, não haveria que se cogitar acerca de uma suposta violação de qualquer preceito do código ou mesmo de resolução própria ante a imperatividade do §3 do art. 277 do CTB.

Todavia, muitos CETRANs (Conselho Estadual de Trânsito), mesmo diante da clareza da norma, se negavam a aceitar sua existência e conseqüente aplicabilidade e simplesmente determinavam o arquivamento dos autos de infração que não trouxessem qualquer elemento de prova no sentido proposto pelo art. 3º da Resolução nº 432/13.

Apontavam como problema intransponível a ausência de um código de identificação próprio para esta prática, bem como de uma tipificação apropriada no capítulo de infrações.

Em similar sentido, atacando a pertinência deste texto legal, o professor Luiz Flávio Gomes assevera que:

“sabe-se que é uma faculdade do condutor do veículo automotor se submeter à realização do exame de sangue ou do teste do etilômetro ou bafômetro. A submissão decorre de sua livre vontade, ao passo que o §3 do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro impõe sua realização compulsória sob pena de nova incidência das penalidades previstas no art. 165. Este preceito fere portanto, o princípio constitucional à não autoincriminação.

... esse parágrafo tem previsão no capítulo das medidas administrativas, ou seja, ele não reveste natureza de infração administrativa. Logo, sua incidência com fim sancionador se revela abusiva ao princípio da legalidade, aplicável por analogia, pois não há infração administrativa sem prévia cominação legal.

Ademais, nesse ínterim, por não ser considerada infração administrativa, na prática quando a confecção pelo policial da autuação, não haverá numeração equivalente para compor o respectivo campo no preenchimento do auto de infração. Isso porque não existe nenhuma infração por não se submeter ao exame solicitado para comprovar a influência alcoólica. É evidente que o policial não poderá preencher o número correspondente à infração do art. 165 do CTB, pois do contrário configurará ofensa ao princípio *ne bis in idem*

Em último lugar, não há sentido em punir o condutor que não se submete à perícia pelo bafômetro quando o legislador ordinário previu a possibilidade de caracterização da infração do art. 165 da Lei de Trânsito por quaisquer provas em direito admitidas. O testemunho dos policiais, nesse contexto, apenas se revestiria e fé pública mediante colaboração do próprio condutor?

Luiz Fávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem . Nova lei seca. Saraiva. 2013. São Paulo. P. 85

Tomando por base toda a argumentação acima exposta, há que se considerar a inovação trazida pela portaria nº 217/14 do DENATRAN que tem por finalidade aplacar a dificuldade de aplicação do famigerado §3º do art. 277 do CTB. Vejamos:

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO - DENATRAN, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 19 da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro - CTB e a Resolução nº 217, de 14 de dezembro de 2006, do Conselho Nacional de Trânsito - Contran;

considerando a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que instituiu o § 3º do art. 277 do CTB;

considerando a Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012;

considerando o disposto no Processo Administrativo nº 80000.023845/2013-35, resolve:

Art. 1º - Alterar o Anexo IV - Tabela de Enquadramentos da Portaria Denatran nº 59, de 25 de outubro de 2007, para acrescentar código de infração específico à conduta prevista no art. 277, § 3º, do CTB.

Art. 2º - Os autos de infração lavrados sob o código 516-91 em data anterior à publicação desta portaria e cuja descrição da infração seja a recusa do condutor de se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no art. 277 do CTB, serão válidos desde que conste do auto de infração a referência ao § 3º do art. 277 do CTB ou a descrição desta conduta infracional.

(omissis)

Como já salientado, os principais problemas apontados pelos aplicadores da norma e pela doutrina pátria para a não aplicação do §3º do art. 277 do CTB, consistem na falta de codificação própria e tipificação adequada.

Diante de tal impedimento foi editada a portaria acima transcrita.

Todavia, em que pese o louvável escopo da norma, a mesma padece de vícios que a tornam, no mínimo, questionável sob o ponto de vista jurídico.

O artigo 1º da portaria expressa o acréscimo de um código de infração específico à conduta prevista no art. 277, §3º do CTB. Contudo esta suposta infração não existe. É uma invenção do DENATRAN pura e simples.

Veja, a recusa à submissão aos testes disponíveis não se trata de infração de trânsito e nunca o foi.

O texto em questão encontra-se topograficamente no capítulo XVII do CTB, referindo-se portanto a uma mera medida administrativa e não a uma infração de trânsito constante no capítulo XVI, tal qual a conduta do art. 165 que efetivamente se trata de uma infração de trânsito.

Por tal motivo, sob uma perspectiva jurídica, conforme já dito, a portaria em questão tenta resolver o problema de traz para frente, isto é, cria um código para uma conduta infracional que a rigor não existe, quando na verdade a ordem cronológica dos fatos deveria ser a criação do tipo infracional, por exemplo: 165-A “recusar-se a se submeter à teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, para depois criar-se um código referente à tal infração.

Contudo, por outro prisma, partindo dos pressupostos de que: 1 - o DENATRAN não tem a competência legislativa do Congresso Nacional; 2 – A política brasileira não vive seu melhor momento; 3 – O Sistema Nacional de Trânsito tem por incumbência dar prioridade em suas ações à defesa da vida; 4 – O regime jurídico administrativo é baseado na supremacia do interesse público e na indisponibilidade deste interesse, é certo que o intento demonstrado pela ação do Departamento Nacional de Trânsito foi o

de por fim à insegurança dos agentes de trânsito no momento da autuação, bem como das autoridades de trânsito ao se depararem com a análise dos autos julgando sua (in)consistência.

Assim, Penso que o interesse público está prestigiado até o momento com esta inovação trazida pela Portaria nº 217 de 4 de novembro de 2014 do DENATRAN, pois a Administração Pública na figura dos órgãos e entidades de trânsito não pode simplesmente ignorar a existência desta norma, devendo sim cumpri-la; caso contrário estaria o próprio Poder Público renegando a força de um dos mais importantes atributos do ato administrativo que é a presunção relativa de legitimidade e legalidade.

Desta maneira, até o presente momento, ao Sistema Nacional de Trânsito cabe aplicar a norma, ao condutor “recorrer”, e ao Judiciário a definição da legalidade ou não da Portaria.

Enfim, a portaria nº 217 do DENATRAN pode não ser a solução do problema, mas é um ótimo começo.

**PAULO ANDRÉ CIRINO**, advogado efetivo do DETRAN|ES. Pós Graduado em Direito Judiciário. Presidente da 2ª Comissão de defesa Prévia de infração do DETRAN|ES. Membro do GTDETRAN – Grupo de Trabalho do Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Espírito Santo. Membro da Comissão Especial para estudo e análise da aplicação da Resolução nº 404 de 12 do CONTRAN, Professor da Escola de Serviço Público do Espírito Santo - ESESP. Professor de Direito de Trânsito e Direito Administrativo de cursos para concursos. Palestrante.