
O CRIME DE EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO: UMA COMPARAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO DO ESTADO DA CALIFÓRNIA

*THE CRIME OF DRIVE UNDER THE INFLUENCE OF ALCOHOL: A
COMPARISON WITH CALIFORNIA LAW*

*Viviane Vasconcelos Falcão Ferraz
Procuradora da Fazenda Nacional*

*Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina -
UNISUL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Legislação Penal de Trânsito no Brasil; 2 Legislação Penal de Trânsito na Califórnia; 3 Alteração da Tipicidade do Crime de Dirigir Embriagado; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A criminalização da conduta de dirigir embriagado é uma tendência mundial, decorrente de estudos científicos comprovando que o consumo de álcool compromete a habilidade dos motoristas e eleva o número de acidentes de trânsito. No Brasil, é crime conduzir veículo com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro, sendo necessário medir o nível de álcool através de exame de sangue ou teste de bafômetro. Processar um motorista pelo crime de dirigir embriagado tornou-se difícil diante da impossibilidade de obrigá-lo a fazer os testes de alcoolemia. É recomendável, portanto, alterar a conduta típica para também proibir a condução de veículos por motoristas com habilidade física e mental debilitada pela influência do álcool, independentemente do nível de álcool no sangue, seguindo o exemplo da lei da Califórnia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Dirigir Alcoolizado. Concentração de Álcool no Sangue. Meios de Prova. Exame de Sangue. Bafômetro.

ABSTRACT: The criminalization of drunk driving is a worldwide trend due to scientific studies showing that alcohol consumption impairs the driver's ability and it increases the number of traffic accidents. In Brasil it is unlawful drive a vehicle with a specified blood alcohol concentration level (0,6 g/l), measured through blood test or breathalyzer alcohol test. A prosecution for driving under the influence became difficult due to the impossibility of forcing the driver to make the alcohol tests. It is recommended to create a new offense of driving while under the influence of alcohol, when as a result of drinking the alcoholic beverage his or her physical or mental abilities are impaired, independently of the level of alcohol in the blood, following the example of California law.

KEYWORDS: Criminal Law. Drive Under the Influence of Alcohol. Specified Blood Alcohol Concentration. Evidence. Blood Test. Breathalyzer Test.

INTRODUÇÃO

O grande número de mortes em acidentes de trânsito provocados por motoristas bêbados levou diversos países a adotarem uma postura mais repressiva para proibir a condução de veículos após a ingestão de bebidas alcoólicas, criminalizando a conduta e estabelecendo sanções severas para quem descumpra a proibição, exceto por um pequeno grau de tolerância. Esse grau de tolerância é representado por uma taxa máxima de álcool admitida, que normalmente oscila entre 2 (dois) decigramas e 1 (um) grama de álcool por litro de sangue¹, tendo em vista a correlação estabelecida entre o consumo de álcool, mesmo em pequenas quantidades, e a performance do motorista².

No Brasil, uma grande mudança se operou com a edição da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, conhecida como “Lei Seca”, que alterou os dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) para as infrações administrativas e impor sanções penais mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool acima do limite tolerado. No entanto, a interpretação dada à norma legal, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, praticamente esvaziou sua eficácia ao restringir as provas admitidas para comprovar a embriaguez ao exame de sangue e ao uso do etilômetro, sem que seja possível obrigar o motorista a realizá-los.

Essa dificuldade em comprovar que a pessoa dirigiu sob efeito de álcool dificulta a imposição da sanção penal e faz com que a norma penal deixe de atingir sua finalidade de controle social, que seria a preservação da segurança no trânsito e da incolumidade dos usuários das

1 PINSKY, Ilana; LARANJEIRA, Ronaldo. *O fenômeno do dirigir alcoolizado no Brasil e no mundo: revisão da Literatura*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos/fenomeno-dirigir-alcoolizado-brasil-mundo/fenomeno-dirigir-alcoolizado-brasil-mundo.shtml>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

2 Existem evidências de que o consumo de álcool apresenta relação direta tanto com a ocorrência quanto com a gravidade de acidentes de trânsito (Laranjeira & Romano, 2004). Modelli e colaboradores (2008) encontraram que 42,8% das vítimas fatais de acidentes de trânsito no Distrito Federal, em 2005, apresentavam alcoolemia acima do permitido na legislação então vigente, que estipulava limite de 0,6g/l. Os autores afirmam que o consumo de álcool nesses casos havia contribuído, em grau variável, com o evento da morte e com o tipo de acidente sofrido.

[...]

Segundo Laranjeira & Romano (2004:73), “prejuízos no desempenho tornam-se marcantes” quando a alcoolemia está entre 0,5g/l e 0,8g/l, mas podem estar presentes também com teor alcoólico menor que 0,5g/l. Ainda, o risco de um indivíduo com valor de 0,5g/l sofrer um acidente é duas vezes maior que o de outro com zero; quando a concentração atinge 0,8g/l, o risco é multiplicado por dez; e se for de 1,5g/l ou mais, o risco relativo será centenas de vezes maior. (CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *Alteração do Limite Máximo de Teor Alcoólico da Lei Seca*. Nota Técnica da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em 27 mar. 2012)

vias terrestres, a ser obtida com a mudança de postura dos motoristas ante o temor da coação. Sem uma efetiva aplicação da norma, contudo, continuará a ser socialmente tolerado beber e dirigir, apesar da conduta ser proibida.

Considerando que diversos projetos de lei já se encontram em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado para alterar a Lei Seca, é oportuno analisar as normas adotadas em outros países, para buscar inspiração em experiências mais bem sucedidas de aumento da segurança no trânsito.

É bastante relevante essa análise do direito estrangeiro dentro da disciplina de direito comparado. Como opina Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, “o exame de sistemas normativos de outros povos oxigena a musculatura intelectual, tempera a curiosidade, aguça a inteligência, eleva o espírito”³.

Vamos utilizar como parâmetro de comparação a legislação penal de trânsito dos Estados Unidos da América, mais especificamente do Estado da Califórnia, que pune de forma rigorosa a conduta daqueles que dirigem sob influência de álcool ou drogas, conhecida pela expressão de língua inglesa “*driver under influence – DUI*”.

1 LEGISLAÇÃO PENAL DE TRÂNSITO NO BRASIL

A conduta de dirigir sob efeito de álcool começou a ser considerada crime, no Brasil, com a edição da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro – CTB e estabelecia, em seu art. 306:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

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

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

3 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas Introdutórias ao direito comparado*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/direitoComparado.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

A redação do *caput* do art. 306 do CTB foi alterada pela Lei nº 11.705, de 2008, sancionada com a finalidade de não admitir qualquer teor alcoólico⁴ aos motoristas e tipificar a condução de veículo com concentração de álcool no sangue superior a 0,6 g/l, nos seguintes termos:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Para que possa ser definido o nível de álcool no sangue do motorista, para efeitos de condenação em crime de trânsito, o Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008, regulamentou a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia:

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Na redação original do CTB, a conduta só estava enquadrada no tipo penal se o condutor embriagado colocasse em risco a incolumidade de alguém ao alterar a forma de dirigir, tendo em vista que⁵:

4 Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

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

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

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

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

5 MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 238.

A lei adotou a teoria biopsicológica: não basta a ingestão de álcool ou substância análoga, mas é preciso estar sob influência do álcool ou substância análoga, portanto, com alteração de comportamento, no modo de conduzir o veículo, anormalmente, de forma a causar perigo.

A tipicidade foi profundamente alterada através da Lei nº 11.705, de 2008, passando a ser crime conduzir veículo automotor com concentração de álcool igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue, e não mais conduzir veículo sob a influência de álcool expondo a dano potencial a incolumidade dos outros motoristas, de ciclistas ou de pedestres, crime de perigo concreto indeterminado.

A mudança do tipo penal para um crime de perigo abstrato tornou despiciente a comprovação da influência do álcool sobre o comportamento do motorista, o que inicialmente pareceu representar um grande avanço para permitir a efetiva condenação dos infratores, pois era difícil comprovar o perigo à incolumidade de alguém.

No entanto, os doutrinadores logo perceberam a necessidade de aferição do nível de álcool no organismo do motorista, por ser elemento objetivo do tipo penal a constatação de que a concentração de álcool está acima do limite legal. Como defende João Carlos Pereira Filho⁶, “apenas estará evidenciado o crime – no tocante à dirigir alcoolizado – se restar devidamente comprovada a referida quantidade alcoólica [...]”, “não havendo que se falar que depoimento pessoal ou exame clínico poderiam suprir a eventual não realização dos exames”.

Em decorrência dessa inevitabilidade da medição da alcoolemia, começaram as discussões acadêmicas sobre quais os meios de provar a concentração de álcool no sangue, visto que o Decreto nº 6.448, de 2008, menciona apenas a utilização do exame de sangue e do etilômetro, popularmente conhecido como bafômetro, que verifica a concentração de álcool no sangue indiretamente, através do ar expelido pelos pulmões.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, surgiram duas correntes de posicionamento nos julgamentos de crimes de embriaguez ao volante. Para a primeira delas, a quantificação precisa do grau de alcoolemia através de etilômetro ou exame de sangue é elemento objetivo do tipo⁷, em razão do princípio da estrita legalidade

6 FILHO, João Carlos Pereira. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os meios de prova da elementar do tipo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, nº 3138, 3 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21019>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

7 Exemplos de decisões nesse sentido: REsp 1.113.360 (5ª turma; Relator Ministro Og Fernandes; DJe 18/10/2010); HC 177942/RS (6ª Turma; Relator Ministro Celso Limongi; DJe 14/03/2011);

do direito penal, como se verifica na decisão proferida no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1291648⁸:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. TESTE DO “BAFÔMETRO” E EXAME DE SANGUE ESPECÍFICO NÃO REALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO GRAU DE ALCOOLEMIA AO DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. AUSÊNCIA DE ELEMENTAR OBJETIVA DO TIPO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sofreu significativas mudanças em sua estrutura típica, com o advento Lei n.º 11.705/08. Primeiro, esse delito passou a ser de perigo abstrato, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta. Em segundo lugar, incluiu-se a elementar referente à “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”, tornando a imputação mais objetiva e precisa. Em seu texto original, o delito exigia, para sua configuração, apenas a comprovação de que o condutor do veículo dirigia sob a influência de álcool apta a comprometer a incolumidade de outrem.

2. A nova redação do crime de embriaguez ao volante exige, para caracterizar a tipicidade da conduta, seja quantificado o grau de alcoolemia. Essa prova técnica é indispensável e só pode ser produzida, de forma segura e eficaz, por intermédio do etilômetro ou do exame de sangue.

3. Insta observar, aliás, que o parágrafo único do referido art. 306 remete ao Decreto n.º 6.488/08, que, por sua vez, regulamentou a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, sem mencionar a aferição meramente clínica.

4. Desse modo, em face do princípio da legalidade penal, revejo minha posição, a fim de reconhecer a atipicidade da conduta por ausência de elementar objetiva do tipo penal.

5. Agravo regimental desprovido.

8 STJ, AgRg no Ag 1291648/RS; 5ª Turma; Relatora Ministra Laurita Vaz; DJe 10/10/2011.

A outra corrente de posicionamento do STJ admite a comprovação da conduta prevista no art. 306 do CTB através de prova testemunhal ou exame clínico, na impossibilidade de obtenção da prova técnica específica, que seria o teste do bafômetro ou o exame de sangue⁹, como se verifica no julgamento proferido no Recurso Especial nº 1.208.112¹⁰:

PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CARACTERIZAÇÃO. EXAME PERICIAL. TESTE DE ALCOOLEMIA OU BAFÔMETRO. PRESCINDIBILIDADE. AVERIGUAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. EXAME CLÍNICO E PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que a Corte estadual, não obstante a existência de depoimentos de testemunhas no sentido de que o réu conduzia o veículo sob influência de álcool, o absolveu da imputação, sob o entendimento de que o tipo penal “não se contenta com o exame clínico, exigindo demonstração técnica do teor alcóolico do motorista”, sendo que não foi possível a averiguação do teor de álcool em seu sangue, uma vez que não fora realizado exame pericial.

II. O delito de embriaguez ao volante configura-se por meio da prova de que o condutor ingeriu bebida alcóolica em concentração por litro de sangue igual ou superior à fixada na norma incriminadora - aferida por teste de alcoolemia ou de sangue -, ou então que estava sob a influência de substância psicoativa que causasse dependência - averiguada por meio de exame clínico ou depoimento testemunhal.

III. Para a caracterização da conduta prevista no tipo do art. 306 do CTB não é imprescindível a realização de exame pericial ou teste de bafômetro, bastando a prova testemunhal ou exame clínico, quando impossível a realização da prova técnica.

IV. Afastada a imprescindibilidade da prova técnica para a configuração do delito, deve ser determinada a cassação do acórdão recorrido, de modo que outro seja proferido com base na jurisprudência desta Corte.

9 Adotaram o segundo posicionamento os seguintes julgados: HC 151087/SP (5ª Turma, Relator Ministro Napoleão Maia Filho; DJe 26/04/2010); HC 150445/PB (5ª Turma; Relator Ministro Felix Fisher; DJe 19/04/2010).

10 STJ, REsp 1.208.112/MG; 5ª Turma; Relator Ministro Gilson Dipp; DJe 15/06/2011.

V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

Essa divergência de posicionamentos foi resolvida recentemente pela Terceira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.111.566/DF, em sede de recurso repetitivo¹¹, com voto de minerva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. No julgamento, restou decidido por maioria que o etilômetro e o exame de sangue são os únicos meios de prova admitidos para comprovar o grau de alcoolemia estabelecido no art. 306 do CTB, pois o limite de seis decigramas de álcool por litro de sangue é um elemento objetivo do tipo¹².

A restrição aos meios de prova para comprovação de que o condutor estava com concentração de álcool no sangue superior a 6 decigramas por litro de sangue, para configuração da materialidade do crime, acaba tornando difícil a condenação de motoristas pela prática da conduta descrita no art. 306 do CTB.

Como ninguém pode ser obrigado a praticar prova contra si próprio, por extensão do direito do réu ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal¹³, dificilmente o motorista vai concordar em se submeter à realização de exame de sangue ou teste de bafômetro, por saber que correrá o risco de ser indiciado pelo crime de dirigir embriagado, se constatado nível de álcool superior ao tolerado pela norma.

A ausência de cooperação do indiciado com as autoridades policiais é um comportamento considerado legítimo pelo Supremo Tribunal Federal, como expressão do direito de não se auto-incriminar e de não ser constrangido a produzir prova contra si próprio, prerrogativas do devido processo legal, garantido constitucionalmente¹⁴.

11 Código de Processo Civil:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

[...]

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

12 O julgamento ocorreu em 28/03/2012 e o acórdão ainda não está disponível para consulta no *site* do STJ, mas o resultado consta na seção de notícias, acessível através do *link* http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218

13 LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

14 A garantia constitucional do “due process of law” abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as

Dessa forma, apesar de ser reconhecido o fato de condutores de veículos com habilidade comprometida pela influência do álcool representarem uma ameaça contínua à segurança do trânsito, não é possível forçar os motoristas a se submeter a exames de comprovação de alcoolemia, o que torna praticamente inviável a aplicação de sanções penais aos infratores.

O art. 306 do CTB passou a ter função quase simbólica, restrita ao plano normativo. Para superar essa limitação, alguns doutrinadores já defendem a relativização desse princípio da não auto-incriminação na

seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito à prova; (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em conseqüência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Precedentes. - A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a “persecutio criminis” nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. - O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. (STF, HC 99289/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 04/08/2011)

ponderação entre direitos fundamentais. Eduardo de Souza Floriano¹⁵ defende a prevalência do direito à vida, à integridade física e à segurança dos usuários das vias terrestres, que o Estado tenta proteger ao estabelecer uma legislação penal de trânsito, sobre o direito dos motoristas, enquanto cidadãos, de não produzir provas contra si mesmo.

Considerando que a obtenção de habilitação para condução de veículos automotores está condicionada ao atendimento de diversos requisitos estabelecidos pelo Estado, Eduardo Floriano afirma não existir um “direito à livre locomoção”, senão vejamos¹⁶:

Importante, ainda, ressaltar que, diferente do que afirmam alguns articulistas, a utilização de veículos automotores não é incondicionada nem se trata do direito de livre locomoção previsto na Constituição.

A natureza jurídica deste instituto é de licença. O Estado somente permite a condução de veículos automotores por indivíduos maiores de 18 anos, alfabetizados, que possuam carteira de identidade e que sejam aprovados em testes de saúde, psicotécnicos, de legislação e de direção.

Seguindo a linha de pensamento defendida acima, uma das opções do legislador para tornar eficaz o art. 306 do CTB seria alterar a legislação e determinar, como condição para obtenção da habilitação para dirigir veículo, a obrigatoriedade de submissão a testes de alcoolemia em determinadas situações, como adotado em outros países. Contudo, provavelmente essa norma seria declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sendo válido estudar a legislação de trânsito da Califórnia, nos Estados Unidos, para verificar as experiências bem sucedidas lá adotadas e tentar replicá-las aqui.

2 LEGISLAÇÃO PENAL DE TRÂNSITO NA CALIFÓRNIA

Nos Estados Unidos, a edição de normas para coibir a condução de veículos por motoristas alcoolizados foi estimulada por uma norma federal – *23 United States Code, section 408* –, que restringiu a concessão de alguns tipos de incentivo aos Estados que adotassem e implementassem programas para redução de problemas de segurança no trânsito provocados por motoristas sob a influência de álcool, assim

15 FLORIANO, Eduardo de Souza. *A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool, sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela Autoridade Policial?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37715/1>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

16 *Ibidem*.

considerados àqueles com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 0,10%¹⁷.

No Estado da Califórnia, o Código de Veículos (*Vehicle Code*) estabelece¹⁸, na seção 23152, que é ilegal dirigir veículos sob a influência de bebida alcoólica e/ou drogas bem como dirigir veículos com concentração de álcool igual ou superior a 0,08% no sangue, tolerando-se um limite de apenas 0,04% para os motoristas profissionais, na seguinte redação em inglês:

(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.

(b) It is unlawful for any person who has 0.08 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood to drive a vehicle.

For purposes of this article and Section 34501.16, percent, by weight, of alcohol in a person's blood is based upon grams of alcohol per 100 milliliters of blood or grams of alcohol per 210 liters of breath.

In any prosecution under this subdivision, it is a rebuttable presumption that the person had 0.08 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood at the time of driving the vehicle if the person had 0.08 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood at the time of the performance of a chemical test within three hours after the driving.

(c) It is unlawful for any person who is addicted to the use of any drug to drive a vehicle. This subdivision shall not apply to a person who is participating in a narcotic treatment program approved pursuant to Article 3 (commencing with Section 11875) of Chapter 1 of Part 3 of Division 10.5 of the Health and Safety Code.

17 23 United States Code section 408 - Alcohol traffic safety programs:

(a) Subject to the provisions of this section, the Secretary shall make grants to those States which adopt and implement effective programs to reduce traffic safety problems resulting from persons driving while under the influence of alcohol or a controlled substance. Such grants may only be used by recipient States to implement and enforce such programs.

(e)(1) For purposes of this section, a State is eligible for a basic grant if such State provides - (C) that any person with a blood alcohol concentration of 0.10 percent or greater when driving a motor vehicle shall be deemed to be driving while intoxicated

18 *Vehicle Code, Division 11, Chapter 12, Article 2, Section 23152.*

(d) It is unlawful for any person who has 0.04 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood to drive a commercial motor vehicle, as defined in Section 15210.

In any prosecution under this subdivision, it is a rebuttable presumption that the person had 0.04 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood at the time of driving the vehicle if the person had 0.04 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood at the time of the performance of a chemical test within three hours after the driving.

Vamos nos concentrar nas alíneas “a” e “b” da seção 23152 do Código de Veículos da Califórnia, por serem condutas mais genéricas, desconsiderando aquelas destinadas aos condutores de veículos comerciais. As alíneas “a” e “b” representam dois tipos penais diversos, embora relacionados à proibição de dirigir sob a influência de álcool, como determinado em precedente da Suprema Corte da Califórnia¹⁹.

Para que uma pessoa possa ser condenada pela prática da conduta prevista na alínea “a”, é necessário comprovar que o álcool afetou sua capacidade física e mental em um nível tal que ela não consegue, naquele momento, dirigir o veículo com as cautelas comuns de alguém sóbrio nas mesmas circunstâncias²⁰.

Por sua vez, a alínea “b” estabelece uma presunção, considerada constitucional pela jurisprudência²¹, de que a segurança e a incolumidade públicas estão em risco se uma pessoa dirige veículo com concentração de álcool igual ou superior a 0,08% no sangue, independentemente da habilidade do motorista ter sido afetada ou não²². O legislador concluiu que a maioria das pessoas com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 0,08% estará muito debilitada para conduzir veículos de forma segura²³.

Para condenar alguém com base no crime da alínea “b”, o Promotor da Califórnia não necessita provar a influência do álcool sobre o motorista ou algum comprometimento na sua habilidade para

19 *BURG v. The Municipal Court for the Santa Clara Judicial District of Santa Clara County and the People* (1983), 35 Cal.3d 257, 673 P.2d 732, 198 Cal.Rptr. 145.

20 *McDonald v. Department of Motor Vehicles* (2000) 77 Cal.App.4th 677, 686; *People v. Dingle*, 56 Cal.App. 445, 449, 205 P. 705.

21 *People v. Shelton*, 150 Cal.App.3d 946, 198 Cal.Rptr. 589.

22 *BURG v. The Municipal Court for the Santa Clara Judicial District of Santa Clara County and the People* (1983) 35 Cal.3d 257, 673 P.2d 732, 198 Cal.Rptr. 145.

23 *People v. McNeal*, 46 Cal. 4th 1183.

conduzir veículos, mas deve comprovar que o motorista estava com um nível de alcoolemia superior ao previsto na lei²⁴. Como mencionado pela Suprema Corte da Califórnia²⁵, o legislador aprovou a alínea “b” da seção 23152 para facilitar a acusação dos *drunk drivers*, ou motoristas embriagados em tradução livre.

De acordo com as leis da Califórnia, dirigir é considerado um privilégio e não um direito, razão pela qual o motorista deverá consentir em se submeter a certas “obrigações” em troca do privilégio. Um exemplo disso está na seção 23612 do Código de Veículos, que prevê um consentimento implícito do motorista para se submeter a testes de alcoolemia se for legalmente preso sob suspeita de dirigir embriagado²⁶.

Esse consentimento implícito não pode ser utilizado sem critérios. Em primeiro lugar, o policial da Califórnia deve ter um motivo razoável para solicitar que o motorista pare o carro e se dirija ao acostamento, como observar uma manobra imprudente ou excesso de velocidade²⁷. Durante a abordagem, é permitido que o policial proponha a realização de alguns testes preliminares de sobriedade ao condutor, para verificar se ele está ou não sob a influência de álcool. Nesse momento, o motorista não é obrigado a realizar o teste de sobriedade ou os exames de alcoolemia, nem pode ser punido pela recusa. Se o motorista fizer os testes de sobriedade e obtiver um bom resultado, será liberado para prosseguir na direção do veículo.

Entretanto, ainda que haja recusa do motorista em se submeter aos testes, o policial poderá prendê-lo caso tenha motivos suficientes para acreditar que ele está sob a influência de álcool²⁸, como olhos vermelhos, fala embolada ou arrastada, bafo de álcool, etc. Conduzido à prisão após observância dos requisitos acima indicados, o condutor do veículo não pode se recusar a realizar os exames para verificação da presença de álcool no sangue, embora possa escolher qual tipo de teste será aplicado.

24 *Hamilton v. Gourley*, 103 Cal.App.4th at p. 361; *BURG v. The Municipal Court for the Santa Clara Judicial District of Santa Clara County and the People* (1983) 35 Cal.3d 257, 673 P.2d 732, 198 Cal.Rptr. 145.

25 *People v. McNeal*, 46 Cal. 4th 1183.

26 Section 23612. (a) (1) (A) *A person who drives a motor vehicle is deemed to have given his or her consent to chemical testing of his or her blood or breath for the purpose of determining the alcoholic content of his or her blood, if lawfully arrested for an offense allegedly committed in violation of Section 23140, 23152, or 23153. If a blood or breath test, or both, are unavailable, then paragraph (2) of subdivision (d) applies.*

[...]

(C) *The testing shall be incidental to a lawful arrest and administered at the direction of a peace officer having reasonable cause to believe the person was driving a motor vehicle in violation of Section 23140, 23152, or 23153.*

27 *People v. Ireland*, 33 Cal. App. 4th 680.

28 *People v. Goslar*, 70 Cal.App.4th 270, 82 Cal.Rptr.2d 558; *People v. McNeal*, 46 Cal. 4th 1183.

Nos Estados Unidos, também é assegurado o direito à não auto-incriminação, o direito à privacidade e o direito a não ser submetido a busca e apreensão, mas a Suprema Corte admite a relativização desses direitos em caso de recusa injustificada à submissão a exame de sangue para verificação do nível de álcool, a depender do caso concreto²⁹.

3 ALTERAÇÃO DA TIPICIDADE DO CRIME DE DIRIGIR EMBRIAGADO

Após o “esvaziamento” do poder de coação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, especialmente após a citada decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.111.566/DF, voltou à tona a pressão de parcelas da sociedade civil para uma punição mais severa aos motoristas embriagados.

Essa pressão social incentivou os parlamentares brasileiros a apresentarem novos projetos de lei com modificações no Código de Trânsito e prometerem apreciá-los de forma célere³⁰. Entre as propostas em tramitação, destacamos o Projeto de Lei da Câmara nº 3.559/2012, de autoria do Deputado Hugo Leal, que pretende adotar a seguinte redação para o art. 306:

Art. 306. Conduzir veículo automotor em estado de embriaguez ou sob influência de substância psicoativa ilícita que determine dependência:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (NR)

§ 1º O estado de embriaguez será constatado por:

I - Concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue;

II – Concentração igual ou superior a 0,3 (três décimos) de miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

²⁹ *SCHMERBER v. CALIFORNIA*, 384 U.S. 757 (1966).

³⁰ Notícia disponibilizada em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/413907-PLENARIO-PODERA-VOTAR-MUDANCA-NA-LEI-SECA-PARA-AMPLIAR-PROVAS.html>>.

III – comprometimento da capacidade psicomotora decorrente do uso de álcool, aferida na forma disciplinada pelo CONTRAN. (NR)

§ 2º A influência de substância psicoativa ilícita será constatada pelo comprometimento da capacidade psicomotora, aferido na forma disciplinada pelo CONTRAN. (NR)

§ 3º A constatação do disposto no *caput* e no § 1º poderá ser obtida, conforme o caso, mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, imagem, vídeo, prova testemunhal ou outros meios que, técnica ou cientificamente, permitam aferir a concentração de álcool ou a influência de substância psicoativa. (NR)

§ 4º Caso a caracterização do crime tipificado neste artigo seja realizado nos termos do disposto no inciso III do § 1º, ao condutor é facultado o direito de requerer ao agente de trânsito, no exato momento da fiscalização, como contraprova, a realização de teste de alcoolemia, exame clínico ou perícia. (NR)

§ 5º O CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (NR)

O Projeto de Lei nº 3.559/2012 pretende definir a conduta típica como condução de veículo em estado de embriaguez, com redação assemelhada àquela original do art. 306, mas sem a necessidade de existência de um perigo de dano pela condução anormal do veículo, o que já pode ser considerado positivo.

A constatação do estado de embriaguez seria feita através da verificação: a) da concentração de álcool no sangue superior a 6 (seis) decigramas por litro; b) da concentração de álcool no ar expelido pelos pulmões superior a 3 (três) décimos de miligrama por litro de ar alveolar; ou c) do comprometimento da capacidade psicomotora decorrente do uso do álcool.

Assim como na Califórnia, parece-nos que a verificação de concentração de álcool acima do limite permitido passaria a configurar uma presunção de que o motorista está com sua capacidade de dirigir alterada, mesmo que na prática esteja dirigindo normalmente. Todavia, vai continuar sendo difícil comprovar a embriaguez dessa forma, porque a tendência da jurisprudência é manter o entendimento da utilização do exame de sangue e do bafômetro como únicas provas aptas a determinar

o nível de álcool no sangue, bem como da impossibilidade de obrigar o motorista a realizar esses testes, por causa do princípio da não auto-incriminação.

Na prática, se aprovado o Projeto de Lei nº 3.559/2012 nesses termos, o exame clínico, a perícia, a imagem, o vídeo e a prova testemunhal só poderão ser utilizados para verificação da embriaguez através do comprometimento da capacidade psicomotora decorrente do uso do álcool. Mesmo assim, as três formas de constatação da embriaguez, que na verdade se resumem a duas, ampliam o poder de coação da norma, pois nem todos os motoristas se recusam a realizar os exames de alcoolemia.

Não obstante, acreditamos que a melhor opção normativa é a adotada na Califórnia³¹, com duas condutas típicas independentes, uma referente à proibição de dirigir com concentração de álcool acima de determinado nível no sangue e a outra referente à proibição de dirigir sob a influência de álcool com diminuição da capacidade física e mental.

A separação das condutas típicas impediria eventual questionamento da legalidade da conduta típica de proibir a condução de veículo em estado de embriaguez baseado no comprometimento da capacidade psicomotora comprovado apenas por prova testemunhal, por exemplo, em virtude da menção aos níveis de álcool em outro inciso.

Outrossim, assim como na Califórnia, achamos importante estabelecer critérios a serem observados pela autoridade policial antes e durante a abordagem de um motorista sob suspeita de embriaguez, dentro da visão de um direito penal garantidor. Esses critérios serviriam para inibir a certificação do estado de embriaguez apenas em decorrência da recusa do motorista em realizar o exame do bafômetro, sem a presença de outros indícios.

Para abordar o veículo, o policial deveria verificar uma condução anormal, arriscada ou com excesso de velocidade, por exemplo. Reputamos essencial, também, exigir que os policiais tentem realizar teste de sobriedade com o motorista, apesar deste não poder ser obrigado a participar. Esses testes poderiam ser compostos por perguntas e aferição do equilíbrio, a serem realizados ainda no local da abordagem, e seriam mais um meio de prova a ser somado à prova testemunhal, à perícia ou ao exame clínico.

31 Instados pelo Congresso, a maioria dos Estados americanos sancionou normas com a proibição de dirigir a partir de determinada concentração de álcool, mas nem todos criaram um novo crime. Algumas normas estabeleceram uma definição alternativa de dirigir sob influência de álcool ou criaram uma infração de menor potencial ofensivo (conferir *Burg v. Municipal Court*, 35 Cal. 3d 257).

4 CONCLUSÃO

É inegável a importância da tipificação da conduta de dirigir embriagado ou sob a influência de álcool, tendo em vista os diversos estudos clínicos afirmando que essa substância lícita afeta o sistema nervoso central, diminui a função motora e modifica o comportamento e a percepção do motorista, violando o direito da coletividade à segurança no trânsito.

Contudo, um tipo penal sem efetiva aplicabilidade, restrito ao plano normativo, não vai mudar a cultura da sociedade brasileira de tolerância ao consumo de álcool pouco antes ou durante a condução do veículo, nem fará o motorista se constranger por praticar uma conduta proibida, mesmo expondo a um grande risco a incolumidade pública.

A mudança de cultura só deve acontecer quando se tornar corriqueira a punição dos motoristas infratores, incutindo nos motoristas um forte receio à coação, o que não tem ocorrido com o tipo penal atualmente em vigor por causa da dificuldade prática de verificar o nível de álcool no sangue do condutor quando ele se recusa a realizar o exame de sangue ou o teste do bafômetro.

Embora constantes alterações legislativas possam causar insegurança jurídica, parece-nos premente a necessidade de nova alteração da redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro ou a criação de um novo tipo penal, para proibir a condução de veículos por motoristas com habilidade afetada pelo consumo de álcool e possibilitar a utilização de outros meios de prova além dos exames de alcoolemia.

A utilização do exemplo da Califórnia como modelo inicial parece ser um bom caminho, embora qualquer nova mudança deva ser precedida de muitos debates entre os parlamentares, por não ser viável reproduzir de forma literal as leis da Califórnia ou de outro país sem atentar para as diferenças existentes em relação ao sistema legal brasileiro, entre elas a extensão da garantia ao direito da não auto-incriminação.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *Alteração do Limite Máximo de Teor Alcoólico da Lei Seca*. Nota Técnica da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

FILHO, João Carlos Pereira. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os meios de prova da elementar do tipo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3138, 3 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21019>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

FLORIANO, Eduardo de Souza. *A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool, sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela Autoridade Policial?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37715/1>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas Introdutórias ao direito comparado*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/direitoComparado.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2005.

GULLI, Valdenir João. Dirigir embriagado: uma conduta, várias consequências. Breve saga histórica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3154, 19 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21122>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

JESUS, Gabriel Costa de. *O direito de não produzir provas contra si mesmo e prova da embriaguez ao volante*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3130, 26 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20941>>. Acesso em: 8 abr. 2012.

LOBERTO, Eduardo de Camargo. Embriaguez ao volante: realização de exame clínico e comprovação do perigo de lesão são sempre necessárias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3143, 8 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21045>>. Acesso em 27 mar. 2012.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PINSKY, Ilana; LARANJEIRA, Ronaldo. *O fenômeno do dirigir alcoolizado no Brasil e no mundo: revisão da Literatura*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos/fenomeno-dirigir-alcoolizado-brasil-mundo/fenomeno-dirigir-alcoolizado-brasil-mundo.shtml>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

RAMOS, Vinicius Diniz e Almeida. Alterações da “Lei Seca”: o Projeto de Lei do Senado e o rigor das penas nos crimes de trânsito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3143, 8 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21044>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

