

O BAFÔMETRO E A EMBRIAGUEZ NO VOLANTE: ANÁLISE CONSTITUCIONAL E ASPECTOS PENAIS*

Antonio Baptista Gonçalves**

RESUMO: A doutrina muito discute se o crime de trânsito decorrente de direção sob efeito do álcool é doloso ou culposo. Enquanto isso, os acidentes se avolumam. A sociedade clama por um endurecimento penal, e o legislador de trânsito criou uma série de mecanismos para combater a fatídica combinação álcool e direção. O presente artigo ocupa-se da legislação de trânsito e analisa especificamente os efeitos da direção de motorista embriagado. Além disso, enfrenta questões polêmicas como o teste do bafômetro e seus limites e proteções constitucionais, a responsabilização criminal do autor de acidente e a intervenção do Direito Penal nas regras de trânsito.

PALAVRAS-CHAVE: Embriaguez ao volante. Código de Trânsito Brasileiro. bafômetro.

Introdução

A cada novo acidente de trânsito que envolva um motorista embriagado, vem à tona a questão do necessário endurecimento penal da legislação de trânsito brasileira. E quando decorre do acidente uma vítima fatal, que não o próprio condutor embriagado, causa muita espécie na sociedade o fato do infrator não ser indiciado por homicídio doloso, isto é, quando existe a intenção de matar.

Assim, suscita-se o debate acerca da inserção das condutas dolosas em acidentes de trânsito e, portanto, a competência passar para o Código Penal - notadamente mais repressor do que o Código de Trânsito Brasileiro, que prevê apenas modalidades culposas.

Da mesma forma, discute-se se é considerada uma impunidade o fato de o condutor, mesmo visivelmente embriagado, recusar-se a fazer o teste do bafômetro. Com isso, faz-se pungente uma análise constitucional sobre o tema "direitos e garantias".

De mais a mais, o trato legislativo sobre as diretrizes do trânsito é importante; porém, necessita de uma complementação: se não houver uma eficaz campanha de conscientização aliada a uma modificação da cultura nacional em torno da bebida alcoólica, a discussão normativa será estéril, uma vez que as sanções não terão o condão de modificar o comportamento danoso, tampouco prevenir acidentes futuros.

* Enviado em 21/2, aprovado e aceito em 18/3/2012.

** Pós-Doutorando em Ciências Jurídicas - Universidad Nacional de La Matanza (Argentina); Pós-Doutorando em Ciência da Religião - Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP); Doutor e Mestre em Filosofia do Direito - PUC/SP; Especialista em Direitos Fundamentais - Universidade de Coimbra. Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses - Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali; Especialista em Direito Penal Econômico Europeu - Universidade de Coimbra; Pós-Graduado em Direito Penal (Teoria dos Delitos) - Universidade de Salamanca; Pós-Graduado em Direito Penal Econômico - Fundação Getúlio Vargas (SP); Bacharel em Direito - Universidade Presbiteriana Mackenzie; Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: antonio@antoniofoncalves.com.

1 A embriaguez no volante: dirigir sob o efeito de álcool

As mortes decorrentes de acidentes de trânsito são frequentes. Contudo não temos a noção exata da proporção do problema até nos depararmos com os números.

Na década 2000/2010, o número de mortes nas estradas, avenidas e ruas brasileiras passou de 28.995 em 2000 para 40.989 em 2010, o que representa um incremento de 41,4%. As taxas, considerando o aumento da população, também cresceram 25,8%. Foram em média 117 mortes por dia. Se for analisada somente a progressão de 2009 para 2010, temos um aumento de 13,9% em relação a 2009, quando os acidentes deixaram 37.594 vítimas (PORTAL DO TRÂNSITO, 2012).

Na mesma esteira, temos a Confederação Nacional de Municípios, que demonstra toda a preocupação com o crescimento dos acidentes de trânsito:

Ao contrário dos países desenvolvidos, no Brasil, a quantidade de fatalidades em acidentes de trânsito cresceu de 2000 a 2007. De acordo com a base do SUS, houve um aumento de 30% nas mortes nesse período. Entre 1997 e 1999, as mortes em acidentes terrestres estavam caindo, mas voltaram a crescer a partir de 2000, atingindo um pico histórico em 2007, com 66.837 mortes segundo os seguros DPVAT, um número extremamente elevado e alarmante, que coloca o Brasil entre os países com mais mortes no trânsito no mundo. A partir destes dados, pôde-se concluir que, em 2007, houve a média de 183 mortes por dia no trânsito brasileiro (7,6 por hora). (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2009)

Um dos grandes inimigos do trânsito e um dos maiores fomentadores de acidentes atende pelo nome de álcool. O legislador nacional se mostra preocupado e criou medidas para combater a embriaguez no volante.

O Código de Trânsito Brasileiro trata especificamente do tema no artigo 165.

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. (BRASIL, 1997)

Sobre o tema, acrescentam Maria Helena Hoffmann, Enrique Carbonell e Luis Montoro:

A ação de dirigir, estando sob a influência de bebidas alcoólicas, é considerada uma infração de trânsito e se encontra perfeitamente definida na causa dos acidentes e nos regulamentos de circulação ou normativas equivalentes dos países europeus, como também no Brasil. Entretanto, esta infração é uma das que mais leva o condutor a cometer outras, podendo culminar, assim, no acidente. Então, quando o condutor comete uma infração estando alcoolizado, na realidade ele está cometendo uma dupla infração. O álcool é um fator que contribui para a infração das normas, porque altera a percepção do indivíduo, originando um sentimento de rendimento melhorado, ao mesmo tempo que diminui a capacidade crítica e dificulta as relações lógicas e a associação de ideias se torna superficial.

Desta forma, o condutor embriagado não tem condições de prever as situações (direção defensiva) porque está com sua liberdade de escolha comprometida.

Entre as infrações mais comuns, cometidas pelos condutores sob os efeitos do álcool, estão: velocidade inadequada; sair fora das zonas de circulação, o que resulta em atropelamento de pedestres; circular em direções contrárias ou por direções proibidas; baixo ou nulo respeito à sinalização; iluminação e sinalização incorreta das manobras; dirigir pela contramão ou ultrapassagens inadequadas, com independência dos comportamentos desrespeitosos e provocativos em relação aos demais usuários (HOMEL, 1988).

É sabido, que durante a noite o número de condutores que dirige alcoolizados é maior, como também é maior o número de acidentes provocados pelo álcool. Se durante o dia calcula-se que em 24% dos acidentes está presente o álcool, comprovou-se que durante a noite - especialmente nos fins de semana - 76% dos acidentes estão relacionados direta ou indiretamente com esta substância. (HOFFMANN; CARBONELL; MONTORO, 1996, p. 31).

A embriaguez no volante não é um problema restrito aos grandes centros, pois, em pesquisa estatística a Confederação Nacional de Municípios a realidade é bem diferente:

O mapeamento das mortes por acidentes de trânsito dentro do Brasil mostrou que capitais de menor porte populacional são as que possuem as maiores taxas segundo a população.

Boa Vista (Roraima) vem em primeiro lugar (34,2), seguida por Palmas (31,4) e Campo Grande/MS (29,6). Capitais de estados mais desenvolvidos apresentam taxas mais reduzidas, como São Paulo (14,6), Porto Alegre (13,3) e Rio de Janeiro (14,4). No entanto, capitais do Nordeste lideram com as menores taxas, como é o caso de Natal (8,5) e Salvador (10,6). Por outro lado, quando o cálculo da razão é feito segundo a frota de veículos locais, muitos estados do nordeste passam para os primeiros lugares do ranking de maior quantidade de fatalidades a cada 10.000 veículos.

A comparação entre os estados mostra que Santa Catarina tem a maior taxa média de mortes por 100.000 habitantes (33,1) do país. Também foi constatado que a maior parte dos municípios com as maiores taxas do país é de Santa Catarina. Mato Grosso do Sul (30,4), Paraná (29,8), Mato Grosso (29,6) e Roraima (29,6) são também estados com altos coeficientes, o que indica um número significativamente alto de mortes em acidentes segundo suas respectivas populações.

O estudo também elenca os 100 municípios do país com as maiores taxas de mortes por acidente de trânsito, tomando sempre como base a quantidade de mortes dos anos de 2005, 2006 e 2007.

Constata-se que são municípios de pequeno e médio porte, com população que varia de 1.209 a 47.260 habitantes. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2009)

A estatística ainda fornece outro dado preocupante: a maioria das vítimas são jovens.

As análises também mostram que a maioria das vítimas fatais do trânsito no Brasil continua sendo de homens jovens de cidades de pequeno e médio porte. Em todos os anos analisados, por volta de 80% das mortes são de pessoas do sexo masculino, em sua maioria na faixa etária de 20 a 39 anos. Ainda é muito forte no Brasil uma cultura entre os homens jovens de conduzirem veículos sob o efeito de álcool e drogas, e sob alta velocidade. Isso indica claramente a urgente necessidade de criação de políticas e campanhas locais de segurança no trânsito voltadas de forma incisiva para esse grupo social em especial (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2009).

1.1 Os efeitos do álcool no sangue

Sobre o tema, dessa forma abordam Maria Helena Hoffmann, Enrique Carbonelli e Luis Montoro:

Os efeitos do álcool sobre o condutor e o nível de alcoolemia variam em função de uma série de fatores: da pessoa que o ingere (complexidade do corpo, peso, estrutura), da quantidade de álcool ingerido-absorvido, rapidez com que bebe, tipo de alimentação, circunstâncias em que se dá o consumo, tolerância, entre outros fatores. Isto deveria ser especialmente levado em conta quando se dirige um veículo automotor (Wagenaar, 1983).

Circunstâncias como a fadiga, gravidez ou transtornos do período menstrual aumentam a sensibilidade ao álcool. Também influi no efeito do álcool a hora da ingestão, já que durante a noite é produzida uma metabolização diferente daquela ocorrida durante o dia. Dentro do conjunto de variáveis, a idade e o sexo parecem ser particularmente relevantes.

Normalmente a quantidade que uma pessoa adulta sã é capaz de metabolizar sem problemas, é de um grama de álcool por quilo de peso, num período de 24 horas. O álcool é um depressor do sistema nervoso, que começa a exercer seu efeito sobre o cérebro, poucos minutos depois da ingestão, iniciando sua ação inibidora pelos lóbulos frontais e estendendo-se posteriormente ao resto do cérebro. Uma das manifestações mais facilmente apreciáveis são os déficits de coordenação e uma lentidão dos reflexos. (HOFFMANN; CARBONELLI; MONTORO, 1996, p. 30).

A embriaguez¹ causa sérios danos ao embriagado², que podem ser maiores ou menores de acordo com uma série de fatores, como os elucidados acima. Porém, além de representar um risco em potencial para o condutor de veículo automotor que dirige sob efeito de álcool, é possível afirmar que existe um risco eminente para terceiros, uma vez que os reflexos e reações comuns de uma pessoa no trânsito são reduzidos em virtude da influência do álcool na corrente sanguínea.

É comum o embriagado, ao ser indagado de seu estado para dirigir o próprio veículo automotor, proferir a resposta “estou ótimo!”, quando, em verdade, as condições não são nem de longe as mais adequadas para exercer qualquer atividade que envolva reflexos, muito menos atenção. Contudo, as pessoas iludem-se ao considerar que sua bebedeira não foi assim tão forte.

Maria Helena Hoffmann, Enrique Carbonelli e Luis Montoro aprofundam a análise:

Mais especificamente, as alterações que produz o álcool sobre as capacidades do condutor são as seguintes:

Perda de autocrítica. Esta, em nosso parecer, é a alteração mais importante produzida pelo álcool. Sob a ação de bebidas alcoólicas, ainda que às vezes em doses insuficientes para prejudicar a parte motora, os condutores se sentem corajosos, ousam mais, pensam menos (ou nada) nos riscos e nas consequências dos seus atos, podendo desembocar num acidente com trágicas consequências. A ação desinibidora do álcool faz com que o condutor atravesse sinais de trânsito de forma perigosa, não se atenha aos cruzamentos, irrite-se facilmente ao ser ultrapassado e aumente a velocidade. Segundo Masur (1984), seria uma enorme contradição esperar que alguém que tomou uma droga- que caracteristicamente diminui a autocrítica - mantenha a crítica a ponto de se considerar inapto para conduzir.

Depressão generalizada. O álcool, por ser um produto depressor (inibe o córtex cerebral), normalmente pode produzir no condutor um cansaço maior do que o habitual, provocando inclusive sonolência, aparecendo também a fadiga muscular e sensorial quando está dirigindo. Os primeiros processos mentais afetados são os que dependem da aprendizagem e da experiência prévia. Os graus mais finos de discriminação, a memória, a concentração e o critério ficam atenuados e logo se perdem. A confiança aumenta, a fala pode ficar eloquente e quase brilhante. As mudanças de estado de ânimo são incontroladas e explosões emocionais frequentes (Murdoch, 1979).

Vários estudos confirmam os efeitos do álcool sobre a confiança em si mesmo e o prejuízo para a segurança. O álcool eleva o otimismo fazendo com que o indivíduo tente dirigir sem estar seguro de fazê-lo bem, aumentando a tolerância ao risco, levando-o a tomar decisões mais perigosas que o habitual. Os indivíduos crêem poder salvar as situações. A noção "subjetiva" de suas possibilidades, é o que muda pela ação do álcool, mais que uma influência efetiva sobre a capacidade objetiva do domínio do volante. O elemento subjetivo na condução se converte numa variável chave para explicar o complexo processo de decisão, prévio à escolha de qualquer manobra para evitar o acidente (Montoro, Tortosa e Soler, 1989).

Nível sensorial. Os processos sensoriais são afetados pelo consumo de álcool, especialmente quando o nível de álcool oscila entre 0,3 - 0,8g/l (Carpenter, 1961 e 1963). Admite-se que o álcool deprime a totalidade das funções sensoriais, faltando rapidez, definição, julgamento, decisão, etc. (HOFFMANN; CARBONELL; MONTORO, 1996, p. 31 e 32)

Assim, ao dirigir um veículo automotor, é necessário alguns requisitos essenciais como os reflexos e o cálculo do tempo para fazer uma manobra, entre outras medidas consideradas automáticas por uma pessoa sóbria. Todavia, para o embriagado, prejudicam-se sensivelmente esses referenciais.

Uma vez mais, citam-se Maria Helena Hoffmann, Enrique Carbonell e Luis Montoro:

Alterações na percepção. Como causa dos efeitos do álcool, podem ocorrer confusões e modificações nas percepções sensoriais do condutor, aparecendo falsos reconhecimentos ou ilusões de diferentes tipos, com problemas de reconhecimento correto de sinais ou outros veículos. Fica alterada especialmente a percepção da distância e a velocidade com que se dirige e a dos demais condutores.

A condução de um veículo é um processo que se apoia num adequado julgamento do tempo; assim, na manobra de ultrapassagem podemos considerar a decisão do condutor em função da percepção do tempo, da distância e da velocidade; é evidente que estes conceitos estão estreitamente relacionados e que a percepção da distância e do tempo influi na estimação da velocidade e vice-versa, assim demonstrou Cohen (1961) no "efeito visual Kappa". Igualmente a outras modalidades sensoriais da percepção, a estimação do tempo é um processo aprendido que se utiliza como um elemento importante no controle do comportamento. O sentido do tempo depende, em boa parte, de um estado geral de atividade do sistema nervoso que inclui a divisão autônoma ou vegetativa. Este tempo subjetivo está intimamente ligado aos processos de atenção e memória, e igual a estes, pode estar distorcido pelo consumo de álcool, com consequências fatais na condução. (HOFFMANN; CARBONELL; MONTORO, 1996, p. 32 e 33).

Desse modo, as pessoas, ao dirigirem embriagadas, arriscam a sua própria vida e a de terceiros. No entanto, apesar dos esforços do Governo Federal com campanhas

de conscientização e com um endurecimento no que tange à fiscalização e punição de condutores embriagados, o número de acidentes e, principalmente, a quantidade de motoristas embriagados ainda não foi reduzida sensivelmente, frustrando a expectativa nutrida pelos governantes.

Uma das razões dessa não queda brusca dos índices passa pelo hábito da população que insiste em combinar o álcool com a direção, sem se importar com os danos que tal conduta pode vir a produzir.

O malfadado chopinho de final de tarde ainda rege a maioria das convenções sociais e encontro entre amigos.

1.1 A relação da sociedade com a bebida alcoólica no Brasil

O Brasil é um país que incentiva e fomenta a cultura do consumo de bebida alcoólica. Nos meios de comunicação, são recorrentes as propagandas envolvendo a oferta de cerveja, as quais associam o consumo do álcool com a presença de belas mulheres e a momentos de lazer.

Ademais, a cultura nacional consagrou um termo próprio para o consumo social de bebida alcoólica: o denominado *happy hour* - isto é, o encontro de amigos após o horário de trabalho para uma confraternização, de preferência munidos de bebidas alcoólicas. Comum é o convite e o combinar das pessoas para “beber uma gelada” após o expediente.

José Carlos F. Galduróza e Raul Caetanob, acerca do consumo total de bebidas alcoólicas por ano:

A cerveja aparece em primeiro lugar, com 54 litros per capita/ano; depois a cachaça, com 12 litros per capita/ano, seguida pelo vinho, com 1,8 litros per capita/ano. Segundo estudo da Organização Mundial de Saúde (OMS, 1999), o Brasil está situado no 63º lugar do uso per capita de álcool na faixa etária de 15 anos, entre 153 países, um consumo razoavelmente discreto. Porém, quando a OMS compara a evolução do consumo per capita entre as décadas de 1970 e 1990, em 137 países, o Brasil apresenta um crescimento de 74,5% no consumo de bebidas alcoólicas.

Nota-se um crescente e imperturbável aumento do consumo de cervejas no país, da ordem de 3 a 5% ao ano com uma produção anual, estimada para 2005, de 9.884 milhões de litros. A cachaça teve, em 2002, uma produção nacional de 1,3 bilhões de litros, dos quais 14,8 milhões de litros foram exportados. Já o consumo de vinho teve, em 2000, uma produção de 2,3 milhões de litros. (GALDURÓZA; CAETANOB, 2004, p. 4)

É inegável que se instituiu a cultura de que beber é legal, é socialmente aceito. Cultura tão forte que se uma pessoa diz que não vai beber por estar dirigindo, logo os amigos lhe dizem: “Um copinho não vai fazer mal algum!”.

O fato é que a cultura do álcool é tão presente no Brasil que as pessoas preferem correr riscos no trânsito a usar meios alternativos de transporte ou simplesmente não beber.

Com o surgimento da Lei Seca e o conseqüente incremento de blitzes para fiscalização da ingestão de bebida alcoólica, em vez de se reduzir o consumo, as pessoas passaram a usar métodos pouco ortodoxos para burlar ou evitar a fiscalização: uns ingerem

refrigerantes pouco antes de sair dos bares, para que o açúcar contido na bebida se misture ao álcool no sangue e o resultado da alcoolemia possa estar dentro ou próximo dos limites aceitáveis; outros simplesmente beneficiam-se das redes sociais na internet, que se “solidarizam” com a bebedeira e avisam em quais locais existem blitzes, com a indicação de rotas alternativas para “fuga”.

Tudo para que a gelada nossa de cada dia não seja perturbada. Ora, francamente, o ponto nevrálgico dos acidentes de trânsito causados por embriaguez passa exatamente pelo combate à cultura de que beber é saudável. Logo, a solução perpassa pelo combate aos comerciais de bebidas alcoólicas. Porém, o receio do Governo Federal em enfrentar a enorme e lucrativa indústria do álcool perpetra a impunidade, com a impotência das autoridades em modificar o cenário mais próspero dos fomentares do consumo de álcool.

Já passou, e muito, da hora de deixarmos a hipocrisia de lado e enfrentarmos a relação da indústria do álcool em nosso cotidiano. É comum vermos comerciais de cerveja ou de bebidas alcoólicas em geral nos meios de comunicação. Logo após a inserção dessa publicidade, o “poderoso” alerta do governo: “Se beber não dirija”.

A quantidade total de dinheiro investido pelas grandes fábricas em associar a bebida com o prazer e, portanto, incentivar o seu consumo é muito maior do que a monta investida pelo Governo Federal em campanhas educativas justamente para combater o uso do álcool associado ao trânsito.

Não é nosso desejo que as pessoas deixem de beber, este não é o ponto, mas, sim, que se o fizerem simplesmente não possam dirigir.

Cabe ao Governo Federal incentivar o uso da malha metroviária, da rede de ônibus e até de veículos privados para o transporte dos embriagados.

No entanto, para isso é necessário investir em infraestrutura e em melhorias no transporte público. E, atualmente, essa conjunção entre interesses e investimentos não está assim por dizer equânime.

Ronaldo Laranjeira e Marcos Romano clamam pela necessária mudança de comportamento:

O uso de álcool tem seu lugar em um contexto social, cultural e comunitário. Portanto, o consumo pesado pode ser modificado e problemas reduzidos através de estratégias que alteram esse contexto. Tais esforços são considerados como medidas de redução de danos, já que partem de uma aceitação de que haverá consumo de bebidas alcoólicas e procuram, então, modificar ou limitar esse consumo ou o ambiente onde esse consumo acontece, de forma a reduzir o potencial dano. (Laranjeira; ROMANO, 2004, p. 72)

O Governo Federal, através do Legislativo, endurece as leis, mas não faz o principal, combater a causa do dirigir embriagado: não ter caminho melhor do que ir com o próprio carro.

A Lei Seca trouxe avanços significativos no combate aos embriagados. Contudo, como veremos a seguir, ainda há muitos problemas. O governo ainda não investiu no correto: os meios alternativos de transporte e uma legislação que responsabilize administrativa e penalmente o condutor que dirigir embriagado ou sob efeito de álcool acima dos limites permitidos.

Ao se punir o motorista embriagado, combate-se apenas uma parte do problema. Por isso, as estatísticas dos acidentes de trânsito não cedem. O Brasil ainda engatinha no combate aos beberrões e aos danos no trânsito de forma ampla. Assim, vale uma tratativa mais aprofundada acerca das medidas jurídicas decorrentes do consumo de bebida alcoólica e do ato de dirigir embriagado ou sob o efeito do álcool, para identificar os pontos fracos e sugerir soluções.

Para tanto, importante será compreender qual o limite considerado legal para a presença de álcool no sangue e quais as consequências jurídicas para aqueles que extrapolam tal limite.

1.2 A aferição da embriaguez: o bafômetro

No Brasil, convencionou-se que o limite de tolerância para o consumo de álcool era de seis decigramas, até as mudanças normativas trazidas pela Lei nº 11.705/08, a denominada “Lei Seca”, que institui, no artigo 1º, o limite zero para a alcoolemia⁷³.

Afinal qual o limite alcoólico? Segundo o já aludido artigo 1º, o limite é nenhum. Todavia, no parágrafo único do artigo 276 do Código de Trânsito Brasileiro, existe a previsão de que o Órgão do Poder Executivo Federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.

E de acordo com o Decreto nº 6.488, publicado em 20/6/2008:

Art. 1º Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades administrativas do art. 165 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, por dirigir sob a influência de álcool.

§ 1º As margens de tolerância de álcool no sangue para casos específicos serão definidas em resolução do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, nos termos de proposta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde.

§ 2º Enquanto não editado o ato de que trata o § 1º, a margem de tolerância será de *duas decigramas por litro de sangue* para todos os casos (grifo nosso). (BRASIL, 2008)

Portanto, o limite *oficial* de tolerância ao nível alcoólico é de duas decigramas. Acima desta quantidade o condutor poderá ser autuado e sofrer as penalidades da lei.

Segundo Ronaldo Laranjeira e Marcos Romano:

O nível de álcool no sangue de uma pessoa é chamado de concentração de álcool no sangue, ou CAS. Além da quantidade de álcool que a pessoa ingeriu, a concentração no seu sangue dependerá também de fatores individuais, como peso, gênero, velocidade da ingestão alcoólica, e presença de alimento no estômago, entre outros. Resultados de testes laboratoriais mostram que a performance ao volante é afetada por níveis de álcool muito mais baixos do que o legalmente permitido. Prejuízos no desempenho tornam-se marcantes para CAS entre 0,05% e 0,08%, mas podem estar presentes em CAS abaixo de 0,05%. No Brasil, o limite legal para se dirigir é 0,06%. Estudos mostram ainda que o risco de um indivíduo se acidentar com CAS de 0,05% é o dobro do risco para uma pessoa com CAS igual a zero. E quando a CAS atinge 0,08%, o risco é multiplicado por dez.

CAS de 0,15% ou mais apresentam um risco relativo da ordem de centenas de vezes mais. Devido às evidências que mostram uma forte correlação entre a CAS e acidentes de veículos, muitos países estabeleceram leis que estabelecem os níveis máximos de CAS tolerados para o condutor do veículo. (LARANJEIRA; ROMANO, 2004, p. 73)

No entanto, para que se apliquem os rigores da lei, é necessário aferir o teor alcoólico no sangue do condutor de veículo automotor.

E o mecanismo adequado para o exame é o bafômetro⁴. Acerca de seu uso estabelece o Código de Trânsito Brasileiro:

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.

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

§ 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.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (BRASIL, 1997)

Tais medidas têm como objetivo reduzir os acidentes de trânsito decorrentes da condução de veículos por pessoas embriagadas.

O mais amplo estudo sobre acidentes de trânsito e o uso de bebidas alcoólicas foi realizado, em 1997⁵, pela Associação Brasileira dos Departamentos de Trânsito (AB DETRAN), em quatro capitais brasileiras: Brasília, Curitiba, Recife e Salvador. De acordo com esse estudo, das 865 vítimas, 27,2% apresentaram alcoolemia superior a 0,6 g/l, limite permitido pelo Código Nacional de Trânsito de 1997 (GALDURÓZA; CAETANOB, 2004, p. 4).

A inserção da fiscalização dos condutores de veículo automotor procedeu-se por intermédio de um apelo social, que resultou na Lei nº 11.705/2008. O objetivo desse dispositivo foi endurecer e coibir as condutas danosas dos motoristas que insistem em conduzir seus veículos automotores sob o efeito do álcool. Assim, incrementaram-se as infrações administrativas e instituiu-se uma responsabilização penal.

No entanto, existe um problema normativo que envolve o bafômetro, pois, em uma fiscalização, o agente policial pode pedir que o condutor sopre no medidor do aparelho para que seja aferida a sua alcoolemia, mas, em nenhum momento, pode obrigar o condutor a fazê-lo contra sua vontade.

Eis o problema, porque não existe uma obrigatoriedade do condutor em soprar o bafômetro, uma vez que a Constituição Federal assim o protege. Portanto, aprofundemos um pouco mais o tema.

1.2.1 O bafômetro e os limites constitucionais

A Constituição Federal do Brasil é calcada em princípios basilares acerca dos direitos e garantias das pessoas. Sendo assim, o sistema foi construído em uma base segundo a qual o indivíduo é presumidamente inocente⁶. Logo, sua culpa deve ser comprovada mediante o devido processo legal⁷.

No caso do bafômetro, o motorista não pode ser considerado presumidamente alcoolizado, muito menos fazer prova contra si⁸, segundo o princípio *nemo tenetur se detegere*. Há todo um sistema protetivo nesse sentido⁹ ao qual o Brasil faz parte, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, que assim estipula: “Art. 8º, 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada” (apud ALVES, 1997, p. 294-295).

Sobre a adoção e o respeito aos instrumentos internacionais, a Constituição Federal é clara:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada em 1992, e virou realidade jurídica no ordenamento nacional pelo Decreto nº 678/92. Logo, seus efeitos são sentidos na realidade jurídica brasileira a partir dessa data.

Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo:

Em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, como anteriormente observado, foi ele expressamente previsto no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, por força dos respectivos decretos legislativos. (QUEIJO, 2003, p. 65)

Já para Fábio Konder Comparato:

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer

sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico. (COMPARATO, 2003, p. 48-49)

Então, uma dúvida surge: como fazer o teste do bafômetro sem assumir a culpa, respeitando o princípio da não autoincriminação, o *nemo tenetur se detegere* - isto é, ninguém está ou poderá ser obrigado a produzir provas contra si mesmo?

Aduz sobre o tema Aury Lopes Jr.¹⁰:

Situação complexa é o ranço histórico de tratar o imputado (seja ele réu ou mero suspeito, ainda na fase pré-processual) como um mero “objeto” de provas, ou melhor, o “objeto” do qual deve ser extraída a “verdade” que funda o processo inquisitório. Com a superação dessa coisificação do réu e a assunção de seu status de sujeito de direito, funda-se o mais sagrado de todos os direitos: o direito de não produzir prova contra si mesmo (nada a temer por se deter - *nemo tenetur se detegere*). Desse verdadeiro princípio, Não há a obrigatoriedade na execução do exame por parte do próprio motorista, logo, se firma uma controvérsia acerca da aferição do teor alcoólico do condutor desdobram-se importantes vertentes, como o direito de silêncio e a autodefesa negativa. (LOPES JR, 2007, p. 592)

A doutrina manifesta-se da seguinte forma acerca da não obrigatoriedade do exame do bafômetro:

a) Luiz Flávio Gomes:

Em matéria de prova da embriaguez há, de qualquer modo, uma premissa básica a ser observada: ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo (direito de não auto-incriminação, que vem previsto de forma expressa no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que possui valor constitucional [...]). O sujeito não está obrigado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova (contra ele mesmo). Em outras palavras: não está obrigado a ceder sangue, não está obrigado a soprar o bafômetro (porque essas duas provas envolvem o corpo humano do suspeito e porque exigem dele uma postura ativa). Havendo recusa, resta o exame clínico (que é feito geralmente nos Institutos Médico-Legais) ou a prova testemunhal. O motorista surpreendido, como se vê, pode recusar duas coisas: exame de sangue e bafômetro. Mas não pode recusar o exame clínico. E se houver recusa desse exame? (GOMES, 2008)

b) Flávia Cristina Piovesan:

A partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu artigo 8º, II, g, estabelece que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, consagrando assim o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo. (PIOVESAN, 1997, p. 254)

c) Antonio Scarance Fernandes:

Já era sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de

inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo. Com a convenção de Costa Rica, ratificada pelo Brasil e incorporada ao direito brasileiro (Decreto 678, de 6/11/1992), o princípio foi inserido no ordenamento jurídico nacional, ao se consagrar, no art. 8º, n. 2, "g", da referida Convenção que "toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada". Significou a afirmação de que a pessoa não está obrigada a produzir prova contra si mesma. Pode por exemplo, invocar-se esse princípio em face do Código de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23/9/1997) para não se submeter ao teste por "bafômetro". (FERNANDES, 2007, p. 303-304)

d) Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

Questão de relevo também prende-se à prova da embriaguez e as garantias de reserva da intimidade e da vida privada. Isso porque o art. 277 do Código de Trânsito prevê a obrigação de o condutor do veículo se submeter a testes de alcoolemia ou a exames clínicos ou de instrumentos como o bafômetro para fins de verificação de eventual embriaguez com efeitos administrativos. Como já vimos em comentário ao artigo anterior, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, garante o direito a não autoincriminação. Desse modo, pode haver recusa pelo condutor de se submeter a esses exames sem que tal fato venha a caracterizar autonomamente crime, tampouco presumir seu estado de embriaguez. (LOPES, 1998, p. 223-224)

Após todo esse suporte fático e doutrinário, é possível afirmar que não é necessário ao condutor, embriagado ou não, submeter-se ao exame do bafômetro. Tampouco poderá ser considerado presumidamente culpado, pois em nosso sistema constitucional impera a presunção de inocência¹¹, o que não significa que a autoridade policial não disponha de outros meios para verificar o nível alcoólico do condutor caso haja suspeita de sinais de embriaguez.

Se o condutor recusar-se a fazer o teste do bafômetro, de acordo com o Código de Trânsito são possíveis as seguintes medidas: "Art. 277 [...] § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo".

Como o referido artigo faz referência ao art. 165, aqui devemos analisá-lo:

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.

Sendo assim, ao se recusar a colaborar com os procedimentos que envolvem o exame do bafômetro, o condutor deverá ter retido o seu documento de habilitação; e o seu veículo, caso não exista outra pessoa habilitada a dirigi-lo¹², deverá ser apreendido.

Para Bruno Calabrich:

As duas primeiras consequências da recusa em fazer o exame - (a) multa e (b) suspensão do direito de dirigir por 12 meses - são tratadas no CBT como penalidades, e, por tal natureza, dependem da instauração de um procedimento administrativo (arts. 280 e seguintes do CBT), no curso do qual o motorista pode se defender por escrito. (CALABRICH, 2010, p. 7)

Se o condutor não desejar fazer prova contra si e, portanto, recusar-se a soprar no bafômetro, seu direito de dirigir estará suspenso e será devida uma multa de R\$ 957,70.

No entanto, a recusa não impede que a autoridade policial se isente de outros meios de obtenção do nível alcoólico do condutor, se houver suspeitas ou sinais claros de embriaguez.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clara: "Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o artigo 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitiva, apenas e tão-somente, o respectivo exame pericial" (BRASIL, 2003, p. 368).

Então, agora, tratemos dos demais meios de prova que não o exame do bafômetro.

1.2.2 Outros meios de aferição de embriaguez

A legislação de trânsito é clara ao estabelecer meios alternativos quando o condutor se recusa a efetuar o teste do bafômetro.

O Código de Trânsito Brasileiro é claro ao estipular os passos a serem seguidos pela autoridade policial:

Art. 269 A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas:

.....
IX - realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Havendo recusa de submissão ao exame, cumpre à autoridade de trânsito consignar a recusa por dois motivos: para escusar-se de eventual acusação de descumprimento de dever legal e para gerar presunção contrária ao condutor do veículo, pois não poderá aduzir que se prejudicou pela não realização do bafômetro. (BRASIL, 1997)

Ademais, o Decreto nº 6.488/08 prevê:

Art. 1º. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades administrativas do art. 165 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, por dirigir sob a influência de álcool.

§ 1º As margens de tolerância de álcool no sangue para casos específicos serão definidas em resolução do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, nos termos de proposta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde.

§ 2º Enquanto não editado o ato de que trata o § 1º, a margem de tolerância será de duas decigramas por litro de sangue para todos os casos.

§ 3º Na hipótese do § 2º, caso a aferição da quantidade de álcool no sangue seja feito por meio de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), a margem de tolerância será de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões. (BRASIL, 2008)

Por fim, a Lei nº 11.705/08 também estabelece novas diretivas, ao alterar o artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro:

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. (BRASIL, 2008)

Com isso, alguns outros exames que eram praticados no local, como o teste de reflexo, foram descartados.

Não existe, por parte do condutor, nenhuma obrigatoriedade na realização dos exames descritos no artigo acima. Contudo, o condutor poderá ser encaminhado a uma Delegacia de Polícia para abertura do concernente inquérito policial. Falaremos mais de tal possibilidade adiante.

É importante destacar que o § 3º do artigo 277 fala em aplicação das medidas em caso de descumprimento dos exames previsto no dispositivo. Porém, tais penalidades figuram todas no âmbito exclusivamente administrativo, não sendo nada devido ou invocado ao Direito Penal.

Eduardo de Souza Floriano questiona:

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? E, em seguida, explica:

Assim, a resposta à pergunta apresentada é NÃO. A Autoridade Policial pode, e deve (poder-dever de polícia), dentro da legalidade, fiscalizar e punir não só aqueles que dirigem alcoolizados bem como aqueles que se recusam a comprovar que se encontram aptos a uma direção segura. (FLORIANO, 2008)

Lenio Streck não concorda com o posicionamento acima:

Em uma democracia, agente de trânsito determina produção de prova? E produção de prova sem contraditório, ampla defesa, devido processo? O agente de trânsito, ele mesmo, determina a "produção de prova" (sic) e a realiza? Ele é, ao mesmo tempo, fiscal, investigador, acusador e juiz dos "notórios sinais de embriaguez"? E não se diga que, por se tratar de "infração administrativa", o devido processo legal é inaplicável. Ora, a Constituição determina o devido processo legal tanto para crimes como para "infrações administrativas" (veja-se a garantia do cidadão quando processado administrativamente). (STRECK, 2006)

Assim, a discussão permanece acerca do tema "impunidade", razão pela qual aprofundaremos ainda mais a análise quando dos crimes de trânsito. Para o condutor há uma série de regramentos que possibilitam a recusa contumaz dos exames previstos no Código de Trânsito Brasileiro sem qualquer tipo de reprimenda penal, de tal sorte que apenas responde na esfera administrativa, porém, com uma penalidade não definitiva, visto que seu carro deixará de ser apreendido se outro condutor habilitado o retirar.

Embora a multa de pouco menos de mil reais seja devida, a suspensão do direito de dirigir pelo período de 12 meses ainda não é contumaz, porque cabe recurso na esfera administrativa, e tal decisão seguramente não será breve.

Por conta de nosso sistema jurídico calcado na presunção de inocência, o condutor, enquanto não forem transitados em julgado todos os recursos, poderá transitar normalmente, sem ter o seu direito de dirigir impedido ou revogado.

2 O Direito Penal e os delitos praticados pelo motorista embriagado

Muito se discute nos meios de comunicação o porquê de um condutor visivelmente embriagado não sair preso¹³. A bem da verdade, tal possibilidade não é viável, pois, de acordo com as regras de trânsito, somente é possível a aplicação de medidas administrativas.

Nessa esteira, Bruno Calabrich:

A apreensão da carteira e a retenção do veículo são as únicas medidas a serem aplicadas de imediato ao motorista que se recusa a se submeter aos exames solicitados pela autoridade policial. Não cabe, pela simples recusa, a prisão do motorista. Note-se ainda que o motorista pode se recusar a se submeter a qualquer exame, seja o teste do bafômetro, seja qualquer outro procedimento previsto no artigo 277 do CTB, a exemplo de exames clínicos ou de sangue. Assim, caso o condutor do veículo se negue a participar de qualquer procedimento de avaliação de seu estado de embriaguez, sequer caberia a condução coercitiva do motorista à delegacia de polícia ou a outro local onde se poderia realizar um exame médico. Mas, em qualquer caso de recusa, serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas mencionadas acima. (CALABRICH, 2010, p. 8)

No entanto, não significa que o Código de Trânsito Brasileiro não tenha desenvolvido uma parte em que preveja e estipule os crimes de trânsito, pois o fez dos artigos 291 a 312, com destaque para os artigos 291¹⁴, 302¹⁵, 303¹⁶, 307¹⁷, 308¹⁸ e 309¹⁹.

E, para a direção sob o efeito do álcool, temos o artigo 306:

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: 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. (BRASIL, 1997)

Assim, retorna a controvérsia que envolve a alcoolemia, pois o artigo acima é claro ao estipular o limite de seis decigramas de tolerância alcoólica.

De tal sorte, então, podemos construir a seguinte raciocínio: para os delitos que não envolvam crimes, o limite será de dois decigramas, como previu o artigo 1º, § 2º, do Decreto nº 6.488/08; e quando houver um incidente penal ou o cometimento de crime de trânsito, portanto, o limite será de seis decigramas²⁰.

O mesmo decreto possui regramento específico para o caso de cometimento de crime de trânsito sob efeito de álcool:

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. (BRASIL, 2008)

Logo, o decreto já prevê exames complementares para aferição do teor de alcoolemia e, igualmente ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, estipula o limite em seis decigramas, pacificando assim qualquer entendimento diverso sobre a possibilidade de dois limites distintos de alcoolemia para o mesmo delito.

Para a apuração do delito criminal decorrente de acidente de trânsito, indispensável será a produção de prova²¹⁹¹ para se atestar o excesso de consumo de álcool ou outra substância análoga.

Nesse sentido, Renato Marcão indica duas possibilidades para a produção de prova:

Duas, portanto, as hipóteses identificadas. Na primeira hipótese, para que se tenha por autorizada a persecução criminal será imprescindível produzir provas técnicas indicando que o agente, na ocasião, se colocou a conduzir a conduzir veículo na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

O dispositivo penal aqui é taxativo no que tange à quantificação de álcool por litro de sangue para que se tenha por configurada a infração penal, e tal apuração só poderá ser feita tecnicamente, de maneira que a prova respectiva não poderá ser suprimida por outros meios, tais como exames clínicos ou prova oral.

Na segunda hipótese estará configurado o crime quando o agente se colocar a conduzir veículo na via pública sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Sob tais condições, para a persecução penal não é imprescindível prova pericial, sendo suficiente a produção de prova oral. (MARCÃO, 2009, p.160)

Caso o condutor se recuse a fazer o teste do bafômetro e igualmente a fazer o exame de sangue, a autoridade policial poderá, em conformidade com o artigo 167 do Código de Processo Penal, encaminhar o condutor para exame de corpo de delito²². E, na ausência de vestígios, será admitida a prova testemunhal²³.

Sobre a questão a jurisprudência corrobora com tal posicionamento:

É sabido que a melhor prova do estado de embriaguez é a testemunhal, já que informa as condições físicas do indivíduo embriagado, muito conhecidas pelo andar inseguro, as palavras incoerentes e confusas. Daí porque já pronunciou a jurisprudência que, entre a prova pericial, concluindo pelo estado de embriaguez, e a testemunhal, afirmando não estar o agente embriagado, deve prevalecer esta última sobre aquela. (TACrimSP - AC - Rel.: Albano Nogueira - RT 575/396)²⁴

Não se fazendo visível qualquer exteriorização de ebriedade e diligenciando o réu providências que, pela sua natureza, induzem demonstração de hígidez, não pode prevalecer, em contrário, dado isolado constante de laudo pericial. (TACrimSP - AC - Rel.: Cid Vieira - JUTACRIM 60/278)

Nos dias de hoje, paira a desconfiança na eficácia em torno da aplicação de sanções no que tange aos crimes de trânsito. Por conta da força simbólica que o Direito Penal demonstra, a sociedade, erroneamente, imagina que se um condutor embriagado provoca um acidente de trânsito do qual resulta uma lesão corporal mais séria ou até um óbito, já sairá do local do acidente devidamente preso²⁵.

Evidentemente, o sistema punitivo brasileiro não tramita desta forma. Toda pessoa tem o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal e ao direito a um processo justo. Logo, sair preso por ser um condutor embriagado não condiz com o nosso ordenamento jurídico.

No entanto, não ser preso não significa caminhar *di pari passo* com a impunidade, pois é dever da autoridade policial produzir as provas necessárias como já dissemos acima.

Já ao delegado de polícia cabe outra função: investigar e apurar os fatos. No curso do processo, se este for o seu entendimento, poderá requerer a suspensão temporária do direito de dirigir do condutor, em conformidade com o artigo 294 do Código de Trânsito Brasileiro²⁶. E ao condutor cabe recurso administrativo para impedir tal feito, como assevera o parágrafo único do mesmo artigo²⁷.

Dos crimes previstos no Código de Trânsito, temos: lesão corporal culposa, homicídio culposo, omissão de socorro e trafegar sob efeito de álcool²⁸. Note-se que o legislador brasileiro não considerou em nenhuma hipótese a modalidade dolosa para os crimes, isto é, com intenção de produzir o resultado.

3 O dolo nos delitos de trânsito provocados por motorista embriagado

O nosso entendimento é que, nos casos de acidentes provados por motorista embriagado, quando houver um crime de trânsito comprovado, não deverá o condutor responder na modalidade culposa, mas sim, na dolosa. Expliquemos.

O Código de Trânsito Brasileiro é claro ao estipular que para os crimes de trânsito aplicam-se as normas do Código Penal e de Processo Penal e nos dispositivos penais existe, sim, a modalidade dolosa²⁹. Portanto, ao cometimento do delito de homicídio, por exemplo, o condutor, segundo esse entendimento ao qual nos filiamos, não comete crime de trânsito - modalidade culposa, sem intenção de produzir o resultado -, mas sim homicídio, de acordo com o Código Penal, artigo 121. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci:

Crime de trânsito: é a denominação dada aos delitos cometidos na direção de veículo automotores, desde que sejam de perigo-abstrato ou concreto-bem como de dano, desde que o elemento subjetivo constitua culpa. Não se admite a nomenclatura crimes de trânsito para o crime de dano cometido com dolo. Portanto, aquele que utiliza veículo para, propositalmente, atropelar e matar seu inimigo comete homicídio - e não simples crime de trânsito. (NUCCI, 2008, p. 219).

Em nosso entendimento, existe a possibilidade de homicídio doloso e culposo no trânsito. No primeiro caso, quando o agente tem consciência da ilicitude de seu ato e

assume o risco do resultado - denominado dolo eventual³⁰ -, como, por exemplo, trafegar a 90 km/h em uma via cujo limite de velocidade é de 60 km/h. Já o segundo caso ocorre quando, mesmo sob a influência do álcool, não tem a intenção de produzir o resultado, como atropelar um pedestre que atravessou farol verde para o condutor do veículo.

Observe-se que o que configura a conduta dolosa é a intenção na produção do resultado, e não apenas a embriaguez de seu condutor.

Dessa forma, temos a seguinte situação a ser elucidada: em caso de crime de trânsito, qual a competência a ser adotada a do Código de Trânsito Brasileiro ou a do Código Penal?

A resposta é: se a conduta for culposa, a conduta ficará a cargo das penalidades previstas pelo Código de Trânsito Brasileiro. No entanto, se a conduta for dolosa, a sanção a ser aplicada será a prevista pelo Código Penal.

Guilherme de Souza Nucci concorda com a possibilidade de dolo eventual em acidente de trânsito:

As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade sob embriaguez, entre outras. Se apesar disso continua o condutor do veículo a agir dessa forma, estará demonstrando seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso. (NUCCI, 2008, p. 220)

Por isso, torna-se tão importante a produção de provas e a correta instrução do inquérito policial pela autoridade competente.

Assim, em um acidente de trânsito cabe à autoridade policial produzir as provas necessárias para comprovar a embriaguez do condutor. Para tanto, deve fazer uso do bafômetro, de exame de sangue ou, ainda, de exame de corpo de delito ou termo de constatação de embriaguez feito pelo agente fiscalizador ou por testemunhas.

Se necessário, poderá conduzir o condutor à autoridade de polícia judiciária, a qual, de imediato, expedirá a requisição para o exame clínico. Tal exame determinará se o condutor dirigia, de forma correta ou de forma anormal, em decorrência do efeito de álcool ou substância análoga. Se ocorrer a constatação do segundo caso, então aplica-se o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Se do acidente resultar uma conduta mais gravosa como uma lesão corporal ou um homicídio, então, aplicam-se as penalidades do Código Penal.

Acerca do dolo para os crimes de trânsito, não se trata de uma mera elucubração sem sentido, pois nossos tribunais já decidem favoravelmente à responsabilização dolosa:

RECURSO CRIMINAL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - MATERIALIDADE COMPROVADA - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - DOLO EVENTUAL EM TESE CONFIGURADO - PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - DÚVIDA QUE SE RESOLVE EM FAVOR DA SOCIEDADE - NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI - RECURSO DESPROVIDO.

Ora, em regra, os delitos que ocorrem na circulação e condução de veículos automotores nas vias públicas são culposos. Contudo, há aqueles que ultrapassam

os limites ponderáveis das normas para a segurança do trânsito, tais como a embriaguez voluntária, a velocidade demasiada e outras que retratam conduta além do risco compatível com a normalidade da disciplina do trânsito. Esses constituem, por conseguinte, uma categoria denominada dolo eventual. (SANTA CATARINA, 2008)

ACIDENTE DE TRÂNSITO - Homicídio - Dolo eventual - Prisão preventiva - Delito que não resultou de mera imprudência - Agente que conduzia deliberadamente seu veículo em estado de embriaguez, colocando em risco os transeuntes - Necessidade de garantia da ordem pública que é suficiente para manutenção do réu em custódia. Ementa oficial: Não estando, em princípio, comprovado que o delito resultou de mera imprudência, mas, ao contrário, havendo informações de que o agente encontrava-se embriagado ao conduzir seu veículo, além de dirigir de modo a pôr em risco os transeuntes, estando, ademais, consignadas essas circunstâncias no decreto prisional, que anteviu, por isso mesmo, a necessidade de assegurar a ordem pública, indefere-se o pleito de liberação do paciente. (BAHIA, 2005)

A sociedade insurge-se a cada novo acidente fatal envolvendo motorista embriagado. Todavia, em vez de fazer sua parte, não consumir bebida alcoólica, produz subterfúgios para ludibriar os agentes fiscalizadores.

O legislador já incrementou as responsabilidades para os acidentes de trânsito que envolvem o álcool em várias oportunidades. Contudo, ainda não teve a coragem necessária para fazer o mais importante: tornar crimes os acidentes produzidos por motorista que ultrapassar o limite de alcoolemia permitida no Código de Trânsito Brasileiro e dar a estes crimes o mesmo tratamento que o fez o Código Penal nos casos de homicídio e lesão corporal: o caráter doloso da infração, isto é, a vontade de produzir o ato e assumir o risco do resultado.

De nada adiantará reduzir os limites da alcoolemia se a questão mais importante segue inalterada: o tratamento criminal da questão.

4 O Direito Penal como *ultima ratio* para os crimes de trânsito

O Direito Penal tem como função precípua coibir comportamentos que criem ou fomentem a desarmonia social. Porém, ao tipificar condutas, cabe ao Direito Penal administrar um dos bens mais preciosos da humanidade: a liberdade.

Uma condenação na esfera penal representa, exatamente, a perda dessa liberdade do direito de ir e vir.

Ademais, por conta desse ministrar da liberdade, o Direito Penal apresenta uma força invisível – isto é, uma força simbólica a qual a população tem um temor maior do que se comparado aos demais ramos do Direito.

O Direito Penal tem a função de ser garantista, ou seja, defender a segurança da coletividade, o que para alguns doutrinadores significa ser a *ultima ratio*, o liame que separa a impunidade da imputabilidade.

O Direito Penal é invocado em questões que não são, tecnicamente, de sua seara, entretanto, não são resolvidas eficazmente pelos ramos do Direito devidos.

Exatamente por ter a representação de segurança jurídica, ameaha questões totalmente passíveis ou delegáveis para outras áreas do Direito, como a microcriminalidade (furto/roubo de pequeno porte), a qual poderia ser satisfeita pelo Direito Civil, mas o caráter assecuratório do Direito Penal não permite tal transferência.

É exatamente por isso que a matéria da embriaguez e os crimes de trânsito dela decorrentes podem migrar para o âmbito penal. O Direito Penal tem o condão de ser a *ultima ratio*, ou seja, a última instância de se coibir uma conduta, ou melhor: o último remédio para impedir que uma infração fique impune.

Há também o caráter social do Direito Penal, uma vez que, na cultura brasileira, de uma maneira geral, o sinônimo de idoneidade de qualquer pessoa é ter uma "ficha criminal" limpa, ou seja, ser primário.

Poucos efetivamente se importam com o recebimento de uma infração administrativa - como uma multa de trânsito, por exemplo. Pelo contrário, pode ser encarado até como um fato cotidiano. Porém, no caso de uma sentença condenatória na esfera penal, a reação é totalmente adversa: gera-se uma reação de desconfiança, a moral ilibada deixa de ser confiável e a até então inabalável credibilidade de qualquer cidadão sofre um revés irrecuperável.

Na maioria das tentativas de obtenção de emprego, o primeiro e mais observado requisito é a análise da ficha de antecedentes; e quem tem condenação dificilmente obtém um emprego.

Por conseguinte, o criador das leis, insatisfeito com a proliferação dos acidentes de trânsito e com a ineficácia dos instrumentos de controle, decidiu apelar para a esfera que mais abala com a moral na cultura brasileira: a penal. Porém o fez de forma incompleta, ao prever apenas a modalidade culposa para os crimes de trânsito.

É sabido ser necessária essa complementação na letra da lei e na aplicação do Direito Penal para os infratores. Somente assim a batalha contra a embriaguez e a associação nociva do álcool com a direção terá um caminho vitorioso em busca da proteção à vida.

Conclusão

Quando o assunto em pauta é o álcool, a sociedade brasileira o associa ao prazer da diversão, por conta dos frequentes comerciais dos fabricantes de bebidas.

O álcool faz parte do cotidiano social das pessoas que se confraternizam após o trabalho para tomar uma cervejinha e relaxar.

O problema paira quando, ao final da atividade, as pessoas que por vezes beberam por horas resolvem conduzir seus veículos como se nada houvera ocorrido, em uma falsa aparência de sobriedade.

Tudo se modifica quando ocorre um acidente de trânsito. Se deste resulta a morte de um inocente, a mesma sociedade que outrora incentiva o consumo do álcool passa a querer coibi-lo de forma exemplar.

E nessa esquizofrenia temos o legislador nacional, que, ao mesmo tempo, adiciona novos regramentos e instrumentos de controle na luta contra o álcool no trânsito e contemporiza ao não atrelar as condutas dos embriagados às responsabilidades do Código Penal brasileiro.

O legislador é condescendente por também ter culpa na questão do álcool. Afinal, o Governo Federal não investe em infraestrutura e em meios alternativos eficazes de transporte para garantir um retorno seguro aos beberrões.

Da mesma feita, não coíbe as propagandas que incentivam o consumo de bebida alcoólica - logo, não consegue ser eficaz ao criminalizar a conduta da embriaguez no trânsito.

Mesmo em relação aos mecanismos de fiscalização pairam dúvidas, visto que não é obrigatório o exame do bafômetro por parte do motorista de veículo automotor. A razão para essa escusa é simples: em nosso ordenamento jurídico, rege o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, segundo o qual todos têm direito a um justo processo, ao contraditório, à ampla defesa e a todos os meios de prova admitidos no processo.

Assim, não é lícito, a menos que o queira, o próprio condutor fazer prova contra si. E não deve ser responsabilizado por coisa alguma, caso se negue a soprar no bafômetro.

A sociedade pode considerar que o condutor se esquivou por estar embriagado; porém, esse julgamento fica apenas no imaginário popular, já que no plano prático não se pode fazer juízo de valor como forma de prova.

No entanto, a autoridade policial pode e deve usar de outros instrumentos para buscar aferir a alcoolemia do condutor. Dentre os meios possíveis temos o exame de sangue, o exame de corpo de delito e até mesmo a produção de prova testemunhal, desde que colhida em termo próprio e devidamente assinada.

Como solução possível para combater o crescente aumento dos acidentes de trânsito e do álcool como protagonista, o Direito Penal pode ser invocado como *ultima ratio*, isto é, o último mecanismo eficaz para impedir que o condutor abrace a impunidade.

A solução de se recorrer ao Direito Penal não é a correta, mas, no caso dos delitos de trânsito, parece ser a medida mais eficaz ante a inércia do Governo Federal e a comodidade da população, que pouco ou nada se importa com os danos que o dirigir embriagado pode ocasionar a terceiros.

Com isso, a tipificação dos delitos de trânsito na modalidade dolosa, em detrimento à culposa, notadamente mais branda, representará uma mudança necessária no paradigma das infrações de trânsito, pois as pessoas passarão a ser, efetivamente, presas e condenadas.

A realidade hoje implica sanções administrativas que não coíbem os delitos com a mesma eficácia. Quando as pessoas passarem a serem privadas de sua liberdade, haverá uma conscientização necessária de que dirigir embriagado causa danos, inclusive à sua liberdade de ir e vir.

A medida é radical, sem dúvida, mas não é mais possível ver acidentes em que pessoas totalmente sem condições de dirigir trafegam com velocidades muito acima do

limite e ultrapassam o farol vermelho; e, se atingem um trabalhador honesto que se dirigia a mais um dia de labuta, participam uma “fatalidade”.

Não podemos minorar ou tentar abrandar o quão grave é a perda de uma vida por conta da irresponsabilidade social de terceiros.

O sistema de trânsito foi criado para assegurar a tranquilidade aos condutores e aos pedestres e não impingir uma insegurança coletiva àqueles que precisam sair de suas casas na madrugada e convivem com o medo de serem abalroados por um ébrio e terem sua jornada abreviada por erros de terceiros.

Ao legislador cabe a missão de harmonizar as relações sociais e garantir a paz entre os cidadãos. Da forma como o Código de Trânsito predispõe a responsabilidade por crimes de trânsito, a missão do Estado Democrático de Direito mostra-se falha.

O cidadão torce para ter sorte de voltar vivo...

O Estado brasileiro deve edificar e consolidar a proteção ao cidadão, nem que para isso o Direito Penal prive a liberdade daqueles que, infelizmente, se consideram alheios à lei e ao direito de terceiros.

A impunidade deve abrir caminho para a responsabilidade social, para o bem de todos.

Não se busca coibir o consumo de bebida alcoólica, mas sim o afastamento da relação do álcool com a direção. Esta é a maneira de se buscar a proteção do embriagado e de terceiros, para que beber uma cervejinha no final do expediente não custe um trabalhador a menos ou um pai de família que se esvai na batalha contra o álcool no trânsito.

THE BREATHALYZER AND DRUNK DRIVING: CONSTITUTIONAL REVIEW AND CRIMINAL ASPECTS

ABSTRACT: The doctrine discusses if the crime resulting from driving under the influence of alcohol is willful or grossly negligent. Meanwhile, accidents pile up. The society calls for a tougher criminal repression and traffic legislature created a series of mechanisms to combat the fatal combination of alcohol and driving. This article deals with the traffic law and specifically examines the effects of the direction of a drunk driver and faces with controversial issues, such as the breathalyzer test and its limits and constitutional protections, the criminal responsibility of the author of an accident and the intervention of criminal law on traffic rules.

KEYWORDS: Drunk driving. Brazilian Traffic Code. Breathalyzer.

Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Habeas Corpus nº 1.704-9/2005*. 2ª Câmara. J. 17/3/2005. Rel.: Des. Benito A. de Figueiredo. RT 840/611-2, out. 2005.

BRASIL. *Decreto nº 6.488, de 20 de junho de 2008*. Regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, disciplinando a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 2008*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

_____. *Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008*. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que “institui o Código de Trânsito Brasileiro”, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 13.215/SC*. 5ª Turma. Rel: min. Felix Fischer, DJU 26/5/2003, p. 368.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CALABRICH, Bruno. O teste do bafômetro e a nova lei de trânsito: aplicação e consequências. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, n. 82, p. 7-9, dez. 2010.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Estudos técnicos: mapeamento das mortes por acidentes de trânsito no Brasil, 2009*. Disponível em: <<http://portal.cnm.org.br/sites/9000/9070/Estudos/Transito/EstudoTransito-versaoconcurso.pdf>>. Acesso em 1º ago. 2012.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.976, 28 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12024>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

GALDURÓZA, José Carlos F.; CAETANOB, Raul. Epidemiologia do uso de álcool no Brasil. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, 2004, 26 (Supl I): p. 3-6 (online). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v26s1/a02v26s1.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2010.

GOMES, Luiz Flavio. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Lei seca: acertos, equívocos, abusos e impunidade*. Jul. 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080804114125256&mode=print>. Acesso em: 14 ago. 2008.

HOFFMANN, Maria Helena; CARBONELL, Enrique; MONTORO, Luis. Álcool e segurança: epidemiologia e efeitos. *Psicologia: ciência e profissão*. Brasília, v. 16, n.1, 1996, p. 28-37.

LOPES JR., Aury Lopes. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LARANJEIRA, Ronaldo; ROMANO, Marcos. Consenso brasileiro sobre políticas públicas do álcool. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, 2004, 26 (supl. I): p. 68-77. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462004000500017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 nov. 2010.

LEITE, Ana Cristina. *O bafômetro*. São Paulo, 1998. Disponível em: <<http://www.terraviva.pt/ilhadomel/2681/bafometro.html>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARCÃO, Renato. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PORTAL DO TRÂNSITO. *Trânsito no Brasil: Uma triste realidade*. Disponível em: <<http://www.portal-dotransito.com.br/noticias/transito-no-brasil-uma-triste-realidade.html>>. Acesso em: 1º ago. 2012.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo teneatur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Recurso Criminal nº 2008.014724-7*. Curitibaanos. Recorrente: José Adelino Gonçalves. Recorrido: Justiça Pública. Relator: Des. Solon d'Éça Neves. J. 18/8/2008.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Mais) um passo atrás no direito brasileiro. Quem vai cuidar do guarda da esquina? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7987>>. Acesso em: 1º ago. 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- VIEGA, Francisco Dairton Oliveira; KAKIONES, Paulo. Lei Seca: os entraves nos meios de consecução de provas nos crimes de embriagues ao volante. *Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais no Estado de Rondônia*. Porto Velho, 2009. Disponível em: <<http://www.sinprf-ro.com.br/wp-content/uploads/2009/08>> Acesso em: 3 ago. 2012.

Notas

- ¹ “Estado causado pela ingestão de bebidas alcoólicas; embriagamento” (DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2009, p. 1.120).
- ² “Embriagado. Que se embriagou ou ingeriu bebida alcoólica em excesso. Com os sentidos perturbados; tonto, aturdido” (DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2009, p. 1.120).
- ³ “Art. 1º Esta Lei altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool, e da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool”. No mesmo sentido, corrobora o artigo 276 do CTB alterado pela mesma lei, e que tem a seguinte redação: “Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo Federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos”.
- ⁴ “O bafômetro é um aparelho que permite a concentração de bebida alcoólica em uma pessoa, analisando o ar exalado dos pulmões. A concentração de álcool no hálito das pessoas está relacionada com a quantidade de álcool presente no seu sangue dado o processo de troca que ocorre nos pulmões, isso se deve ao fato de o etanol ser totalmente solúvel em água. O motorista deve

- assoprar com força o canudo, que conduzirá o ar de seus pulmões para um analisador contendo solução ácida de cicromato de potássio” (LEITE, 1998).
- ⁵ Portanto, anterior à redução do limite de 0,6 para 0,2 decigramas de álcool no sangue.
- ⁶ CF, art. 5º: “LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
- ⁷ CF, art. 5º: “XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “LIII - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; “LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.
- ⁸ CF, art. 5º: “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”.
- ⁹ CF, art. 5º: “LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.
- ¹⁰ “O direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinhe-se: do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer outro tipo de prejuízo jurídico para o imputado” (LOPES JR., 2007, p. 601).
- ¹¹ “É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre [...]. Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia. [...] Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. [...] ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado” (TOURINHO FILHO, 2004, p. 28).
- ¹² Se um outro passageiro do veículo se submeter ao exame e provar suas condições de dirigibilidade, logo, poderá conduzir o veículo automotor sem a necessidade de apreensão.
- ¹³ Considerando a opção que o motorista tem de se recusar ao teste do bafômetro ou a qualquer outro exame (aceitando, com isso, a aplicação das sanções do artigo 165 do CBT), a única hipótese para que seja forçosamente levado a uma delegacia é o caso de ser preso em flagrante pelo crime de embriaguez ao volante. Mas a prisão em flagrante por esse crime só pode ocorrer quando estiver claramente caracterizada a embriaguez do motorista, o que de regra resulta de um exame de alcoolemia positivo. Não sendo realizado esse exame, outra possibilidade é o caso de embriaguez patente, verificada no ato pelos agentes de trânsito ou por médicos em virtude de “notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor”, conforme previsão do art. 277, § 2º, do CBT (CALABRICH, 2010, p. 8-9).
- ¹⁴ “Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber. Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. § 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). § 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.”
- ¹⁵ “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros; V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos”.

- ¹⁶ “Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.”
- ¹⁷ “Art. 307. Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código: Penas - detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1º do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.”
- ¹⁸ “Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada: Penas - detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”
- ¹⁹ “Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.
- ²⁰ É importante notar que o Decreto data de 20/6/2008, enquanto a Lei nº 11.705 data de 19/6/2008. Logo, foi intenção clara do legislador criar limites distintos para delitos distintos no trânsito.
- ²¹ “Para provar que o agente conduziu veículo automotor na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, é imprescindível prova técnica. Ausente prova técnica atestando o número de decigramas de álcool por litro de sangue, é de se absolver o réu do delito tipificado no art. 306 da Lei nº 9.503/97, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal” (GOMES, 1999, p. 51).
- ²² Cf. Código de Processo Penal: “Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.
- ²³ O § 2º do art. 277 do CTB reza que “a infração prevista no art. 165 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”. Ao que parece, o CTB ampliou a possibilidade probatória da embriaguez na direção, podendo ser provada não apenas pelo exame de dosagem alcoólica, mas também pela prova testemunhal (VIEGA; KAKIONES, 1999).
- ²⁴ No mesmo sentido: “A embriaguez pode ser comprovada não apenas pelo exame de dosagem alcoólica que não é essencial, como também pela prova testemunhal. Esta última tem até preponderância sobre aquele exame, ante a relatividade dos efeitos do álcool sobre as pessoas” (TACRIM-SP - AC nº 311.583 - Rel.: Dias Tatit).
- ²⁵ Existe a possibilidade de prisão em flagrante caso o condutor não preste socorro à vítima no local de acidente, conforme o artigo 301 do CTB: “Art. 301. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela”.
- ²⁶ “Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.”
- ²⁷ “Art. 294. [...] Parágrafo único. Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo.”
- ²⁸ Sem prejuízo aos demais delitos previsto no Código de Trânsito Brasileiro, nos ateremos a estes como os principais de nossa análise.
- ²⁹ “O dolo como elemento essencial da ação final compõe o tipo subjetivo. Entende-se por dolo a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso (tipo objetivo). Dolo é ‘saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito’. Não exige a consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade (PRADO, 2000, p. 224)”.
- ³⁰ “Dolo eventual (*dolus eventualis*): significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela. O agente não quer diretamente a realização do tipo, mas aceita como possível ou provável - ‘assume o risco da produção do resultado’ (art. 18, I, *in fine*, CP)” (PRADO, 2000, p. 225).