
A INFRAÇÃO DE DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL DIANTE DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E CALIFORNIANA

*THE OFFENSE OF DRIVING UNDER THE INFLUENCE OF ALCOHOL
BEFORE THE BRAZILIAN AND CALIFORNIAN LAWS*

*Arthur Longman Rocha
Procurador Federal, formado em Direito pela
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Infração de Embriaguez ao Volante; 1.1 Da qualificação da infração como Ilícito de perigo concreto ou abstrato; 1.2 A “tolerância zero” Frente ao Princípio da Proporcionalidade; 1.3 O § 3º, do art. 277, do CTB e o Princípio da Presunção de Inocência; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise comparativa entre as legislações brasileira e norte-americana, especificamente a do Estado da Califórnia, no tocante à infração de dirigir sob a influência do álcool. Pretende-se demonstrar que, embora a referida infração seja tipificada pelas legislações comparadas de forma semelhante, a questão é tratada de forma diferente pelo ordenamento jurídico e pelas autoridades dos dois Países.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Driving Under the Influence – DUI. Lei Seca. Tolerância Zero. Princípios Constitucionais. Direito norte-americano. Direito Brasileiro. Semelhanças e diferenças.

ABSTRACT: The present work aims to make a comparison between the laws of Brazil and United States, specifically the law of the State of California, regarding the offense of driving under the influence of alcohol. We intend to demonstrate that, despite that violation is similarly typified by the compared laws, the subject is treated differently by the legal system and the authorities of both countries.

INTRODUÇÃO

Primeiramente, cumpre destacar que a elevada mortalidade por acidentes de trânsito representa um problema de saúde pública tanto no Brasil como nos Estados Unidos. É imprescindível, portanto, a adoção de medidas públicas visando à diminuição do número de acidentes automobilísticos.

Considerando que o binômio álcool e direção é um dos principais responsáveis pelos acidentes de trânsito mais graves, faz-se indispensável a elaboração de normas jurídicas recriminando a conduta de dirigir embriagado. Não se admite, atualmente, um país civilizado cujo ordenamento jurídico não repreenda a referida conduta.

Visando garantir uma maior segurança no trânsito, o legislador pátrio editou, no ano de 2008, a Lei nº 11.705, que trouxe alterações ao Código de Trânsito Brasileiro no tocante à conduta de dirigir após o consumo de álcool.

Ações voltadas à diminuição do número de acidentes de trânsito são extremamente importantes. Porém, a referida lei é bastante criticada em razão do rigor com que tratou a matéria, sendo alvo de constantes censuras por estudiosos do Direito, inclusive quanto a aspectos de constitucionalidade, o que dificulta a aplicação e a aceitação da mesma pela população.

A intenção do presente estudo é, justamente, analisar os vícios apontados na “Lei Seca” pelos doutrinadores, fazendo um paralelo com as normas de trânsito do Estado da Califórnia¹ que disciplinam a infração de dirigir sob a influência de álcool.

1 DA INFRAÇÃO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

A conduta de dirigir sob a influência de álcool encontra-se tipificada no artigo 165, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que assim dispõe:

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;

¹ A referência à legislação Californiana, ao invés da estadunidense, é em razão de cada Estado Norte Americano possuir um Código de Trânsito próprio.

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

Por sua vez, o Código de Trânsito do Estado da Califórnia, prevê o ilícito em tela nos seguintes termos², *in verbis*:

Driving Under Influence of Alcohol or Drugs

23152. (a) It is unlawful for any person who is under the influence of any alcoholic beverage or drug, or under the combined influence of any alcoholic beverage and drug, to drive a vehicle.

Conforme se verifica dos dispositivos legais supratranscritos, o art. 165, do CTB possui redação praticamente idêntica a da Seção 23152 (a), do *State of California 2012 Vehicle Code*. Uma análise literal dos dispositivos legais em comento pode dar a impressão de que a questão é tratada de forma semelhante pelas legislações comparadas.

Não é, porém, bem assim.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a infração prevista no art. 165, do Código de Trânsito Brasileiro, possui natureza meramente administrativa. Portanto, o particular que incorrer na prática do citado dispositivo somente poderá sofrer penalidades no âmbito administrativo. Não é possível o particular ser preso pela prática da infração em tela.

Por outro lado, a legislação californiana admite, em tese, a prisão pela prática da infração de *Driving Under the Influence - DUI*, embora, via de regra, as penalidades aplicadas também sejam de cunho administrativo (suspensão do direito de dirigir e multa).

Com base nas tipificações supra, far-se-á uma análise da infração de embriaguez ao volante sob a luz da legislação brasileira e californiana.

² State of California Vehicle Code, Section 23152. (a)

1.1 DA QUALIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO COMO ILÍCITO DE PERIGO CONCRETO OU ABSTRATO

Existe uma forte corrente doutrinária que entende que a infração de dirigir sob a influência de álcool, pela sua própria natureza, encontra-se inserida no rol dos ilícitos de perigo concreto³.

Damásio E. de Jesus é um ferrenho defensor da tese de que a infração do art. 165, do CTB, é um ilícito de perigo concreto, ou seja, que depende da condução inapropriada do veículo, implicando efetivamente em risco à segurança do trânsito.

A condição “sob a influência” seria, portanto, elemento subjetivo do tipo, indispensável para a ocorrência da infração em apreço, conforme doutrina o citado criminalista⁴:

Não é suficiente que o motorista tenha ingerido bebida alcoólica ou outra substância de efeitos análogos para que ocorra o crime. É preciso que dirija o veículo “sob influência” dessas substâncias (elemento subjetivo do tipo; Ganzenmüller, Escudero e Frigola). O fato típico não se perfaz somente com a direção do motorista embriagado. É imprescindível que o faça “sob a influência” de álcool, etc. Não há, assim, crime quando o motorista, embora provada a presença de mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue, dirige normalmente o veículo.

Não foi esta, porém, a tese adotada pelo legislador brasileiro. Isto porque, o art. 276 do Código de Trânsito estabelece que “qualquer concentração de álcool no sangue sujeita o condutor às penalidades prevista no art. 165 deste Código”.

Desta forma, fixou-se legalmente que a infração de dirigir sob a influência de álcool se concretiza com a mera ingestão de bebida alcoólica pelo motorista, independentemente do efetivo comprometimento da habilidade de condução do veículo.

Observa-se, pois, que a norma brasileira qualificou a infração administrativa em tela como de perigo abstrato ao presumir, *juris et de jure*, que a conduta de dirigir o veículo após o consumo de bebida alcóolica, em

3 Segundo Damásio E. de Jesus, o crime de perigo concreto é o que precisa ser provado. O perigo não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado.

4 JESUS, Damásio E. de. *Embriaguez ao volante*: notas à Lei n. 11.705/08. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=64479>. Acesso em: 25 mar. 2012. Embora o comentário seja relativo ao crime de dirigir sob a influência de álcool (art. 306, do CTB), a fundamentação aplica-se, igualmente, à infração administrativa do art. 165.

qualquer quantidade, põe em risco a coletividade, devendo ser proibida, independente do concreto prejuízo à capacidade de direção do motorista.

A situação é diferente na Califórnia. A própria definição legal da expressão *under the influence* já deixa explícito que a infração em questão não se perfaz com o mero consumo de álcool pelo motorista, sendo imperioso o comprometimento da capacidade de condução, conforme se verifica abaixo⁵:

2. DEFINITION OF UNDER THE INFLUENCE (ALCOHOL OR DRUGS).

a. A person is considered under the influence of an alcoholic beverage, drug, or combination of alcohol and drugs when his/her physical or mental abilities are impaired to such a degree that he/she no longer has the ability to drive a vehicle with the caution characteristic of a sober person or ordinary prudence, under the same or similar circumstances.

O ilícito de dirigir sob o efeito de álcool, portanto, é considerado pela legislação californiana como de perigo concreto. Ou seja, não basta, para a caracterização do ilícito de *DUI*, a ingestão de bebida alcoólica pelo motorista. É indispensável que o consumo de álcool tenha resultado na diminuição concreta da capacidade de conduzir o veículo.

Não havendo o comprometimento da habilidade de dirigir, não há que se falar em ilícito de *DUI*, ainda que o motorista tenha ingerido uma pequena quantidade de álcool.

Em decorrência da qualificação da infração de *DUI* como de perigo concreto, os motoristas apenas são abordados por um policial quando o veículo está sendo conduzido de forma imprópria (avanço de sinal, excesso de velocidade, o carro não consegue se manter na mesma faixa, etc.).

Conseqüentemente, o motorista só é submetido a um exame de alcoolemia quando está conduzindo o veículo de forma indevida, colocando em risco a sua vida e a de outras pessoas.

1.2 A “TOLERÂNCIA ZERO” FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma das maiores críticas à “Lei Seca” diz respeito ao seu rigor, uma vez que considerou sob a influência de álcool o motorista que esteja com qualquer concentração de álcool no sangue⁶.

5 Definição constante no Driving Under the Influence Enforcement Manual

6 Art. 276, do CTB: Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Regulamento

Yordam Moreira Delgado⁷ atacou a constitucionalidade da redação conferida pela 11.705/08 ao art. 276, do CTB, em razão da afronta ao princípio da proporcionalidade, *in verbis*:

Pela dicção dos artigos supra, percebe-se a desproporcionalidade criada pela nova lei, pois bastam dois bombons de licor para que o motorista tenha de pagar a multa, e ter sua carteira suspensa, conforme notícia da *Folha de S.Paulo*, que informa ter uma repórter se submetido a um teste realizado pela PM, em um bafômetro descartável, após consumir dois bombons de licor, e o aparelho acusou 0,21 mg de álcool por litro de ar expelido, o que seria o suficiente para caracterizar a infração administrativa; e um pouco mais (0,30 mg/l) teria cometido o crime de embriaguez ao volante. Certamente o mesmo ocorreria com o motorista que fosse jantar e não consumisse nenhuma bebida alcoólica, mas resolvesse comer de sobremesa papaia com creme de cassis, ou o padre que tomasse um gole do vinho durante a celebração da missa e fosse dirigir.

[...]

Vê-se assim que, não houve bom senso do legislador, ao não prever um grau mínimo de tolerância, contrariando inclusive estudos do Denatran que indicam que até 0,16 g/l de sangue é um grau de tolerância fisiológica, não causando nenhum risco de acidente. Ora, se até 0,16 g/l qualquer organismo tolera sem implicar qualquer risco adicional na direção, por esse fato, como então impor uma severa pena de multa e de suspensão por um ano da licença para quem estiver dirigindo e for flagrada dentro dessa quantidade de álcool. É um absurdo.

É pertinente a censura em tela, especialmente porque o consumo de álcool em pequenas quantidades encontra-se enraizado nos hábitos culturais do brasileiro.

Tomar uma cerveja após a partida de futebol com os amigos é uma conduta socialmente aceita. Assim como o brinde feito nas maternidades para celebrar o nascimento de uma criança.

Todavia, a pessoa que conduzir o veículo após as situações citadas acima estará praticando o ilícito administrativo previsto no art. 165, do

7 DELGADO, Yordam Moreira. *Lei seca pode diminuir acidentes, mas provoca injustiças graves*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_seca_reduzir_acidentes_provoca_injusticas_graves>. Acesso em: 25 mar. 2012.

CTB, estando sujeita às penas de multa e suspensão de dirigir por 12 (doze) meses.

Assim ocorre porque, para a configuração da infração em tela, o legislador adotou o critério da “tolerância zero”, não importando se o consumo de álcool se limitou a um copo de cerveja ou a uma dose de whisky, nem tampouco se as habilidades do motorista foram prejudicadas.

Nesse ponto a lei californiana é bem mais branda do que a brasileira. Tanto que estabelece a presunção de inexistência do ilícito de *DUI*, quando o resultado do exame de alcoolemia é inferior a 5 (cinco) decigramas de álcool por litro de sangue. Assim reza a norma estrangeira⁸:

Blood-Alcohol Level: Presumptions Affecting Burden of Proof

Section 23610. (a) Upon the trial of any criminal action, or preliminary proceeding in a criminal action, arising out of acts alleged to have been committed by any person while driving a vehicle while under the influence of an alcoholic beverage in violation of subdivision (a) of Section 23152 or subdivision (a) of Section 23153, the amount of alcohol in the person's blood at the time of the test as shown by chemical analysis of that person's blood, breath, or urine shall give rise to the following presumptions affecting the burden of proof:

(1) If there was at that time less than 0.05 percent, by weight, of alcohol in the person's blood, it shall be presumed that the person was not under the influence of an alcoholic beverage at the time of the alleged offense.

Da leitura do dispositivo legal supra, observa-se que o legislador americano entendeu que o consumo de uma pequena quantidade de álcool não prejudica a condução segura de veículo automotor.

Minucioso estudo realizado pela Universidade de Utah⁹ demonstrou que o risco associado ao uso de telefone celular durante a condução de um veículo é semelhante ao de uma pessoa com uma concentração de 8 (oito) decigramas de álcool por litro de sangue.

⁸ *State of California 2012 Vehicle Code*

⁹ STRAYER, David L. DREWS, Frank A. CROUCH, Dennis J. *A Comparison of the Cell Phone Driver and the Drunk Driver*. Disponível em: <<http://www.distraction.gov/research/pdf-files/comparison-of-cellphone-driver-drunk-driver.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

Para se chegar à conclusão acima foram realizados, com 40 pessoas, testes que simulavam situações reais de condução de veículo. Embora as características da forma de direção dos motoristas alcoolizados sejam diferentes das dos condutores que utilizam aparelho celular (os primeiros apresentam um estilo de direção mais agressivo enquanto estes se mostram mais lerdos e distraídos), no tocante à *segurança do tráfego*, os resultados demonstram que a capacidade de conduzir o veículo dos motoristas comparados fica igualmente comprometida. Observe-se:

Taken together, we found that both intoxicated drivers and cell phone drivers performed differently from baseline and that the driving profiles of these two conditions differed. Drivers using a cell phone exhibited a delay in their response to events in the driving scenario and were more likely to be involved in a traffic accident. Drivers in the alcohol condition exhibited a more aggressive driving style, following closer to the vehicle immediately in front of them, necessitating braking with greater force. With respect to traffic safety, the data suggest that the impairments associated with cell phone drivers may be as great as those commonly observed with intoxicated drivers.

Não obstante a comprovação acima, a infração de dirigir o veículo falando no celular é considerada pelo Código Brasileiro de Trânsito (art. 252) como de gravidade média, sujeita a mera pena de multa, enquanto a infração de dirigir sob a influência de álcool (art. 165) é tipificada como gravíssima, com penalidades de multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por doze meses.

Nesse contexto, parece que o legislador pátrio foi deveras rigoroso ao disciplinar a infração de dirigir sob a influência de álcool, aplicando penalidades administrativas extremamente severas diante de uma conduta de potencial lesivo relativamente pequeno.

Ao doutrinar sobre o princípio da proporcionalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ assevera que “ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”. Assim conclui o ilustre professor:

Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros 1999. p. 68

aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes.¹¹

Se a finalidade almejada com a edição da “Lei Seca” era a diminuição dos acidentes automobilísticos, principalmente os mais graves que acabam culminando em vítimas fatais, não haveria necessidade de tamanho rigor (tolerância zero), haja vista que estes acidentes, em regra, *não são causados por pessoas que ingeriram* uma pequena quantidade de álcool, mas sim por motoristas altamente alcoolizados.

Respalda a afirmação acima a seguinte estatística: no ano de 2010, 32.885 (trinta e duas mil, oitocentos e oitenta e cinco) pessoas morreram em decorrência de acidentes de trânsito nos Estados Unidos¹², enquanto no Brasil o número de acidentes fatais para o mesmo período foi de 40.610 (quarenta mil, seiscentos e dez)¹³.

A diferença acima se torna ainda mais gritante ao considerarmos que a população norte-americana é de 311.800.000 (trezentos e onze milhões e oitocentos mil)¹⁴ enquanto o Brasil conta com 190.732.694 (cento e noventa milhões, setecentos e trinta e dois mil e seiscentos e noventa e quatro) habitantes¹⁵.

Cumpra destacar, ainda, que os Estados Unidos, mesmo não adotando um regime de “tolerância zero”, conseguiram obter no ano de 2010 o menor número de fatalidades no trânsito desde 1949¹⁶.

Com base nos números acima e levando em consideração que a legislação americana admite a condução de veículo por motorista que tenha ingerido uma pequena quantidade de álcool, é de se concluir que estão com razão os autores que julgam o art. 276, do CTB, irrazoável e desproporcional.

11 MELLO, op. cit. p. 68.

12 Ver: <<http://www-nrd.nhtsa.dot.gov/Pubs/811552.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

13 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/transito-e-responsavel-por-mais-de-40-mil-mortes-no-pais>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

14 Verificar: <<http://geography.about.com/od/obtainpopulationdata/a/uspopulation.htm>> Acesso em : 19 mar. 2012.

15 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766>. Acesso em: 19 mar. 2012.

16 Ver: <<http://www-nrd.nhtsa.dot.gov/Pubs/811552.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

1.3 O § 3º, DO ART. 277, DO CTB E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Reza o § 3º, do art. 277, do Código de Trânsito Brasileiro, que “serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.”

Observe-se que a recusa em se submeter aos procedimentos solicitados pelas autoridades administrativas não é considerada pelo referido Código como uma infração administrativa própria. Se assim fosse, tal conduta viria estipulada no Capítulo XV, relativo às infrações administrativas.

Todavia, a recusa em tela encontra-se inserida no Capítulo XVII (Das Medidas Administrativas), no parágrafo de um artigo cujo *caput* disciplina a realização de exames que permitam confirmar a prática da infração de dirigir sob a influência de álcool¹⁷.

Sobre as regras de hermenêutica jurídica, ensina Alberto Marques dos Santos¹⁸:

a posição de um comando legal permite compreender a abrangência que o legislador quis lhe dar. Compreende-se intuitivamente que o parágrafo, como fragmento subordinado ao *caput* de um artigo, tem seu âmbito de aplicabilidade restrito – em princípio – ao âmbito de aplicabilidade do seu *caput* subordinante.

Assim, tendo em vista a situação topológica onde se encontra o parágrafo em apreço, observa-se que o legislador *não criou uma nova infração* administrativa, mas sim estabeleceu a seguinte conclusão: o motorista que se recusa a fazer o exame de alcoolemia está dirigindo embriagado.

A lei brasileira, portanto, transferiu para o particular a obrigação de provar que não está cometendo a infração administrativa de dirigir sob a influência de álcool, sob pena de, não o fazendo, ser punido pela prática da infração prevista no art. 165 do CTB.

17 Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)

18 SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. Disponível em: <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

Questiona-se, porém, se, diante do princípio da presunção de inocência consagrado na Carta Magna brasileira, seria legítima a aplicação de penalidade em razão da recusa do particular a produzir prova contra si.

Os autores que respondem negativamente à pergunta acima alegam que os direitos de não produzir prova contra si mesmo e o de permanecer calado *são* corolários do princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, a recusa em realizar o exame de alcoolemia não poderia resultar na punição do condutor do veículo, pois como afirma Sylvia Helena de Figueiredo Steiner¹⁹: “Não se concebe um sistema de garantias no qual o exercício de um direito constitucionalmente assegurado pode gerar sanção ou dano”.

A jurisprudência brasileira, no entanto, vem entendendo que o princípio do *nemo tenetur se detegere* apenas possui aplicação no âmbito criminal²⁰. Consequentemente, vem prevalecendo nos Tribunais a tese de que o § 3º em comento não afronta a Constituição Federal, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita²¹:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO. EXAME DE ALCOOLEMIA. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. ARTS. 165 E 277, §3º DO CTB. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO.

1. A questão em debate no presente recurso cinge-se à aplicação das penalidades administrativas previstas no parágrafo 3º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 11705/08, em caso de recusa, por parte dos impetrantes em submeterem-se ao exame de alcoolemia, vulgarmente conhecido como “bafômetro”. 2. A exigência do aferimento da concentração de álcool por litro de sangue a quem está conduzindo veículo automotor de via terrestre advém do cumprimento da lei pelas autoridades e agentes administrativos encarregados da segurança do trânsito, a teor do disposto na Lei nº 11.705/2008. 3. Nos termos do § 3º do art. 277 da Lei nº 11.705/2008, se o condutor

19 STEINER, Sylvia Helene de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. p. 125

20 É o que se conclui do Acórdão proferido pelo TRF1 (RSE, Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz, Órgão Julgador: Quarta Turma, Fonte: e-DJF1 Data: 10/02/2012, Página: 1218)

21 Acórdão proferido pelo TRF da 2 Região (Processo: AC 200851020027445; Relator: Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA; Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA; Fonte: E-DJF2R - Data:19/10/2010 - Página:314)

do veículo não concordar em ser submetido ao teste do bafômetro, não poderá ser fisicamente coagido a fazê-lo, mas sujeitar-se-á às medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB. 3. Inexiste qualquer inconstitucionalidade por afronta aos artigos 5º, LVI, LV, e 60, § 4º, da Constituição Federal, na medida em que deve ser efetivada a devida ponderação dos interesses, a justificar a prevalência dos interesses socialmente difundidos de maior valor, como saúde e a vida, sobre aquele estritamente individual, de não se submeter a uma auto-incriminação prevista no art. 277 do CTB. 4. Precedente desta Corte: TRF2, AC 200851015095225, 6ª Turma Especializada, rel. Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, E-DJF2R 08/04/2010, p. 275/276. 5. Apelo conhecido e desprovido.

Verifica-se, portanto, que o tema é bastante controvertido. Porém, uma coisa é certa: independente da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o § 3º, em apreço, é um dispositivo desnecessário, cuja existência vem causando grandes transtornos aos condutores de veículos.

Explica-se. A infração prevista no art. 165, do CTB, não exige a quantificação da concentração de álcool existente no sangue do motorista, bastando a mera constatação de que o condutor se encontra sob a influência de álcool.

O estado de embriaguez do motorista pode ser provado por qualquer meio de prova em direito admitida (cheiro de álcool no hálito, fala enrolada, testemunhas, etc.), nos termos do § 2º, do art. 277, *in verbis*:

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Assim, uma avaliação acurada da condição físico/psicológica do motorista pelo agente de trânsito já é suficiente para caracterizar a infração de dirigir sob a influência de álcool, não havendo necessidade de realização do teste do bafômetro.

*É exatamente isto que acontece no Estado da Califórnia. Os policiais são treinados para identificar sinais de embriaguez, podendo, inclusive, solicitar ao motorista que execute determinadas ações que permitem detectar a situação de embriaguez. São os chamados *Field Sobriety Tests*.*

Cumpra destacar, ainda, que na Califórnia, caso o policial verifique, por meio dos *Fiel Sobriety Tests*, que o motorista está alcoolizado, poderá ser efetuada, imediatamente, a sua prisão, bem como proceder com o exame de alcoolemia, independentemente da anuência do particular²².

Todavia, conforme ressaltado anteriormente, as prisões e requisições de exames de alcoolemia apenas acontecem nos Estados Unidos quando devidamente constatado pelo policial a prática da infração de *DUI*, infração esta cuja ocorrência depende da efetiva condução inapropriada do veículo.

Por outro lado, no Brasil os agentes de trânsito solicitam a realização de exame de alcoolemia a todas as pessoas abordadas nas ações de fiscalização, independente da presença de indícios de ingestão de bebida alcóolica. Segundo destaca Guilherme de Souza Nucci²³:

A Lei 11.705/08 foi editada para *facilitar* o trabalho da fiscalização, sem o menor pudor em resguardar relevantes direitos e garantias fundamentais. Antes dela, o agente de trânsito já tinha condições plenas de fiscalizar quem dirigisse embriagado ou sob influência de álcool. Entretanto, poderia ter mais trabalho e haveria de agir com maior empenho e treinamento. Mas isso não soou importante para o Estado. Ao contrário, em qualquer área, mormente da segurança pública, prefere-se o caminho mais fácil. Aparelhar os órgãos estatais e treinar o seu pessoal são atividades muito mais custosas do que editar uma lei inconstitucional, voltada à sociedade brasileira, formada em grande parte por pessoas leigas e outras tantas analfabetas e ignorantes de seus direitos básicos.

Contando, ainda, com o apoio da imprensa, sob o prisma de que *os fins justificam os meios*, está construída a armação para solapar a garantia da presunção de inocência e de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

22 In *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), the U.S. Supreme Court held that police did not violate the Fourth Amendment by arranging to obtain a blood sample from a nonconsenting suspect without a warrant after an auto accident. Because the body quickly eliminates evidence of alcohol, the Supreme Court concluded that exigent circumstances obviate the need for a warrant in that situation. The *Schmerber* court found that the suspect's aroma of alcohol and bloodshot eyes gave the officers probable cause.

23 NUCCI, Guilherme de Souza. A Presunção de Inocência e a "Lei Seca". Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/a_presuncao_da_inocencia_e_a_lei_seca.pdf>. Acesso em 25 mar. 2012.

Sucedee, contudo, que o art. 277, caput, do CTB, determina que o condutor sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia. Dessa forma, apenas dos motoristas com sinais de embriaguez poderia ser solicitada a realização teste do bafômetro.

Não é assim, porém, que os agentes de trânsito vêm agindo. Prova disto é que dos 2,7 (dois vírgula sete) milhões de testes de bafômetro realizados pela Polícia Rodoviária Federal durante o período de junho de 2008 a dezembro de 2011, apenas 84 (oitenta e quatro) mil detectaram a presença de álcool no sangue do condutor do veículo²⁴.

Assim, era melhor se o legislador não tivesse inserido o parágrafo em comento no Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que: 1) os princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência põem em xeque a constitucionalidade do citado dispositivo legal; e 2) a existência deste é totalmente desnecessária, uma vez que a infração do art. 165 pode ser comprovada por outros meios de prova.

2 CONCLUSÃO

A legislação de trânsito brasileira *é mais severa* do que a californiana no que diz respeito à infração de dirigir sob a influência de álcool. Esse rigor excessivo da legislação tupiniquim, além de ser juridicamente questionável e de ir ao arrepio de condutas socialmente aceitas, *não garante um trânsito mais seguro*.

Confrontando o *número de acidentes de trânsito ocorridos no Brasil e nos Estados Unidos*, conclui-se que, em relação ao binômio álcool e direção, o investimento em políticas públicas de conscientização/educação dos motoristas, aliado a permanentes ações de fiscalização pelas autoridades de trânsito, produz resultado mais eficaz do que a edição de uma lei draconiana.

Nessa esteira de raciocínio, verifica-se que a diminuição no número de acidentes de trânsito no cenário brasileiro não seria resultado da “tolerância zero” instituída pela “Lei Seca”, mas sim fruto das incipientes ações educativas e de fiscalização instituídas pelos órgãos governamentais, ações estas totalmente ignoradas outrora.

24 *Governo quer duplicar multa toda vez que motorista bêbado for flagrado*; O Estado de S. Paulo/BR, 31/02/2012, clipping de 31/01/2012, do Ministério da Saúde, p. 16. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/3112012.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Yordam Moreira. *Lei seca pode diminuir acidentes, mas provoca injustiças graves*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_seca_reduzir_acidentes_provoca_injusticas_graves>.

JESUS, Damásio E. de. *Embriaguez ao volante: notas à Lei n. 11.705/08*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=64479> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo. Saraiva. 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A Presunção de Inocência e a “Lei Seca”*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/a_presuncao_da_inocencia_e_a_lei_seca.pdf>.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. Disponível em: <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>

STEINER, Sylvia Heleno de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000.

STRAYER, David L. DREWS, Frank A. CROUCH, Dennis J. *A Comparison of the Cell Phone Driver and the Drunk Driver*. Disponível em: <<http://www.distraction.gov/research/pdf-files/comparison-of-cellphone-driver-drunk-driver.pdf>>