



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

FRANCISCO EDSON MONTEIRO DOS REIS

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E OS MEIOS DE PROVA DE
EMBRIAGUEZ**

FORTALEZA

2013

FRANCISCO EDSON MONTEIRO DOS REIS

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E OS MEIOS DE PROVA DE
EMBRIAGUEZ

Monografia submetida à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Áreas de concentração: Direito Processual Penal e Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago

FORTALEZA

2013

FRANCISCO EDSON MONTEIRO DOS REIS

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E OS MEIOS DE PROVA DE
EMBRIAGUEZ

Monografia submetida à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Áreas de concentração: Direito Processual Penal e Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ms. Michel Macarenhas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ms. Daniel Maia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram para minha formação, especialmente, à minha família.

Ao Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago pela orientação e ao Prof. Ms. Michel Mascarenhas e ao Prof. Ms. Daniel Maia por participarem da Banca Examinadora.

“As leis inúteis enfraquecem as leis necessárias” (Charles de Montesquieu)

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de analisar o princípio da não autoincriminação, também conhecido pela expressão latina *nemo tenetur se detegere*, e sua relação com os meios de prova de embriaguez em face do crime de embriaguez ao volante. O princípio da não autoincriminação é produto da necessidade de superação dos métodos desumanos para a obtenção de confissão e enuncia que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. A alta quantidade de mortes provocadas pela associação de álcool e direção fez com que o legislador, através das Leis n. 11.705/08 e n.12.760/12, recrudescesse o tratamento aos condutores alcoolizados. Analisa-se a evolução legislativa do tratamento penal dado à repressão do crime de embriaguez ao volante. Procurou-se perquirir os meios de prova idôneos à comprovação da embriaguez para efeitos penais, principalmente, aqueles que dependem de colaboração do acusado. A importância do trabalho reside na necessidade de reprimir de maneira eficaz a embriaguez ao volante, conjugando o *ius puniendi* do Estado aos princípios e garantias fundamentais, em especial quanto ao *nemo tenetur se detegere* e a produção probatória. A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa biográfica, utilizando-se doutrina, jurisprudência e legislação referentes ao tema.

Palavras-chave: princípio da não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, embriaguez ao volante, crime de trânsito, meios de prova.

RÉSUMÉ

Cette étude a l'intention d'analyser le principe contre l'auto-incrimination, aussi connu pour l'expression latine *nemo tenetur se detegere*, et sa relation avec les moyens de preuve d'ivresse face au délit de conduire sous l'empire d'un état alcoolique. Le principe contre l'auto-incrimination est né du besoin de surmonter les méthodes inhumaines pour obtenir des confessions et affirme que personne est obligé à produire des preuves contre lui-même. Les nombreuses morts causées par des conducteurs en état d'ivresse a fait que le législateur, par la Loi n. 11.705/08 et la Loi n. 12.760/12 , augmentât le rigueur dans le traitement des conducteurs ivres. On analyse l'évolution législative du délit de conduire sous l'empire d'un état alcoolique. On recherche les moyens de preuve approprié pour éprouver l'ivresse en ce qui concerne à la procédure pénale. L'importance de cette étude reste au besoin de réprimer efficacement la conduite sous l'empire d'un état alcoolique en équilibrant le *ius puniendi* du État et les libertès fondamentales particulièrement le *nemo tenetur se detegere*. La méthodologie utilisée a été la recherche qualitative bibliographique, en utilisant la doctrine, la jurisprudence et la législation concernant au sujet.

Mots clés: principe contre l'auto-incrimination; *nemo tenetur se detegere*; conduite sous l'empire d'un état alcoolique ; délits routiers ; moyens de preuve.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	11
1.1 Conceito.....	11
1.2 Histórico	12
1.3 Tratamento Constitucional.....	13
1.3.1. Breve histórico constitucional.....	14
1.3.2 Caráter normativo do princípio da não autoincriminação	15
1.3.3 Relação com outros princípios constitucionais	17
1.4 Perspectivas do princípio nos tratados internacionais.....	18
1.5 Direito ao silêncio como corolário do princípio da não autoincriminação	19
2. O A LEI SECA E O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	21
2.1 Breve histórico da legislação incriminadora da embriaguez ao volante ..	21
2.2 Alterações trazidas pelas Leis n. 11.705/08 e n. 12.760/12	23
2.2.1 O crime de embriaguez ao volante: análise do novo tipo penal.....	24
2.2.2 <i>Novatio legis in melius</i>	28
2.2.3 Dirigir sob a influência de álcool: a infração administrativa.....	29
2.3 Embriaguez ao volante e os crimes de risco.....	31
2.4 Direito Comparado: leis repressivas da influência de álcool sobre a direção	34
3. OS MEIOS DE PROVA DE EMBRIAGUEZ	37
3.1 Provas no processo penal	37
3.1.1 Princípios constitucionais relacionados à prova.....	38
3.2 Meios de Prova.....	39
3.3. O mito da verdade real e a busca por uma verdade processual.....	40
3.4 Vedação Probatória	42
3.4.1 Efeitos da prova ilícita e o princípio da não autoincriminação.....	45
3.5 A Colaboração do acusado na produção de provas.....	46
3.5.1 Provas que dependem da colaboração do acusado.....	48
3.6 Meios de prova de embriaguez.....	49
3.6.1 Etilômetro	50
3.6.2 Exame de sangue.....	52

3.6.3 Exame clínico para aferição da embriaguez.....	54
3.6.4 A prova testemunhal	55
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O trânsito é um fenômeno que ganha, cada vez mais, importância dentro do contexto social, pois diz respeito à circulação das pessoas, ao seu direito fundamental de ir e vir. Contudo, a livre circulação de pessoas encontra obstáculo quando da associação de álcool e direção. A embriaguez ao volante é responsável por grande parte dos acidentes de trânsito, colocando em risco a vida e a integridade da população.

Tendo em vista o número de mortes e lesões no trânsito provocado por condutores embriagados, o legislador, paulatinamente, vem endurecendo o tratamento dado à condução de veículos sob influência de álcool. Em um primeiro momento histórico, a embriaguez ao volante era tratada apenas como ilícito administrativo. Com o asseveramento de casualidades provocadas por tal conduta, o legislador se viu na obrigação reprimir de maneira mais contundente os condutores alcoolizados, transformando em delito a condução de veículos sob influência alcoólica.

O principal ato do legislador para o endurecimento da repressão à embriaguez ao volante foi a edição da Lei n. 11.705/08 (também conhecida como Lei Seca). O que se pensou fosse criar uma tolerância zero, acabou por restringir os meios de prova, fazia-se necessário a produção de prova técnica para se atestar a dosagem de álcool, ou seja, etilômetro ou exame de sangue. Além de restritos, estes meios de prova são de difícil utilização, pois, para sua realização, é necessária a participação do acusado, mas, devido ao direito fundamental da não autoincriminação, ninguém é obrigado a colaborar na produção de provas que possam lhe incriminar.

O princípio da não autoincriminação, também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, enuncia pelo direito de não produzir prova contra si mesmo. Tal princípio encontra suas bases na necessidade de combater os excessos do poder estatal ante o indivíduo, em resposta à prática da tortura e do interrogatório sob juramento, que compeliavam o acusado a confissão e a própria incriminação.

A necessidade de repressão ao crime de embriaguez ao volante não pode servir de pretexto para uma supressão de direitos fundamentais, aquela deve procurar conciliar a máxima eficácia na repressão, mas sem violar as garantias do indivíduo.

Diante disto, mais uma vez, o legislador alterou a legislação que trata da embriaguez ao volante. Desta vez, desatrelando a caracterização do crime à necessidade de prova técnica, ampliando os meios de prova de embriaguez.

Porém ainda é preciso atentar-se para a aplicabilidade imediata do princípio da não autoincriminação sempre que os meios de prova necessitem da colaboração do acusado, seja quando há intervenção corporal, seja quando ele tem que praticar uma conduta que pode levar à sua própria incriminação.

Este trabalho, que utilizou-se de pesquisa qualitativa bibliográfica, valendo-se de livros, legislação, jurisprudência e outros documentos bibliográficos, pretende analisar os temas acima referidos.

Inicialmente, se analisará o princípio da não autoincriminação, abordando seu histórico, seu tratamento constitucional, sua relação com outros princípios e a sua presença no âmbito dos tratados internacionais.

No segundo capítulo, abordar-se-á o crime de embriaguez ao volante, analisando a evolução legislativa no tratamento desta conduta, mostrando as modificações feitas pelas Leis 11.705/08 e 12.760/12. Além disso, analisar-se-á a tipificação da conduta de embriaguez ao volante.

No terceiro e último capítulo, tecer-se-ão comentários acerca dos meios de prova de embriaguez em face do princípio da não autoincriminação, analisando-se as aplicações e consequências da violação de tal princípio no âmbito da produção de provas.

1. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

1.1 Conceito

O princípio da não autoincriminação, consagrado pela expressão *Nemo tenetur se detegere*, é o princípio que garante o direito de não produzir prova contra si mesmo, sendo o direito ao silêncio uma de suas acepções, nos dizeres de Gomes¹, o princípio “significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.)”.

Nemo tenetur se detegere significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir, mas esta não é a única expressão latina, pela qual também é chamado o princípio da não autoincriminação. Queijo² cita ainda: *Nemo tenetur edere contra se, Nemo tenetur se accusare, Nemo tenetur se ipsum prodere, Nemo tenetur detegere turpitudinem suam e Nemo testis contra se ipsum*.

Pode se dizer que este princípio decorre da natureza biológica do ser humano, procedendo, diretamente, do instinto de sobrevivência, pois a produção de provas contra si mesmo fere frontalmente o instinto de autopreservação humano. Os hebreus consideravam a confissão como uma aberração da natureza ou manifestação do estado de loucura³. Beccaria⁴ já afirmava a antinaturalidade da autoincriminação:

Outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa fé que vai contribuir para sua própria destruição! Como se, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião!

O princípio da não autoincriminação vem, portanto, proteger dignidade humana “a qual deve ser garantida por um estado de direito, prevalecendo sobre a

¹ GOMES, Luis Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010. Acesso em 19/11/2012

² QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p 4.

³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p 5-6.

⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 78.

finalidade de averiguar a verdade em um procedimento investigatório ainda que ninguém possa conhecer melhor esta verdade que o próprio investigado”⁵

1.2 Histórico

Reputa-se muito antiga a origem do princípio da não autoincriminação, tendo quem considere impossível a localização de suas raízes⁶. Este princípio surgiu como resposta à prática da tortura e do interrogatório sob juramento, que compeliavam o acusado a confissão e a própria incriminação.⁷

Na antiguidade, assim como, na idade média, era largamente admitida a ideia do interrogatório como meio de prova, reprovavam-se o silêncio e a mentira do acusado, estimulando-se sua confissão através de tortura.

Porém, foram durante a inquisição que se acentuaram os métodos desumanos de obtenção da confissão, minimizou-se ao máximo a defesa do acusado, desconheceu-se completamente do devido processo legal, como nos diz Pereira⁸:

Durante a Idade Média, nunca podia se ter certeza de que não se seria acusado de heresia, e a qualquer momento se podia ser sequestrado, sem que se soubesse os motivos. Isso contribuía para criar um clima de terror psicológico sobre a população, o que fazia com que muitas vezes as pessoas se autoincriminassem, visto que a confissão espontânea era premiada com a amenização da punição.

Antes mesmo de a própria pessoa saber por que estava sendo acusada perguntava-se a ela se não queria confessar seu pecado. Claro que a pessoa não tinha a menor ideia do que tinha feito, então tratava de confessar tudo que tinha feito que achasse errado, ou dizia não ter feito nada de errado. Ambas as posições complicavam ainda mais a situação do réu, pois o inquisidor concluía que ele estava mentindo, se recusando a colaborar com o inquisidor. [...] isso era um delito grave, que dava ao inquisidor o direito de torturar o réu para forçá-lo a cooperar.

Foi apenas com a ascensão do pensamento iluminista e a com Revolução Francesa que o princípio *Nemo tenetur se detegere* ganhou força, visto que se

⁵ MENDES, Emerson Castelo Branco. *Provas ilícitas no processo penal: uma abordagem sob a perspectiva dos direitos e garantias individuais*. Fortaleza: ABC Editora, 2007, p. 74.

⁶ KOHL, *Procés civil et sincérité*, Liège, 1971, p 15, apud GREVI, Vittorio, *Nemo tenetur se detegere*. Milano: Giuffré, 1972, p. 5, apud QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 5.

⁷ SANTOS, Marcus Renan Palácio de M. C. dos. *Princípio Nemo Tenetur Se Detegere e os limites a um suposto direito de mentir*. Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Fortaleza, ano 2, n.1. jan/jun. 2010. Disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Principiopionemotenetur.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2012.

⁸ PEREIRA, Eduardo Baker Valls. *Uma leitura da inquisição através da análise do discurso e do saber jurídico-penal*. Revista Brasileira das Ciências Criminais. v. 97, Ano 20, jul/ago. 2012.

firmaram os direitos individuais e as garantias do cidadão perante o Estado até então absolutista. No processo penal, resguardou-se a figura do acusado, que não era mais visto como mero objeto de prova⁹, mas sim como sujeito de direitos.

Mesmo Hobbes, que era defensor do absolutismo, defendia limitações ao poder do soberano, uma vez que, em sua teoria contratualista, dizia ser a vida e os meios para sustentá-la direitos intransferíveis pelo pacto social e, portanto, o soberano não poderia dispor da vida dos seus súditos. E é a partir deste pensamento hobbesiano, que Monteiro¹⁰ extrai que:

Pelo mesmo fundamento (possibilidade de pena de morte ou que dificulte a sobrevivência), se um súdito for interrogado pelo soberano sobre um crime que cometeu, não é obrigado a confessá-lo, porque ninguém pode ser obrigado por um contrato a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

No direito anglo-saxão, o *privilege against self-incrimination*, nome pelo qual é expresso o princípio da não autoincriminação no direito anglófono, se desenvolveu no século XVIII a partir da adoção da defesa técnica. Ele foi o responsável por tirar do acusado a função de se defender sozinho, característica principal do sistema do *accused speaks*, que predominava em território inglês.

Também, foi o *privilege* que deu a oportunidade de silenciar ao acusado, uma vez que sem o advogado o acusado era o único que podia falar em sua defesa, portanto, calando-se ele perdia a chance de se defender das acusações.

Nos Estados Unidos, o princípio foi positivado, primeiramente, na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, e, em 1791, baseado em referida Declaração, foi incorporado na Constituição americana.

Paulatinamente, com a afirmação histórica das garantias fundamentais, com as restrições ao poder estatal e com o combate a tortura a coação contra o réu foi praticamente abolida, assim como, a presunção de culpabilidade contra o acusado que decide calar-se no interrogatório¹¹.

1.3 Tratamento Constitucional

⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 8.

¹⁰ MONTEIRO, João Paulo. *Os pensadores: Hobbes – vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 2004. p. 176 apud AQUINO, Christian M.; BUSSINGUER, Elda C. A.; BELIZÁRIO, Bethânia S. *Soberania estatal absoluta em Hobbes: ponto de partida para um estudo racionalista dos direitos fundamentais*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, nº 4, p. 65-82, 2008, jul./dez.

¹¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 11.

1.3.1 Breve histórico constitucional

Embora a Constituição Brasileira de 1988 não se refira expressamente ao direito de não produzir prova contra si mesmo, este está presente na ordem constitucional pátria, pois seu conteúdo pode ser extraído de um de seus corolários: o direito ao silêncio. A Constituição Federal é a primeira a fazer menção expressa a um dos corolários do *nemo tenetur se detegere*. O princípio proibidor da autoacusação já está há muito presente no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição imperial de 1824 trazia em seu art. 179, inciso XIX, a abolição da tortura, principal método para obtenção da confissão e que levava à autoincriminação do réu, representando uma ruptura com os métodos inquisitivos de busca da verdade até então empregados no Brasil¹².

Por muito tempo os textos constitucionais pátrios ignoraram o princípio da não autoincriminação, porém trouxeram diversos avanços, quanto às garantias individuais no âmbito processual penal. As primeiras Constituições republicanas de 1891 e 1934 inovaram ao trazer, em seu texto, o princípio da ampla defesa, Já as Constituições de 1937 e 1946 trouxeram à tona o princípio do contraditório, que veio reforçar o sistema penal acusatório ao garantir uma maior participação do acusado na investigação e na instrução penal. A Constituição de 1967 e o Ato Institucional nº 1 não inovaram quanto este princípio, mas apenas mantiveram os princípios da ampla defesa e do contraditório¹³.

Porém, o Código de Processo Penal, que passou a vigor em 1941, sob os auspícios da ditadura varguista, enunciava em seu art. 186, que “antes de começar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Com a promulgação da Constituição de 1988, veio a positivação do direito ao silêncio em seu art. 5º, inciso LXIII, bem como, de outras garantias, tais como: da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

¹²ANDRADE, Erica Isabel Delleatorre. O direito constitucional ao silêncio e o “direito” a mentir em âmbito processual. Disponível em: http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf. Porto Alegre, 2007. Acesso em: 26/11/2012, p. 5.

¹³ *Idem, Ibidem*, p. 6.

A promulgação da Constituição de 1988 tornou a parte final do art. 186 do Código de Processo Penal incompatível com a nova ordem constitucional, pois feria o direito ao silêncio, que agora, textualmente, possui hierarquia normativa superior ao Código de Processo Penal.

A inconstitucionalidade da parte final do art. 186 do CPP foi, inclusive, tema de decisão do Supremo Tribunal Federal, que, ao afirmar a inconstitucionalidade de parte do texto do artigo em comento, ressaltou o caráter de garantia fundamental do *nemo tenetur se detegere*.¹⁴

Contudo, o art. 186 do CPP só foi compatibilizado com a Constituição de 1988 no ano 2003 com Lei n. 10.792/03 que dá nova redação ao mencionado artigo, que passa a enunciar, em seu parágrafo único, que o silêncio não importará em confissão nem será interpretado em desfavor da defesa.

1.3.2 Caráter normativo do princípio da não autoincriminação

O princípio da não autoincriminação é direito fundamental, e está inserido entre os direitos de primeira geração, que são aqueles que resguardam a liberdade individual ante o poder estatal.

Assim como os demais direitos de primeira geração, o direito de não produzir prova contra si mesmo “inclui-se entre as liberdades negativas”¹⁵, pois “o cerne do direito de não autoincriminação reside (fundamentalmente) numa inatividade (o réu tem direito de não falar, se falar, direito de não falar a verdade, direito de não confessar, de não apresentar prova contra ele, de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória etc.)”¹⁶.

O *nemo tenetur se detegere*, também, se encaixa no conceito de princípio-garantia, que, segundo Canotilho¹⁷, é aquele princípio que visa instituir

¹⁴ EMENTA: [...] 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. [...]. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 80949 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira turma. 30 de outubro de 2001.**

¹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 55

¹⁶ GOMES, Luis Flávio. *Opus citatum*

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 173.

direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos, sendo-lhe atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica.

A teoria da normatividade dos princípios teve origem na teoria pós-positivista, pois para o Direito não bastava mais o positivismo jurídico, que se guiava apenas pelo Direito posto, separando-o da ética. Mas, também, não se fazia suficiente uma volta ao jusnaturalismo, onde os princípios eram apenas fundamentos vagos e abstratos.¹⁸

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.¹⁹

Entender o princípio como norma foi um importante passo na busca pela eficácia dos direitos e garantias fundamentais, pois lhes possibilitou a aplicação imediata.

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, representando normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.²⁰

Os princípios, juntamente, com as regras são espécies normativas. A principal distinção entre regras e princípios é a sua aplicação. A aplicação das regras se dá pelo tudo ou nada (*all-or-nothing*), ou seja, se a hipótese de incidência for preenchida “ou é regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou não é considerada válida”²¹. Já os princípios, como mandamentos de otimização, determinam a maior aplicação possível de seu conteúdo normativo.

Ao *nemo tenetur se detegere*, como princípio que é, aplicam-se todas as características dos princípios, portanto, possui ele caráter normativo, podendo ser invocado sempre que ameaçado. Neste sentido, é a redação do art. 5º, §1º da

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 326.

¹⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 328

²⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 1. Ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 69.

²¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

Constituição Federal, que dá aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

1.3.3 Relação com outros princípios constitucionais

O princípio *nemo tenetur se detegere* não pode ser interpretado de maneira isolada, faz ele parte de toda uma estrutura normativa, relacionando-se com princípios informadores de toda a atividade processual penal.

Em termos de persecução penal, este referencial valorativo pode ser reduzido a três princípios - que ora se convencionam chamar vetores axiológicos processuais-penais: i) princípio da dignidade da pessoa humana, orientador de todo o processo elaborativo e hermenêutico da CF e de toda a legislação infraconstitucional; ii) princípio do devido processo penal, constituído por todos os direitos fundamentais insculpidos no art. 5º., CF que tenham ligação direta ou indireta com a tutela do direito à liberdade; e iii) princípio da proporcionalidade, que também ressalta sua importância, notadamente na aplicação prática do processo penal aos casos penais concretos.²²

O princípio da dignidade da pessoa humana é preceito orientador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, fundamento do Estado Democrático de Direito, assegura ao homem as condições mínimas de existência, nas palavras de Rocha²³:

inerente a todas as pessoas pela simples razão de pertencer ao gênero humano, na verdade, sequer necessitaria de constar de preceito normativo algum, por constituir valor supremo, que há de ser reconhecido como pressuposto lógico de qualquer sistema jurídico, devendo ser considerada na interpretação de toda norma de direito, pois é ela, afinal, que enfeixa todos os direitos fundamentais [...].

Desta forma, vê-se que o princípio da não autoacusação decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, porque este é fonte de todas as garantias fundamentais, protegendo o homem, em sua autonomia individual, “inclusive, no âmbito de fiscalização do Estado sobre o cidadão”²⁴.

O devido processo legal, que tem sua origem ligada à Magna Carta do Rei João Sem Terra, é um conjunto de garantias a um processo justo, que siga os trâmites regulares para atingir o seu fim. Este princípio possui duas funções

²² SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio constitucional da eficiência e a minirreforma do Código de Processual Penal. Nomos, Fortaleza, v. 29.1, p. 87-97, jan/jun. 2009/1. p. 88.

²³ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Mídia, processo penal e dignidade humana* apud MENDES, *Opus citatum*, p. 97.

²⁴ *Idem, Ibidem*, p. 99.

essenciais: garantir o correto exercício da jurisdição, legitimando-a e assegurar as partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais.

Decorrente direta do devido processo legal está o princípio da ampla defesa, que é uma das garantias processuais do acusado, assegurando conjuntamente ao princípio do contraditório a participação do acusado no convencimento do julgador e a paridade de armas no processo penal. A ampla defesa subdivide-se em defesa técnica, que é indisponível, e na autodefesa, faculdade processual do acusado que dá ao acusado o direito de audiência, ou seja, o direito de ser ouvido, assim como o direito de calar diante das perguntas cujas as respostas podem incriminá-lo, conseqüentemente, vê-se que o *nemo tenetur se detegere* é uma manifestação da autodefesa, pois esta “abrange, também, o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em autoincriminação”²⁵.

O princípio da presunção de inocência enuncia que ninguém deve ser considerado culpado sem que antes tenha havido sentença condenatória “antes deste marco somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração”²⁶. Deste modo, a recusa do acusado em colaborar com o processo não pode ser interpretada de forma a desfavorecê-lo, nem considerada como admissão de culpabilidade ou confissão ficta.

1.4 Perspectivas do princípio nos tratados internacionais

A preocupação em garantir o direito de não produção de prova contra si mesmo está assente nos tratados internacionais que tratam dos direitos humanos. No ano de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, não obstante não se tenha referido literalmente ao princípio da não autoincriminação, faz menção expressa à presunção de inocência e à não-utilização da tortura²⁷.

Em 1950, a Convenção Europeia de Direitos Humanos não menciona expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*, mas refere-se textualmente à presunção de inocência. Corroborando com tal entendimento “ao longo dos anos, a

²⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 75.

²⁶ TÁVORA, Nestor; ALLENCAR, Rosmar A. R. C. de. Curso de direito processual penal. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 50.

²⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 57-58.

CEDH incorporou ao conceito de processo justo a garantia de que um indivíduo não deve ser compelido a produzir prova contra si²⁸, sendo que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem densificando o princípio do *nemo tenetur* baseado no art. 6º, n. 1, da Convenção²⁹.

Já em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trouxe de maneira expressa em seu art. 14, n. 3, alínea g, o princípio de não produzir prova contra si, estabelecendo, “que toda pessoa acusada de um crime tem direito “a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.”³⁰.

Ainda, o Pacto de São José da Costa Rica aprovado em 1969, também, menciona de maneira textual o princípio no seu art.8, § 2º, alínea g, que diz, que “Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

O Brasil, somente no ano de 1992, ratificou tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto de São José da Costa Rica.

1.5 Direito ao silêncio como corolário do princípio da não autoincriminação

O direito ao silêncio talvez seja a mais comum acepção do princípio da não autoincriminação, mas aquele não se confunde com este. O *nemo tenetur se detegere* é amplo, decorrendo deste várias manifestações dentre as quais está inserido o direito ao silêncio, porém, também há o direito de não produzir prova contra si mesmo, o direito de não confessar, o direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros e o direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica³¹. A tais manifestações, Gomes³² acrescenta, ainda, uma sétima acepção o direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, que ainda se subdividiria no direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa; no direito de não participar

²⁸BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF* apud SANTOS, *Opus citatum*.

²⁹MENDES, Paulo de Sousa. O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena apud SANTOS, Marcus Renan Palácio de M. C. dos. *Opus citatum*.

³⁰SANTOS, Marcus Renan Palácio de M. C. dos. *Opus citatum*.

³¹ MEDEIROS, Júlio. Limites ao princípio "nemo tenetur se detegere". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2683, 5 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17768>>. Acesso em: 1 dez. 2012.

³² GOMES, Luis Flávio. *Opus Citatum*.

ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e no direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.

O direito ao silêncio “corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade. É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado³³”. Decorrente da autodefesa este direito tem lugar, principalmente, no interrogatório, qualquer que seja a fase procedimental em que o acusado é interrogado, devendo o acusado ser advertido quanto a esse direito e das consequências de seu exercício.

Não se pode extrair qualquer consequência negativa ao acusado proveniente de seu silêncio, pois a ausência de resposta não comporta valoração, não pode ser ele fundamento para o convencimento do julgador ou considerado como admissão de culpabilidade ou confissão ficta³⁴.

Embora a constituição se refira unicamente ao preso, no inciso que trata do direito ao silêncio, resta claro que tal direito alcança tanto o acusado preso, quanto o acusado em liberdade, pois, em razão do princípio da máxima efetividade, as normas constitucionais devem ser interpretadas no sentido que lhes dê maior eficácia, “sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais”³⁵.

Ainda, no que se refere à legitimidade para o exercício do direito de calar, “todos aqueles correm o risco de se autoincriminar por meio de declarações prestadas perante autoridade”³⁶ o possuem, portanto, tal direito se estende às vítimas e às testemunhas, mas, para estas, apenas no caso de perguntas que possam levar a autoacusação da testemunha.

³³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 190.

³⁴ *Idem, Ibidem*, p. 217.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Opus Citatum*, p. 227.

³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus Citatum*, p. 197.

2. O A LEI SECA E O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

2.1 Breve histórico da legislação incriminadora da embriaguez ao volante

No Brasil, houve uma demora na devida regulamentação do trânsito, devido à tardia industrialização que o país sofreu. Com a instalação da indústria automotiva no Brasil e o conseqüente aumento no número de veículos, aumentou-se a preocupação em garantir uma segura circulação de veículos.

Nesse período inicial da regulamentação da matéria de trânsito no Brasil, coube também aos estados e municípios preencher a lacuna deixada pela falta de legislação nacional abrangente.¹

O primeiro estatuto sistematizador da legislação de trânsito foi o Decreto 18.323 de 1928, que, que regulamentou, dentre outros assuntos, a circulação de automóveis em território brasileiro; a sinalização; a segurança do trânsito; e a polícia de estradas de rodagem.

Somente em 1941, houve, pelo Decreto-lei n. 2.994, a promulgação do primeiro Código Nacional de Trânsito, ainda em 1941, revogado pelo Decreto-lei 3.651.²

O Decreto-lei 3.651 foi substituído em 1966 por um novo Código Nacional de Trânsito, este último circunscrevia a embriaguez ao volante à esfera administrativa, estabelecendo para o condutor em estado de embriaguez alcoólica as penalidades de multa e apreensão do veículo e da carteira de habilitação. Ainda, definia o limite de 8 decigramas de álcool por litro de sangue como parâmetro para a caracterização da infração administrativa.³

¹ Como, por exemplo, a Postura Municipal n. 858 de 1902 do Rio de Janeiro, regulando a velocidade do automóvel em zona urbana. E a Lei Municipal n. 2.264 de 1920, que dispõe sobre a inspeção e fiscalização de veículos em São Paulo. REITZ, Josué. Aspectos destacados do crime de embriaguez ao volante à luz do Código de Trânsito Brasileiro, São José, 2004. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Josue%20Reitz.pdf>. Acesso em: 17 de janeiro de 2013.

² ZEM, Adair A.; ASSUNÇÃO, Edmauro de O.; HILGENBERG, Cleise M. A. T. O crime de embriaguez ao volante. Formulação e Gestão de Políticas Públicas no Paraná - Volume I. Disponível em: http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/formulacao_e_gestao_de_politicas_publicas_no_parana/volume_1/capitulo_4_seguranca_publica/4_4.pdf. Acesso em: 9 de dezembro de 2012

³ LAIBER, Gorboly de Prá. O código de trânsito brasileiro, o álcool e as mortes no trânsito, Vitória, 2007, Disponível em: <http://www.posgraduar.com.br/Monografias/P%F3s-Gradua%E7%E3o/Gest%E3o,%20Educa%E7%E3o%20e%20Seguran%E7a%20do%20Tr%E2nsito/O%20C%20DIGO%20DE%20TR%20NSITO%20BRASILEIRO,%20O%20c1LCOOL%20E%20AS%20MORTES%20NO%20TR%20NSITO-%20Goberly%20de%20Pra%20Laiber.pdf> Acesso em: 17 de janeiro de 2013.

Contudo estes regramentos, embora fizessem restrições de natureza administrativa para a embriaguez ao volante, não traziam preceitos de ordem penal para as ditas infrações de trânsito.

Em matéria de crimes de trânsito, estes eram regulados pelo direito penal comum⁴.

Assim as infrações cometidas na condução do automóvel e que eram relevantes para o âmbito penal, recebiam tratamento através da adequação do regramento contido na parte especial do Código penal e da lei de Contravenções, ambas de 1940, sendo que nas contravenções penais, os fatos tipificados são mais específicos para a matéria, dentre eles a “falta de habilitação para dirigir veículo, (art. 32) direção perigosa de veículo em via pública (art. 34) e sinais de perigo (art. 36)”⁵.

A embriaguez ao volante era enquadrada, pela jurisprudência, no art. 34 da Lei das Contravenções Penais, que assim enuncia: Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia. Neste sentido, já decidira o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶

O Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor em 1997, trazendo em seu texto um capítulo sobre crimes de trânsito, finalmente, alçando os ilícitos de trânsito à categoria de crimes, tais como: homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302), lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303), embriaguez ao volante (art. 306), omissão de socorro (art. 304) e direção sem habilitação (art. 309).

Diante deste cenário, o legislador pátrio, ao elaborar a lei nº 9.503, de 21 de setembro de 1997 (CTB), reservou recrudescido tratamento àquele que é surpreendido dirigindo veículo automotor sob efeito de álcool ou de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos, tipificando a sua conduta como infração administrativa e, tendo gerado perigo de dano, também como crime de trânsito.⁷

⁴ Os crimes de trânsito foram previstos no Código Penal de 1969, revogado antes de entrar em vigor. O legislador mostrou-se preocupado com a segurança no trânsito e elevou a embriaguez ao volante à categoria de crime, conforme a exposição de motivos: “A embriaguez ao volante, por criar perigo a um número ilimitado de pessoas, na via pública, é também erigida em crime”⁴. O Código trazia no Título VIII, (Crimes contra a Incolumidade pública) capítulo I, (Crimes de perigo), a embriaguez ao volante no seu art. 287 além de outros delitos de trânsito. Silva, Luis Antonio da Gama e Exposição de motivos do Código penal de 1969. Revista de informação legislativa, v.6, nº 24, p. 153-170, out./dez. de 1969. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/224150>.

⁵ ZEM, ADAIR, *Opus citatum*.

⁶ PENAL. CONTRAVENÇÃO. EMBRIAGUEZ. - DIREÇÃO PERIGOSA. CONTRAVENÇÃO QUE SE CARACTERIZA PELO PROPRIO PERIGO CONCRETO INSITO NO ESTADO DE EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR DO VEICULO. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 82296 / RS. Relator: Min José Dantas. Órgão julgador: Quinta Turma. 20 de maio de 1997.

⁷ LAIBER, *Opus citatum*.

Apesar da criminalização da direção sob influência de álcool trazida pelo Código de 1997, mantiveram-se altas as mortes causadas pela mistura de álcool com direção, daí, a tentativa de radicalização feita pelo legislador através da Lei Seca.

2.2 Alterações trazidas pelas Leis n. 11.705/08 e n. 12.760/12

Com o fito de diminuir a taxa de mortalidade no trânsito, resolveu por bem o legislador editar a Lei n. 11.705/2008, que ficou conhecida como Lei Seca, pois aumenta as restrições e as punições aos condutores de veículos que dirijam embriagados.

A Lei 11.705/08 trouxe importantes alterações no tratamento legal da embriaguez ao volante, alterando, no Código de Trânsito Brasileiro, os artigos que tratam da infração administrativa de dirigir sobre a influência de álcool e seus meios de prova; e do crime de embriaguez ao volante.

A Lei Seca modificou também aspectos processuais relacionados à embriaguez ao volante ao mudar o art. 291 do CTB, que, em seu parágrafo único estendia aos crimes de embriaguez ao volante, lesão corporal culposa e de participação em disputa não autorizada três institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados especiais cíveis e criminais).

A nova redação retira do âmbito de incidência das normas dos Juizados especiais criminais o crime de embriaguez ao volante e, com relação ao crime de lesão corporal culposa, cria exceções à aplicação dos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais⁸.

Portanto, com a nova redação, a ação penal relativa aos crimes de embriaguez ao volante e de lesão corporal culposa quando o condutor estiver sob influência de álcool deixou de depender de representação, condição imposta pelo art. 88 da Lei n. 9.099/95, e passaram a ser de ação penal pública incondicionada.

Apesar da intenção legislativa de aumentar o rigor da repressão à embriaguez ao volante, a redação da Lei Seca criou uma brecha para a impunidade

⁸ CTB, art. 291. [...]: § 1º. Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 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;

ao criar requisitos objetivos que restringiam os meios de prova da embriaguez para efeitos penais.

No intuito de corrigir os problemas criados pela Lei n. 11.705/08, foi criada a Lei 12.760/12, que mudou a estrutura típica do delito de embriaguez ao volante e, ao retirar requisito objetivo de complicada aferição, ampliou os meios probatórios, aumentando o alcance da Lei.

Ademais, aumentou também as penalidades resultantes do cometimento da infração administrativa prevista no art. 165 do Código de Trânsito.

2.2.1 O crime de embriaguez ao volante: análise do novo tipo penal

A criminalização da embriaguez ao volante visa à proteção da incolumidade pública, da segurança viária, por isso, a crescente preocupação em tornar a punição a este ilícito mais eficaz e mais severa de modo a diminuir o número de mortes e lesões causadas por este tipo de comportamento nas vias públicas.

O art. 5º, caput, da Constituição Federal (CF) assegura que todos os cidadãos têm direito à segurança. o art. 1º, § 2º, do Código de trânsito Brasileiro estabelece que o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos, e em seu art. 28 dispõe que o motorista deve conduzir o veículo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

Ora, se os referidos dispositivos legais asseguram direitos e deveres a todos, fica claro que a intenção do legislador quando elabora uma nova normativa é sanar mazelas e problemas que advêm da realização da conduta. No caso da embriaguez ao volante, é a redução de ocorrências que tenham como pano de fundo, condutores embriagados ao volante; conseqüentemente com isso haverá uma redução de fatalidades no trânsito oriundas de tal conduta.⁹

Neste sentido, o legislador elaborou a Lei 11.705/08, que veio para dar tornar mais rigorosa¹⁰ a aplicação da lei, embora tenha mantido as penas, alterou

⁹ ZEM, Adair A.; ASSUNÇÃO, Edmauro de O.; HILGENBERG, Cleise M. A. T. O crime de embriaguez ao volante. Formulação e Gestão de Políticas Públicas no Paraná - Volume I. Disponível em: http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/formulacao_e_gestao_de_politicas_publicas_no_parana/volume_I/capitulo_4_seguranca_publica/4_4.pdf. Acesso em: 9 de dezembro de 2012

¹⁰ Anteriormente à Lei n. 11.705, esta era a redação: Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial incolumidade de outrem.

pontos importantes do texto legal, introduzindo novos elementos para caracterizar a conduta de embriaguez ao volante¹¹.

A impunidade resultante da tipificação dada pela Lei Seca resultou na Nova Lei Seca, que manteve a pena, mas tornou mais fácil a comprovação da ocorrência do delito. “A grande modificação trazida pela nova Lei está no fato de o tipo penal não mais vincular a constatação da embriaguez, exclusivamente, ao percentual de seis decigramas de álcool por litro de sangue, sendo este apenas um dos meios de prova.”¹²

Do *caput* do art. 306¹³, pode-se dizer que são duas as condutas incriminadas neste artigo: conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool; e conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de outra substância psicoativa que determine dependência.¹⁴

Da análise da primeira conduta, extrai-se sua classificação doutrinária, é crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, habilitada ou não. Quanto ao sujeito passivo, é pessoa indeterminada, pois representa risco à coletividade. É crime de perigo, bastando para sua caracterização bastando a realização do ato sem necessidade de resultado danoso.

Tem como elemento objetivo a necessidade de um veículo automotor¹⁵ a ser conduzido “então, quanto à mesma ação, utilizando outros veículos, teremos que aplicar a nossa antiga legislação penal, que não encerra nenhum dispositivo específico a respeito”¹⁶.

¹¹A antiga redação, segundo a Lei n. 11.705/08: 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.

¹² SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei nº 12.760/2012: a nova Lei Seca. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23321>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

¹³ Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

¹⁴ VIDAL, Hélio Simões. Crimes de trânsito (Lei nº 9.503/1997). De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 17, p. 177-197, jul/dez. 2011. p. 191.

¹⁵ O CTB, em seu anexo I, que traz conceitos e definições, define veículo automotor como sendo “todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico).”

¹⁶ LIBARDI, Sagnó de Souza. Análise de garantias constitucionais contrapondo-se ao interesse social coletivo e atuação estatal em face da embriaguez no volante. Vitória, 2007. Disponível em: <http://www.posgraduar.com.br/Monografias/P%F3s-Gradua%E7%E3o/Gest%E3o,%20Educa%E7%E3o%20e%20Seguran%E7a%20do%20Tr%E2nsito/A>

Outro elemento objetivo do tipo era (antes da Lei n. 12.760/12) o fato de que deve a condução de veículo automotor deve ser feita em via pública, entenda-se via pública como aquela por onde transitam os membros da coletividade, pessoas ou animais: autopistas, ruas, avenidas, travessas, becos, etc¹⁷.

Todavia, a redação dada pela Nova Lei Seca suprimiu a elementar via pública, tornando, em tese, possível a configuração do crime de embriaguez ao volante em vias privadas.

A atual redação do art. 306 abandonou tal critério [via pública], pois não contém referida elementar, de maneira que restará configurado o crime ainda que a condução do veículo, nas condições indicadas, se verifique em qualquer local público (não necessariamente via pública) ou no interior de propriedade privada (chácara, sítio ou fazenda, por exemplo), o que representa considerável ampliação no alcance da regra punitiva. Tal ajuste guarda coerência com a tipificação dos crimes de homicídio culposo (art. 302 do CTB) e lesão corporal culposa (art. 303 do CTB), em que não há referência à via pública.¹⁸

Talvez a principal alteração trazida pela Lei n. 11.705/08 tenha sido a inclusão, no tipo, da necessidade de estar o condutor do veículo automotor com concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue, fazendo-se necessária a aferição desta elementar do tipo por meio de exame sanguíneo ou alveolar, para tanto, o parágrafo único do art. 306, em interpretação feita conjuntamente com o Decreto 6.488/08¹⁹, estabelece a equivalência entre os diferentes testes de alcoolemia²⁰.

Outra importante alteração feita pela Lei 11.705/08 foi a supressão do elemento subjetivo consistente na influência do álcool. Anteriormente, a lei adotava a teoria biopsicológica, não bastando para a caracterização do delito a mera ingestão de álcool em quantidades incompatíveis com a condução de veículo automotor,

N%C1LISE%20DO%20CONFLITO%20DE%20GARANTIAS%20CONSTITUCIONAIS%20CONTRAPONDO-SE%20AO%20INTERESSE%20SOCIAL%20COLETIVO%20E%20A%20.pdf. Acesso em: 9 de dezembro de 2012.

¹⁷ MORAES, Alexandre de.; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. 365 p. ISBN 9788522447817(broch.).

¹⁸ MARCÃO, Renato. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei nº 12.760/2012 . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3477, 7 jan. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23403>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

¹⁹ 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.

²⁰ VIDAL, Hélio Simões. Crimes de trânsito (Lei nº 9.503/1997). De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 17, p. 177-197, jul/dez. 2011, p. 191.

fazia-se necessária a demonstração da influência negativa que esta causava à capacidade de dirigir do agente, deveria haver nexo causal entre a ingestão de álcool e a imprudência na direção. Com a redação dada pela Lei n, 11.705/08, caracterizava-se o delito no momento em que se começa a conduzir veículo automotor estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

Contudo, a Lei 12.760/12, tornou a trazer um elemento subjetivo ao tipo, exigindo, dessa vez, que o condutor esteja com a capacidade motora alterada, portanto, não acontece como na vigência da Lei anterior, não basta o critério da simples dosimetria do álcool no sangue faz-se mister que seja comprovada a alteração da capacidade psicomotora.

Porém, o inciso I do §1º do art. 306 do CTB enuncia que as condutas do *caput* poderão ser constatadas concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar. A aferição da dosagem de álcool no sangue ou no ar alveolar é um meio de prova importante, mas, com a nova redação, ele não basta para comprovar a alteração da capacidade psicomotora. Nas palavras de Gomes²¹: “O grau da taxa etílica é só um indício do crime do art. 306, que exige do juiz uma operação valorativa complexa, que vai passar pela análise de um mundo de circunstâncias.”

Em sentido contrário, afirma-se que a taxa de alcoolemia basta para comprovar o crime de embriaguez ao volante, defendendo-se uma presunção legal da alteração da capacidade motora quando da constatação dos valores descritos na Lei.

Na verdade, no inciso I, do §1º, do artigo 306, há uma presunção por parte do legislador no sentido de que o motorista flagrado na condução de veículo automotor com a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar, esteja com a sua capacidade psicomotora reduzida. Trata-se, nesse caso, de uma regra clara. Constatados os mencionados índices, há uma presunção legal de embriaguez e o infrator poderá ser preso em flagrante. Neste aspecto pode-se afirmar que se a ebriedade é constatada por meio do exame de etilômetro ou exame toxicológico de sangue nos patamares legalmente estabelecidos, se está diante de um crime de perigo abstrato.²²

²¹ GOMES, Luiz Flávio. 6 decigramas de álcool já significam crime? Ou não?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23320>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

²² SANNINI NETO, CABETTE, *Opus citatum*.

Ora, muito embora o legislador tenha corrigido o erro de atrelar a materialização da conduta a critérios técnicos, trouxe de volta uma elementar subjetiva. Agora, a alteração da capacidade motora tem que restar comprovada no caso concreto, caso contrário, não se configurará o crime do art. 306.

A segunda conduta prevista no art. 306: conduzir veículo automotor, na via pública sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, também, é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, habilitada ou não. Quanto a esta conduta, a modificação feita pela Lei n. 11.705/08 foi apenas de nomenclatura, substituindo o termo “substância de efeitos análogos” por “substância psicoativa que determine dependência”, sendo este termo mantido pela nova lei.

Neste caso, não há necessidade de aferição da quantidade da substância, sendo suficiente a capacidade motora alterada; e ,a influência de substância psicoativa que determine dependência, independentemente, de quantidade. “A prova desse fato pode ser feita por todos os meios, desde que levem à certeza de que o condutor dirigia sob a influência de substância psicoativa capaz de causar dependência”²³.

2.2.2 *Novatio legis in melius*

O surgimento da Lei Seca, embora tenha se originado da vontade legislativa em endurecer o tratamento dado aos motoristas que dirigem embriagados, acabou por criar brechas por onde o condutor embriagado pode se livrar de punição mais severa.

A exigência, trazida pela Lei n. 11.705/08, para caracterização do crime de embriaguez, de que se fazia necessária concentração igual ou maior de seis decigramas por litro de sangue do condutor tornou imprescindível a exata aferição desta quantidade para ocorrer a perfectibilização do crime de embriaguez ao volante.

Neste ponto, a redação, dada pela Lei Seca, do art. 306, CTB é mais benéfica do que a anterior, pois, anteriormente, bastava-se a prova da influência de

²³ VIDAL, *Opus citatum*. p. 192.

álcool independentemente de quantidade, por isso, era possível provar o elementar do tipo pela simples prova testemunhal ou exame clínico feito por perito.

Porém, a constatação do nível exato de concentração de álcool no sangue somente pode ser feita através do exame de sangue e do exame alveolar, não pode ser constatado, por exemplo, por prova testemunhal.

Destarte, operou-se, com a nova lei, uma *novatio legis in melius*, ou seja, criou-se uma nova lei mais benéfica ao réu, pois houve “um amesquinamento do arsenal probatório do detentor do *ius puniendi*”²⁴. Portanto, deve se seguir o comando constitucional do art. 5º, XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Neste sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que, em sede de decisão, abordou o tema. O TJMS achou por bem absolver réu, que cometeu o crime de embriaguez ao volante sob os auspícios da legislação anterior à Lei n. 11.705/08, fundamentando a absolvição na ausência de exame específico para comprovação de alcoolemia, que, com a Lei 11.705, passou a ser imprescindível. Posicionou-se, ainda, no sentido de que a citada Lei descriminalizou a conduta de dirigir sob a influência de álcool quando a concentração de álcool no sangue for menor do que seis decigramas por litro de sangue. A lei deve retroagir, visto que era benéfica aos réus que não tiveram sua taxa de alcoolemia devidamente provada²⁵.

De forma diferente, acontece com a Lei n. 12.760/12. A Nova Lei Seca é mais gravosa que a lei anterior, porquanto, amplia o espectro punitivo do tipo, assim sendo, não pode ela retroagir para atingir fatos ocorridos antes de sua vigência.

2.2.3 Dirigir sob a influência de álcool: a infração administrativa

²⁴ CAPEZ, Fernando. Lei nº 11.705: a Lei Seca. apud MORAES, Rodrigo Iennaco. Comentários sobre o artigo 306 do CTB na prática forense. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 12, p. 227-241, jan/jun. 2009.

²⁵ E M E N T A – RECURSO MINISTERIAL – ART. 306 DO CTB – ABSOLVIÇÃO – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – ALEGADA PRESCINDIBILIDADE DO EXAME DE ALCOOLEMIA – IMPOSSIBILIDADE – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 306 DO CTB – OCORRÊNCIA DA CHAMADA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Com a alteração legislativa ocorrida pela Lei n. 11.705/2008, houve profunda mudança no tipo penal estatuído no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Exige-se para a configuração do crime, a partir de então, o específico exame de alcoolemia. BRASIL. Processo: 2010.002953-7. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Relator: Des. João Batista da Costa Marques. Órgão julgador: Primeira Turma Criminal. 20 de abril de 2010

O legislador, também, visando a coibir a direção sob a influência de álcool, fez uma série de alterações relativamente à infração administrativa, primeiro, com a edição da Lei n. 11.275/06, em seguida, com a edição da Lei n. 11.705/08, e, finalmente, com a Lei n.12.760/12²⁶.

A Lei Seca alterou a redação do art. 276, CTB, aplicando um regime de tolerância zero, pois não mais exige uma mínima concentração de álcool no sangue do condutor para a materialização da infração administrativa e, ainda, a Nova Lei Seca acrescentou à redação do referido artigo, que, também, está sujeito às penalidades administrativas o condutor com qualquer concentração de álcool no ar alveolar²⁷.

E, ainda, o Poder executivo criou o Decreto 6.488/08, que veio regulamentar a aplicação destes artigos²⁸. O Decreto, apesar de o art. 276 do Código de Trânsito enunciar, que qualquer concentração de álcool sujeita o condutor a penalidade do art. 165 do deste Código; estabelece uma margem de tolerância para a aplicação das penalidades administrativas: duas decigramas de álcool por litro de sangue, ou, se for aferido por etilômetro, um décimo de miligrama por litro.

Poucas mudanças trouxe à redação do art. 165 a Lei Seca. Alterou-se a terminologia “qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” por “qualquer outra substância psicoativa que determine

²⁶ Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima;

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

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

²⁷ Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica.

²⁸ 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 feita 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.

dependência”. Além disso, foi alterada a penalidade de suspensão do direito de dirigir, que agora passou a ter um prazo: 12 (doze) meses.

Menos ainda alterou a Nova Lei Seca: dobrou a multa e, caso o condutor seja reincidente no período de até doze meses, aplica-se a multa em dobro; mudou também o procedimento de retenção do veículo.

Diferentemente do que ocorre com o crime de embriaguez ao volante, a infração administrativa não requer quantidade mínima de concentração de álcool no sangue do condutor para a caracterização da infração, porém, o decreto regulamentador criou uma margem de tolerância de dois decigramas de álcool por litro de sangue, desta maneira, não há sequer infração administrativa quando a concentração de álcool no sangue do condutor estiver abaixo deste limite mínimo.

Não obstante, a Lei n. 11.705/08 acrescentou e a Lei 12.760/12 alterou o §2º ao art. 277, CTB, que diz que a infração também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. Portanto, a infração administrativa não necessita de exame técnico alveolar ou sanguíneo, tornando a prova testemunhal, dentre outras, idônea para a comprovação da infração.

2.3 Embriaguez ao volante e os crimes de risco

Os crimes, quanto ao resultado, podem ser divididos em duas categorias principais: crimes de dano e crimes de perigo. Esta segunda categoria ainda se divide em mais dois tipos: os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato.

Os crimes de dano são aqueles que, para a sua consumação, exigem uma efetiva lesão ao bem jurídico²⁹ e é nesse ponto que se diferenciam dos crimes de perigo, que são aqueles que não necessitam da ocorrência de um dano, sendo suficiente para sua caracterização a criação de perigo, concreto ou abstrato, para o bem jurídico.

Os crimes de perigo concreto são aqueles que requerem que o bem jurídico tutelado seja exposto a perigo real de dano, perigo este, que deve ser

²⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. Código Penal interpretado. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 135-136

comprovado. Já os crimes de perigo abstrato são aqueles que não necessitam da exposição do bem jurídico a um perigo real e sua consequente necessidade de comprovação, pois é um perigo presumido pela lei, que se antecipa, procurando evitar o perigo real ou o dano ao bem jurídico.

Tendo como base a redação anterior do art. 306, CTB, o crime de embriaguez ao volante era classificado como crime de perigo concreto, pois seu texto trazia como elementar do tipo a exposição a dano potencial incolumidade de outrem, portanto, era necessário provar no caso concreto a ocorrência de perigo concreto para tornar a conduta do motorista típica. Esse era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, em decisão, atestou a necessidade de perigo concreto³⁰.

Com a redação dada pela Lei 11.705/08, o crime de embriaguez ao volante passou a ser classificado como crime de perigo abstrato, já que “a mera prática da conduta tipificada na norma exaure aspectos objetivos do tipo”³¹, ou seja, bastava a condução de veículo automotor em via pública com concentração de álcool no sangue superior a 6 decigramas por litro para configurar o delito, independentemente de resultado naturalístico danoso.

Apesar de a Nova Lei Seca ter alterado a estrutura do tipo, o delito de embriaguez ao volante permanece como crime de perigo abstrato, bastando, para sua materialização, que seja conduzido veículo automotor, estando o condutor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, em sede de decisão, afastou a inconstitucionalidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro³².

³⁰ PENAL. RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO CONCRETO. POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA 07/STJ.

I - O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. In casu, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual impõe-se a absolvição do réu-recorrente (Precedente). II - A análise de matéria que importa em reexame de prova não pode ser objeto de apelo extremo, em face da vedação contida na Súmula 7 – STJ (Precedente). Recurso desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (REsp 608.078/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 278).

³¹ QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. Crimes de perigo abstrato. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 15, p. 227-241, jul/dez 2010. p. 238.

³²EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97). Alegada inconstitucionalidade do tipo por ser referir a crime de perigo abstrato. Não ocorrência. Perigo concreto. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido. 1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado

A criminalização de condutas consideradas como de perigo abstrato é bastante criticada pela doutrina, tendo em vista o princípio da ofensividade. O princípio da ofensividade enuncia que não há crime sem lesão ou ameaça concreta ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), além de defender o caráter subsidiário do direito penal direito. Gomes³³ afirma que a ofensividade passa a ser novo requisito do tipo, o fato só é tipo quando o bem vem a ser concretamente lesado, fazendo-se necessário abandonar a concepção formalista e meramente subsuntiva do crime.

O princípio da proteção do bem jurídico [...] enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima, sempre que não possa lastrar-se na proteção de um bem jurídico. A partir deste ponto de vista, o Direito Penal manifesta-se como autêntico instrumento de controle social que só pode ser acionado para a proteção necessária de elementares interesses humanos, e desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis.³⁴

Lastreados no princípio da ofensividade, há quem alegue a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, “não podendo mais ser aplicados, apenas se passíveis de reinterpretção em termos condizentes com o princípio”³⁵, porém, como demonstrado em julgado *supra* tal hipótese foi rechaçada pelo STF.

Por outro lado, há que se ressaltar que perigo abstrato não é sinônimo de perigo irrelevante e muitas vezes se revela a melhor maneira de proteger bens jurídicos supraindividuais. Diante da periculosidade e do potencial lesivo de uma ação não pode o legislador quedar-se inerte. O crime de embriaguez ao volante é legítimo, pois lastreado em bens jurídicos relevantes: a vida, a incolumidade pública e a segurança viária.

dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. 2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso não provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (RHC 110258, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 23-05-2012 PUBLIC 24-05-2012)

³³ GOMES, Luis Flávio. Princípio da ofensividade no direito penal. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.

³⁴ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.4, nº4, p. 5-50, jan. 1996.

³⁵ GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira das Ciências Criminais*, v. 49, ano 12, p. 89-147, jul/ago. 2004. p. 91.

2.4 Direito Comparado: leis repressivas da influência de álcool sobre a direção

Com o desenvolvimento tecnológico e a expansão industrial, aumentou-se sobremaneira a quantidade de carros em todo o mundo e, com eles, aumentaram-se os problemas relacionados. As mortes causadas por embriaguez são um problema comum a diversos países, levando estes países a criar leis repressivas para combater os resultados danosos deste comportamento.

os países escandinavos foram os primeiros a sentirem a necessidade de reprimir esta grave causa de insegurança no trânsito, que é a embriaguez ao volante. desde fevereiro de 1926, a Noruega decidiu erigir em ilícito penal a ação de conduzir veículo automotor, sob a influência de bebida alcoólica, punindo-a com multa ou prisão até um ano, apreensão de carteira no mínimo por um ano e cassação caso ocorra reincidência na conduta. desde então o exemplo foi seguido pela Finlândia, ainda no mesmo ano, depois pela suécia, dinamarca e daí por inúmeros países.³⁶

No Reino Unido, diferentemente do Brasil, o condutor não está sujeito a duas acusações (infração administrativa e crime), mas será acusado apenas por uma única conduta ilícita, que englobará a infração e o delito e caberá a *Magistrates' Court*, espécie de juizado especial que cuida de casos da esfera cível e criminal julgar, podendo impor as sanções de: pena privativa de liberdade, de até seis meses; suspensão e cassação da licença para dirigir; e quatro pontos na carteira de motorista³⁷.

Nos Estados Unidos, no estado da Pensilvânia, a tolerância de nível de álcool no sangue é de dois decigramas de álcool ou por litro de sangue para os menores de 21 anos e de 8 decigramas se maior de 21 anos, resultando em pena de prisão se reincidente no crime de dirigir sob a influência de álcool, suspensão do direito de dirigir, multa e, em alguns casos, realização de um curso de reciclagem "Alcohol Highway Safety School"³⁸. No estado de Nova Iorque, há uma política de

³⁶ ZEM, Adair A.; ASSUNÇÃO, Edmauro de O.; HILGENBERG, Cleise M. A. T. O crime de embriaguez ao volante. Formulação e Gestão de Políticas Públicas no Paraná - Volume I. Disponível em:

http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/formulacao_e_gestao_de_politicas_publicas_no_parana/volume_1/capitulo_4_seguranca_publica/4_4.pdf. Acesso em: 9 de dezembro de 2012.

³⁷ HONORATTO, Cássio Mattos. Sanções de trânsito na *Common Law*: análise doutrinária e estudo de direito comparado dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano. Revista Brasileira das Ciências Criminais. v. 52, ano 13, p. 135-157, jan/fev. 2005. p. 80

³⁸ *Idem. Ibidem.* p. 129

tolerância zero, em relação as pessoas menores de 21 anos e a pena de prisão só é aplicável quando da reincidência.

Na França, conduzir o veículo com a taxa de alcoolemia maior ou igual a 5 dg/l de sangue e menor do que 8 dg/l constitui infração administrativa punida com multa e suspensão do direito de dirigir em território francês por até três anos. No caso de o condutor de um veículo estiver com a taxa de alcoolemia maior ou igual a 8 dg/l de sangue ou uma concentração de álcool no ar expirado de 0,4 miligramas por litro, configura-se crime de conduzir sob influência de álcool, cujas penas são: prisão por até dois anos; a anulação da licença para dirigir; multa e a pena de realização de trabalho de interesse geral. Ressalte-se que para a configuração do crime não é necessário que apresentem-se sinais de embriagues, bastando a comprovação da taxa de alcoolemia.³⁹

O Japão possui regras extremamente rigorosas quando se trata de álcool no trânsito. Constituem crime: dirigir veículo com concentração de álcool no sangue de 0,15 miligramas de álcool por litro de sangue, com pena de prisão de até cinco anos; e recusar-se a fazer o teste do bafômetro, cuja pena é de até três anos. A legislação japonesa prevê pena de prisão, inclusive, para quem pegar carona e para quem vender bebida para o motorista embriagado.⁴⁰

Na Alemanha, o limite da taxa de alcoolemia é de 0,3 miligramas por litro de sangue o condutor der sinais de direção insegura e de 1,1 miligrama por litro de sangue, independentemente de sinais de direção perigosa, com penas de um ano de prisão ou multa, revogação da permissão para dirigir e a necessidade da decorrência de certo prazo de tempo até poder obtê-la novamente. Porém a pena de prisão aumenta para até cinco anos se o motorista embriagado causar perigo concreto a outras pessoas ou a propriedades.

Na América do Sul, o Brasil ficou em segundo lugar, atrás apenas da Colômbia, onde o limite de alcoolemia tolerável ao volante é zero. Em países vizinhos ao Brasil, como Argentina, Venezuela e Uruguai, o limite legal de concentração de álcool no sangue varia de 5 a 8 decigramas por litro de sangue. Nos Estados Unidos, onde a lei muda em cada Estado, o limite étílico fica entre 1 e 8 dg/l. Menos tolerantes que o Brasil estão

³⁹ Cf. Code de La route. Disponível em:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DD5D30D72135E86431517D3F656940CC.tpdj_o09v_2?cidTexte=LEGITEXT000006074228&dateTexte=20120819. Acesso em: 16 de dezembro de 2012.

⁴⁰ SAITAMA, Gyoda. As regras de trânsito, multas e punições no Japão. Disponível em: <http://www.ipcdigital.com/br/Vida-no-Japao/Leis/Habilitacao/A-regras-de-transito-multas-e-punicoes-no-Japao>. Acesso em 16 de dezembro de 2012.

algumas nações do leste europeu, como Romênia e Hungria, onde o limite é zero.⁴¹

Vê-se, pela análise das legislações estrangeiras, a tendência mundial de forte repressão á direção de veículos sob influência de álcool, pois esta é grande causadora de mortes no trânsito. Desta maneira, os governos, através de um endurecimento no tratamento de motoristas alcoolizados, tenta responder aos modernos problemas que representam à segurança viária e, conseqüentemente, à vida e à saúde das pessoas.

⁴¹ ALMEIDA, Julyana Patricio de; ARRUDA, Samuel Miranda. **O crime de embriaguez ao volante na lei 11.705/2008**: uma análise à luz dos princípios penais e processuais na constituição federal de 1988. Fortaleza, CE, 2008. 76 f.; TCC (graduação) - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza (CE), 2008.

3. OS MEIOS DE PROVA DE EMBRIAGUEZ

3.1 Provas no processo penal

“Na linguagem jurídica [provar] é manifestar fazer patente, pôr em evidência, demonstrar a certeza de um fato ou a verdade que se alega”¹. E, segundo Tourinho², “a palavra prova significa, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos”.

No ordenamento jurídico brasileiro impera, como sistema de apreciação da prova, o sistema do livre convencimento motivado. O juiz tem liberdade para formar seu convencimento, sem qualquer critério de valoração prévia da prova, porém, isso não significa que sua decisão poderá se ver livre de qualquer substrato fático; a sua decisão deve ser fundamentada em argumentação racional.³

A sentença a ser prolatada no processo criminal é construída enquanto produto da atividade hermenêutica, ou seja, é uma realidade hermenêutica em si, produto de uma atividade interpretativa que pode ser considerada correta ou incorreta perante determinada situação hermenêutica. Em sua tentativa exegética, o julgador se debruça sobre elementos concretos, mas além da apreensão destes dados somente ocorrer por intermédio da atividade interpretativa, a conclusão hermenêutica será uma realidade (hermenêutica) que também se encontra limitada pelos pressupostos condicionantes da compreensão. Assim, não é apenas a realidade objetiva que se encontra subjugada aos elementos que condicionam a compreensão.⁴

A prova destina-se, primordialmente, ao juiz com o fito deste formar o seu convencimento. As partes assiste o direito à prova, decorrente do princípio do contraditório, porquanto é a produção de provas o momento em que efetivamente as partes podem influenciar no convencimento do julgador.

o princípio do contraditório tem por corolário não apenas garantir a defesa em seu sentido negativo – como oposição ou resistência -, mas, principalmente, a defesa vista em sua dimensão positiva – como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o

¹ BARROS, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, v.3, 25 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 353.

⁴ KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. Revista Brasileira das Ciências Criminas. v. 80, ano 17, set/out 2009, p. 144.

resultado do processo. O direito à prova revela-se de suma importância, porquanto a prova é o momento central do processo – ligada à alegação e indicação de fatos, para possibilitar a demonstração da verdade, na busca da procedência das pretensões processuais formuladas pelas partes.⁵

A prova tem a função de reconstituir os fatos investigados no processo, buscando uma aproximação da verdade real, aproximação, pois a verdade real é inatingível, de modo que se forme o convencimento do juiz a respeito de uma situação de fato.

O objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa a lide. Ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as circunstâncias.⁶

3.1.1 Princípios constitucionais relacionados à prova

A prova, no processo penal, é guiada por princípios, princípios estes que garantem que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais das partes, assegurando a aplicação correta do *ius puniendi* estatal.

O princípio do contraditório está intimamente ligado à atividade probatória, pois é ele o princípio que garante a participação das partes no convencimento do juiz, sendo a prova um dos principais meios de garantir tal participação. O princípio da audiência contraditória é a manifestação mais clara do contraditório no procedimento probatório, pois ele enuncia que a toda prova cabe uma contraprova, ou seja, toda prova deve ser submetida ao crivo do contraditório, estabelecendo, assim, a dialeticidade do processo.

O princípio da ampla defesa é uma garantia constitucional prevista no mesmo dispositivo que prevê o contraditório, no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal⁷. A ampla defesa garante uma efetiva participação no processo, tentando buscar a paridade de armas entre as partes, inclusive, quanto à matéria probatória.

O princípio da presunção de inocência está previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, e assegura que “ninguém será considerado culpado

⁵ BASTOS, Marcelo Lessa. Direito à prova e provas ilícitas. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/18553/public/18553-18554-1-PB.pdf>. Acesso em: 12/01/2013.

⁶ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 408.

⁷ 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;

até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ele confere o ônus da prova ao órgão acusador.

Tal princípio reveste-se de uma importante garantia em prol do cidadão, qual seja a de que mão poderá ser considerado criminoso, até que sobrevenham provas concretas de sua culpabilidade, colhidas essas em um devido processo legal, no qual lhe seja assegurada ampla defesa, resultando, ao final, em uma sentença condenatória irrecorrível.⁸

Outro princípio constitucional ligado à prova é o princípio da vedação da prova ilícita, consagrado no art. 5º, LVI da Constituição. Este princípio visa a evitar o abuso e a ilegalidade na produção de provas pelo órgão acusador, garantindo um devido processo legal, no qual as garantias fundamentais do acusado são respeitadas.

Por fim, cabe salientar a presença do *nemo tenetur se detegere*, que garante que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. É um princípio inibidor da tortura e de outros meios para se obter confissão contra a vontade do acusado.

3.2 Meios de Prova

Os meios de prova são os meios que possibilitam a perquirição da verdade (processual), são “o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”⁹. “É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo”¹⁰.

O conceito de prova possui caráter polissêmico e o conceito de meios de prova coincide com uma das acepções da definição de prova. A prova pode ser entendida como meio, como atividade e como resultado:

Provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos representativos, ou seja, os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos.

⁸ ALMEIDA, Julyana Patricio de; ARRUDA, Samuel Miranda. **O crime de embriaguez ao volante na lei 11.705/2008**: uma análise à luz dos princípios penais e processuais na constituição federal de 1988. Fortaleza, CE, 2008. 76 f.; TCC (graduação) - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza (CE), 2008, p. 63.

⁹ RANGEL, *Opus citatum*, p. 409.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALLENCAR, Rosmar A. R. C. de. Curso de direito processual penal. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 349.

Provas são também todos os meios de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos probandos ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda que não previstos ou regulados em lei (CPC, art. 332).

Provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção.

Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente, com base em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, para influir no julgamento da existência dos fatos.

Prova é, por fim, o conclusivo acerto da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores.¹¹

O processo penal tem como objetivo a reconstrução da realidade histórica, para que dela se extraiam as devidas consequências. Para tanto, o direito permite um amplo arsenal de meios de prova mediante os quais o julgador tomará conhecimento dos fatos e formará seu convencimento.

Guiado pelo princípio da busca da verdade processual, o direito pátrio não estabelece rol taxativo de meios de prova, portanto, são permitidos no direito brasileiro os meios elencados em lei, bem como, aqueles não previstos em lei, desde que moralmente legítimos¹².

3.3 O mito da verdade real e a busca por uma verdade processual

O princípio verdade real ou material é um princípio informador do processo penal e enuncia que é escopo do processo penal buscar a verdade dos fatos através da reconstrução histórica a fim de “estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou e nos exatos limites de sua culpa”¹³.

A busca pela verdade real tem justificado uma ampla iniciativa probatória do juiz, pois, segundo o princípio, não deve o julgador se contentar com a atividade probatória das partes se resta ponto não esclarecido, pois a verdade material seria

¹¹ GRECO, Leonardo. O Conceito de prova Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, n. 4, Ano V, n. 5, 2003-2004, p. 229-230. Disponível em: <http://www.abedir.org/documents/Oconceitodeprova.pdf>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013.

¹² Supletivamente, aplica-se ao processo penal o art. 332 do Código de Processo Civil: Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25.

objetivo inafastável do processo penal. A prática probatória do juiz dá ares inquisitoriais ao processo penal brasileiro, que segue o sistema acusatório, levando, às vezes, a uma supressão de garantias fundamentais e “eventuais desvios das autoridades públicas”¹⁴.

O princípio da verdade real contrapõe-se ao conceito de verdade formal, que seria princípio informador do processo civil, no qual bastaria uma verdade ficta formada por presunções, ficções e transações, como, por exemplo, a confissão presumida no caso de revelia. Destarte, não seria de interesse do julgador promover amplas diligências probatórias, pois este se satisfaria com a ação probatória das partes e as presunções legais.

Porém, a dicotomia verdade real no processo penal/ verdade formal no processo civil vem sendo abandonada, pois nem sempre o processo civil não se contenta com a verdade ficta, possuindo o juiz, no ordenamento jurídico brasileiro, poderes de instrução probatória, assim como no processo penal, o princípio da verdade material perde vigor, o que pode ser evidenciado na possibilidade de transação penal, introduzida pela Lei do Juizado Especial Criminal¹⁵, que relativiza a busca pela verdade, pois o Estado se contentaria com o acordado entre o Ministério Público e o acusado, em vez de buscar a verdade.

A busca pela chamada verdade real é mero ideal, pois o julgador é limitado pelas possibilidades humanas do compreender, a verdade é inalcançável pelo conhecimento humano, restando ao processo penal procurar se aproximar ao máximo da realidade dos fatos.

Se nós não podemos fazer ontologia, devido aos limites do conhecimento humano, então, a pretensão a verdade não pode ser mais pensada como correspondência do pensar com o real, do pensar com as coisas tal qual elas são em si mesmas.¹⁶

A verdade real não deve ser o objetivo do processo penal, visto que inatingível. O processo deve procurar por uma verdade processual, uma verdade identificada com a verossimilhança, atinente apenas á certeza acerca dos fatos, pautada nas provas carreadas aos autos, levando em conta os critérios de admissibilidade da prova.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Opus citatum*, p. 346.

¹⁵ BARROS, Marco Antônio de. *Opus citatum*, p. 35.

¹⁶ COSTA, Reginaldo da. *Ética e filosofia do direito*. Rio - São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2006, p. 11.

Na realidade, o processo criminal não passa de um elemento limitador à investigação do real, sendo falaciosa a pretensão de transformá-lo em apto ao alcance de uma verdade absoluta. Não me parece possível ignorar a realidade imposta pela obediência aos métodos de acerto regradados em nosso Estado Democrático de Direito. A reconstrução processual-histórica permite, quando muito, o descortinamento de certos aspectos da verdade situados em um ponto possível de ser atingido em um caminho procedimentalizado.¹⁷

A procura pela verdade processual deve se balizar pelos parâmetros processuais penais, o que significa no direito brasileiro o seguir sistema acusatório de processo, respeitando os direitos e garantias fundamentais. Sendo um desses direitos o direito de não produzir prova contra si mesmo.

O *nemo tenetur se detegere* sempre foi um direito que vai de encontro ao princípio da verdade processual, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com sua realização legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado¹⁸.

O interesse público na persecução penal não pode justificar a supressão de um direito fundamental, tratando o acusado como objeto de prova, um meio para alcançar a verdade, porém há que se considerar que não há direito fundamental ilimitado, pois uma supremacia do direito individual de maneira absoluta levaria à inviabilização da persecução e à impunidade, devendo-se buscar uma conciliação entre o princípio da verdade processual e o princípio da não autoincriminação de modo a não violar a dignidade do acusado, mas sem tornar este direito um abrigo para a impunidade.

3.4 Vedação Probatória

Como já exposto, a persecução pela verdade e a consequente liberdade probatória não são valores absolutos, sendo limitados pelas regras processuais e pelos direitos fundamentais, visto que não se deve buscar o fim do processo a todo custo.

A vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a doção de práticas

¹⁷ KIRCHNER, Felipe. *Opus citatum*, p. 146.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Opus citatum*, p. 346.

probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.¹⁹

O art 5º, LVI da Constituição Federal prevê, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

Porém, a Constituição não traz uma definição do que seria a prova ilícita, deixando essa incumbência para a legislação infraconstitucional, que define as prova ilícitas como sendo aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, conceito que veio a ser positivado com a Lei n. 11.960/08 que alterou a redação do art. 157 do Código de Processo Penal.

A doutrina classifica em duas categorias as provas inadmissíveis: provas ilícitas e provas ilegítimas. As provas ilícitas são aquelas, que violam o direito material ou os princípios constitucionais penais²⁰ (tal como o princípio da não autoincriminação), “refere-se ao momento de obtenção da prova, isto é, a alguma irregularidade no momento de obtenção da prova”²¹. Já as provas ilegítimas são as que desrespeitam preceitos de direito processual.

Outra hipótese de prova inadmissível no processo penal é a prova ilícita por derivação, baseada em criação da Suprema Corte norte americana, que elaborou a teoria dos frutos da árvore envenenada, a fim de que não se evitasse a utilização de provas inalcançáveis senão por meio de outras provas ilícitas.

A prova ilícita por derivação é aquela que *a priori* é lícita, contudo, por guardar um nexo de causalidade com uma prova obtida ilicitamente, torna-se ilícita, ou seja, a sua descoberta só se tornou possível graças à prova vedada, daí a ideia de frutos da árvore envenenada, pois toda prova, mesmo que lícita por si mesma, é contaminada pela prova ilícita que lha deu origem.

Por muito tempo doutrina e jurisprudência discutiram se o ordenamento jurídico brasileiro adotava a teoria dos frutos da árvore envenenada, pois este não era positivado. Porém a Lei n. 11.960/08 acrescentou o §1º ao art. 157 do CPP, que diz, que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”, dirimindo as discussões quanto a esse ponto.

Acontece que a teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, encontrado exceções, que, considerando as circunstâncias do caso concreto e a

¹⁹ *Idem, ibidem* p. 357.

²⁰ TÁVORA, Nestor; ALLENCAR, Rosmar A. R. C. de. *Opus citatum*. p. 350.

²¹ MENDES, Emerson Castelo Branco. *Provas ilícitas no processo penal: uma abordagem sob a perspectiva dos direitos e garantias individuais*. Fortaleza: ABC Editora, 2007, p. 112.

aplicação do princípio da proporcionalidade, pode admitir a utilização de uma prova considerada ilícita.

é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo caso, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.²²

A exceção da fonte independente ocorre quando a prova colhida decorre de uma prova ilícita e, concomitantemente, de uma prova lícita, não devendo, assim, ser retirada do processo, hipótese prevista na segunda parte do §1º do art. 157 do CPP²³.

A segunda exceção é a da descoberta inevitável, prevista no Código de Processo Penal no art.157, §2º que, embora tenha nomeado a hipótese como sendo fonte independente, definiu a hipótese da descoberta inevitável²⁴.

Na descoberta inevitável, a prova tem, efetivamente, origem ilícita, mas as circunstâncias do caso fazem com que seja possível considerar, através de um juízo hipotético, que, mesmo suprimida a fonte ilícita, tal prova seria, mais cedo ou mais tarde, obtida por meios lícitos.²⁵

Uma terceira limitação é o da contaminação expurgada ou conexão atenuada, que ocorre quando a ligação entre a prova ilícita e a prova deriva é tão tênue, que se considera não contaminada de ilicitude a prova derivada²⁶.

Ora, não se pode haver uma aplicação irrestrita da teoria dos frutos da árvore envenenada, embora esta sirva para salvaguardar os direitos do acusado

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 162. Apud MENDES, Emerson Castelo Branco. *Opus citatum*, p. 140.

²³ Art. 157, §1º, CPP São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

²⁴ Art. 157, §2º, CPP: Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

²⁵ LIMA, Marcellus P. SONEGHETI, Victor. Limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada: sua recepção no processo civil brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 251-272, jan./jun. 2012, p. 266.

²⁶ TÁVORA, Nestor; ALLENCAR, Rosmar A. R. C. de. *Opus citatum*. p. 353.

perante o estado acusador, evitando que este tire vantagem da produção de provas ilícitas, “bem diferente é afirmar que a violação de tais direitos colocará o indivíduo fora do alcance da lei”²⁷. Deve-se buscar um balanceamento entre os direitos individuais e o direito a prova.

Vê-se, portanto, que a ampla iniciativa probatória baseada na busca pela verdade processual encontra obstáculos, devendo a atividade probatória contemplar o respeito para com os princípios processuais penais, dentre os quais, destaco o *nemo tenetur se detegere*, sob pena de ser considerada ilícita, sofrendo as consequências daí advindas.

3.4.1 Efeitos da prova ilícita e o princípio da não autoincriminação

O ordenamento jurídico brasileiro, através de norma constitucional e legal, veda a admissibilidade de prova ilícita no processo judicial, devendo o magistrado em um juízo preventivo não admitir a entrada de provas inadmissíveis no processo, porém, muitas vezes, acabam elas por adentrar no processo. “Deve-se ressaltar que a ilicitude as provas não conduz apenas à sua nulidade. Incluem-se elas na categoria de atos inexistentes. Não existem como prova, sendo totalmente ineficazes”²⁸

O processo penal brasileiro possui mecanismos para afastar os efeitos danosos que advêm da intrusão de alguma prova ilícita no âmbito do processo. Dentre eles, está o desentranhamento da prova ilícita dos autos do processo, podendo a ilicitude ser arguida a qualquer momento.

O Código de Processo Penal por muito tempo silenciou a este respeito, até que, a Lei n. 11.960/08 alterou o *caput* do art. 157 e determinou que devam ser desentranhadas do processo as provas tidas por ilícitas, além disso, o §3º do mesmo artigo prevê, que, havida a preclusão da decisão pelo desentranhamento da prova, esta será inutilizada.

Em sendo obtida a prova ilícita durante o inquérito policial, e sendo tal prova fundamento da denúncia oferecida, dois caminhos poderão ser trilhados. O primeiro seria: se a prova inadmissível for essencial à fundamentação da denúncia,

²⁷ LIMA, Marcellus P. SONEGHETI, Victor. *Opus citatum*. p. 262.

²⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 393

deverá esta ser declarada inepta e processo não poderá ser instaurado, pois faltariam elementos para sustentar seu oferecimento.²⁹

Já o segundo caminho é o caso de, mesmo havendo prova inidônea embasando a denúncia, restam elementos probatórios suficientes para justificar o seu oferecimento e não terá o condão de levar o processo à nulidade.³⁰

Ela [a prova ilícita] inidônea e imprestável para servir de base a uma decisão judicial para todos os efeitos. Ineficaz, portanto. Se não for desentranhada do processo, deve ser totalmente desconsiderada para efeito de decisão, sob pena de se macular, irremediavelmente, todo o processo judicial. A decisão judicial que tenha por sustentáculo provas ilícitas desfavorável ao réu é totalmente nula e passível de desconstituição via revisão criminal.³¹

No caso de admissão da prova, tal prova não deve ser valorada, pois inexistente no plano jurídico. O juiz não deve utilizá-la como fundamento de sua decisão sob pena de nulidade de pleno direito da sentença prolatada.³²

Quanto ao princípio da não autoincriminação, uma prova obtida mediante violação a este princípio é prova inadmissível e, pela classificação doutrinária, é prova ilícita, destarte, sofre os efeitos decorrentes da ilicitude da prova, devendo ser, o quanto antes, desentranhada do processo e, seguindo a teoria dos frutos da árvore envenenada, as provas derivadas de prova obtida com infringência a este princípio também serão eivadas de ilicitude.

São exemplo de provas ilícitas por violação ao *nemo tenetur se detegere* a reconstituição do fato, que for produzida mediante coação exercida contra o acusado para que dela participe; o reconhecimento no qual se obrigue o acusado a ostentar determinada feição; o exame grafotécnico realizado com colheita de material gráfico do acusado sob pena de desobediência; o exame de DNA realizado mediante execução coercitiva da coleta de sangue do acusado.³³

3.5 A Colaboração do acusado na produção de provas

No processo penal não se exige a colaboração do acusado. A incidência de princípios como o da não autoincriminação, o da dignidade o da presunção de

²⁹ MENDES, Emerson Castelo Branco. *Opus citatum*, p. 147.

³⁰ Idem, *Ibidem*, p. 147

³¹ BARBOSA, José Olindo Gil. As provas ilícitas no processo brasileiro. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%C3%8DCITAS.pdf>. Acesso em: 09 de janeiro de 2013.

³² RANGEL, Paulo. *Opus citatum*, p. 419

³³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 404.

inocência e o da intangibilidade corporal garantem ao acusado o direito de não colaborar para a sua própria incriminação. Por isso, a produção de certas provas depende do consentimento do acusado, já que só ele tem o direito de dispor acerca do exercício do direito de não produzir prova contra si mesmo.

A partir de uma visão garantista do processo penal, acusado não pode mais ser entendido como objeto de prova, seu corpo não pode ser utilizado como meio para se atingir a verdade, devem ser respeitados ao direito à dignidade, à intimidade e à intangibilidade corporal. “O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra”³⁴.

sempre que o imputado seja meio de prova para a obtenção de alguma prova, este tenha sempre respeitada a sua decisão de vontade, tanto durante o inquérito policial quanto durante a ação penal, de tal forma que a ele caberá a decisão da qual posição pretenda tomar perante a matéria que se ponha com objeto de prova.³⁵

Destarte, para a produção de provas que necessitem da colaboração do acusado deve este consentir na produção da prova, todavia, este consentimento deve ser livre de vícios, e partir de um acusado que tenha ciência das consequências da renúncia ao direito de não autoincriminação.

A advertência, portanto, é de suma importância nesse momento da persecução penal, pois, a sua omissão implicará em reflexos diretos no comportamento do acusado. Destarte, omitindo-se a advertência há grande tendência de que o acusado, desinformado, acabe colaborando na produção de prova que possa incriminá-lo involuntariamente. Por isso, o acusado, ao ser cientificado do princípio *nemo tenetur se detegere*, não corre o risco de colaborar somente por temor das consequências da recusa.³⁶

Há dois grandes tipos de prova que dependem da colaboração do acusado: as provas que implicam intervenção corporal invasiva no acusado e as que implicam em um *facere* do acusado.

³⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. apud YOKOYAMA, Marcia Caceres Dias. A produção da prova penal: limites impostos como reflexo do direito ao silêncio. Revista de Direito, Ano 11, Número 15, 2011. Disponível em: http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito_new/pdf/direito15_3.pdf. Acesso em: 10/01/2012.

³⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à justiça penal e estado democrático de direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. apud YOKOYAMA, Marcia Caceres Dias. *Opus citatum*.

³⁶ FRAGA, Renata Jardim. *Opus citatum*.

3.5.1 Provas que dependem da colaboração do acusado

As provas que necessitam de intervenção corporal para sua realização são aquelas que se realizam no corpo do acusado. Hernández: conceitua a intervenção corporal como a realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado.³⁷

As provas que implicam em intervenção corporal podem ser de dois tipos: as invasivas e as não invasivas. As provas invasivas são aquelas, que, segundo Queijo³⁸, “pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não”.

Entre as provas invasivas podem ser enumeradas diversas perícias, como os exames de sangue me geral, o exame ginecológico e a identificação dentária, e, ainda, a endoscopia e o exame do reto, que são frequentemente empregados em buscas pessoais. A busca pessoal, também denominada revista, pode ser realizada por meio de intervenções corporais invasivas ou não invasivas.³⁹

Já as provas não invasivas são aquelas, decorrentes da verificação ou inspeção corporal, em que não há penetração ou extração de qualquer parte do corpo.⁴⁰ “Muito embora a produção da prova também implique uma intervenção corporal, esta não é invasiva, ou seja, provém do corpo humano, mas não há uma “invasão” a ele”.⁴¹

Entre as provas não invasivas estão os exames de matérias fecais, exames de DNA a partir de fios de cabelo e pelos; as identificações dactiloscópicas, das impressões dos pés, unhas e palmar, bem como as radiografias, utilizadas em buscas pessoais.⁴²

Para a colheita de provas com intervenção corporal não invasiva, não há necessidade de consentimento do acusado, desde que não haja colaboração ativa

³⁷ HERNÁNDEZ, Ángel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995. apud FRAGA, Renata Jardim. A necessidade do consentimento na produção de provas que implicam intervenção corporal no acusado. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/renata_fraga.pdf. Acesso em: 06/11/2012

³⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 245.

³⁹ *Idem, ibidem*, p.245.

⁴⁰ CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Reflexos e consequências jurídicas do princípio da não auto-incriminação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3036, 24 out. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20274>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

⁴¹. FRAGA, Renata Jardim. *Opus citatum*.

⁴² QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 251.

deste. Não há necessidade de consentimento, pois não fere a dignidade do acusado podendo ser feita sem que haja violação a sua integridade corporal e moral.

As Provas que dependem da colaboração do acusado, sem intervenção corporal são o tipo de prova que, por excelência, requerem a colaboração do acusado para sua produção. Elas não dependem de intervenção corporal, mas sim implicam um *facere*, uma ação positiva do acusado, sem a participação ativa deste a produção da prova restaria impossível.

Entre elas, apenas o reconhecimento não pressupõe uma ação por parte do acusado. As demais implicam um *facere*: a acareação. A reconstituição do fato, o exame grafotécnico, o etilômetro e o exame clínico para verificação de embriaguez.⁴³

3.6 Meios de prova de embriaguez

Quando da promulgação do Código de Trânsito Brasileiro, o crime de embriaguez ao volante, conceituado no seu art. 306, exigia para sua configuração a existência de perigo concreto e que o condutor estivesse sob influência de álcool, sem estabelecer dosagem mínima ou máxima de álcool no sangue para sua perfectibilização. Portanto, não se fazia necessária à realização de prova técnica, como o etilômetro ou o exame de sangue, para sua comprovação.

Acontece que a quantidade de acidentes automobilísticos decorrentes da condução sob influência de álcool continuava muito alta, então, o legislador resolveu por bem endurecer o tratamento aos condutores alcoolizados e elaborou a Lei n. 11.705/08, a Lei Seca, que, alterando o art. 306 do Código de Trânsito, suprimiu a exigência de existência de perigo concreto para caracterização do crime de embriaguez ao volante, tornando-o um crime de perigo abstrato. Além disso, estabeleceu como requisito formal para a que se atestasse a embriaguez a quantidade de seis decigramas de álcool por litro de sangue ou, alternativamente, 0,3 miligramas por litro de ar expelido.

O que se pensou fosse criar uma tolerância zero, acabou por restringir os meios de prova, fazia-se necessário a produção de prova técnica para se atestar a dosagem de álcool, ou seja, etilômetro ou exame de sangue. Além de restritos, estes meios de prova são de difícil utilização, pois, para sua realização, é necessária a participação do acusado, mas, devido ao direito fundamental da não

⁴³ *Idem, Ibidem*, p. 255.

autoincriminação, ninguém é obrigado a colaborar na produção de provas que possam lhe incriminar.

Em decorrência das mudanças introduzidas com o advento da Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, apenas poderá ser chamada a prestar contas à Justiça Criminal "por embriaguez" ao volante, nos moldes do art. 306, caput, primeira parte, do Código de Trânsito Brasileiro, a pessoa que assim desejar ou aquela que for enleada ou mal informada a respeito de seus direitos, e por isso optar por se submeter ou consentir em ser submetida a exames de alcoolemia ou teste do "bafômetro" tratados no caput do art. 277 do mesmo Codex e, em decorrência disso, ficar provada a presença da dosagem não permitida de álcool por litro de sangue.⁴⁴

Para tentar coibir a recusa nos testes de alcoolemia, criou-se a figura da infração administrativa da recusa em se submeter aos testes de alcoolemia. Medida esta de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa, porque ninguém deve ser punido por exercício de direito, qual seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Por conta, do equívoco legislativo que foi a Lei Seca que acabou por assegurar a impunidade aos condutores alcoolizados, o legislativo alterou, mais uma vez, o art. 306 do CTB, a partir da Lei n. 12.760/12, e retirou a exigência absoluta da quantidade de álcool no sangue, adotando um critério de tipificação que amplia os meios de prova do crime de embriaguez ao volante, meios de prova estes exemplificados no §2º deste artigo. São eles, além de quaisquer provas em direito admitidas: o teste de alcoolemia, o exame clínico, a perícia, o vídeo e a prova testemunhal.

3.6.1 Etilômetro

Popularmente conhecido como bafômetro, é definido no Anexo I do CTB como o "aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar" e completa a definição, também em seu Anexo I, ao conceituar ar alveolar, como o "ar expirado pela boca de um indivíduo, originário dos alvéolos pulmonares"⁴⁵.

⁴⁴ MARCÃO, Renato. Embriaguez ao volante; exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, do CTB. Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/embriaguez-ao-volante-exames-de-alcoolemia-e-teste-do-bafometro-uma-analise-do-novo-art-306-caput-da-lei-n-9-503-de-23-9-1997-codigo-de-transito-brasileiro>. Acesso em: 04/12/2012.

⁴⁵ Redação dada pela Lei n. 12.760/12

Como definido no CTB, o etilômetro é o aparelho, que funciona através de processo eletroquímico⁴⁶, apto a medir a concentração de álcool no ar expelido pelo paciente. A utilização do aparelho encontra regulamentação na Resolução 206/2006 do CONTRAN, definindo os aspectos técnicos do aparelho⁴⁷.

Em essência, o etilômetro é um meio de prova que não implica intervenção corporal no acusado, mas implica uma ação positiva por parte deste, implica um ato comissivo, pois deve ele assoprar. Diante disso, é facultado ao condutor participar ou não da produção desta prova, porque protegido está pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. Além disso, não pode ser punido por sua recusa, nem dela podem-se extrair presunções de culpabilidade.

“De todo modo, a recusado condutor a submeter-se ao bafômetro não configura delito nem sequer desobediência”⁴⁸. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar de fornecimento de material grafotécnico, prova de natureza assemelhada ao etilômetro, afasta a possibilidade de punição por crime de desobediência quando do exercício do *nemo tenetur se detegere*.⁴⁹

⁴⁶ No ar expirado, o álcool poderá ser dosado, consistindo a operação em mandar o paciente soprar num pequeno balão de borracha ou num aparelho próprio e fazeresse ar passar através de uma mistura de permanganato de potássio e ácido sulfúrico. Desse modo é oxidado o álcool ali presente, descolorando-se o permanganato. Esse é o método Harger. Outro processo é o de Forrester, em que o ar expiradoatravessa um tubo com perclorato de magnésio. Todos esses métodosbaseiam-se na relação álcool-bióxido de carbono no ar expirado. FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina legal. 7 Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 319.

⁴⁷ Art. 6º. O medidor de alcoolemia- etilômetro- deve observar os seguintes requisitos:

I – ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, atendendo a legislação metrológica em vigor e aos requisitos estabelecidos nesta Resolução;

II – ser aprovado na verificação metrológica inicial realizada pelo INMETRO ou órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;

III - ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ;

IV - ser aprovado em inspeção em serviço ou eventual, conforme determina a legislação metrológica vigente.

Art. 7º. As condições de utilização do medidor de alcoolemia – etilômetro- devem obedecer a esta resolução e à legislação metrológica em vigor.

⁴⁸ VIDAL, Hélio Simões. Crimes de trânsito (Lei nº 9.503/1997). De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 17, p. 177-197, jul/dez. 2011, p. 190.

⁴⁹ EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, **não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa**. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem

Com a redação anterior dada pela Lei n. 11.705/08, era necessário, para a materialização do tipo de embriaguez ao volante, a comprovação de uma certa dosagem de álcool no sangue, que correspondia, para os efeitos do bafômetro, a 0,3 miligramas por litro de ar expelido. A prova técnica era indispensável. Sobre o tema, se posicionou o STF⁵⁰ no sentido de exigir prova técnica para a caracterização do tipo de que tratava a antiga redação do art. 306, CTB.

Agora, com a redação dada ao art. 306, CTB pela Lei n. 12.760/12, deixou de ser elementar do tipo a constatação dos níveis de alcoolemia, sendo este apenas uma hipótese de configuração do crime. Destarte, o etilômetro ainda é importante meio de prova de embriaguez, mas com a nova lei abrem-se possibilidade para meios de prova que conciliem de maneira mais eficaz a busca pela verdade processual e a persecução penal com os direitos fundamentais, no caso, o direito de não produzir provas contra si mesmo.

3.6.2 Exame de sangue

O exame de sangue para comprovação de embriaguez é exame laboratorial, que se realiza a partir de amostra de sangue do acusado e consiste na utilização de reagentes químicos para determinar a quantidade de álcool no sangue⁵¹. “A perícia deve ser realizada em laboratório especializado, observando

documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, **não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência**, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido”. [grifo nosso] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 77135, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170.

⁵⁰ Ementa: Habeas Corpus. Condução de veículo automotor sob efeito de álcool. Art. 306 da Lei nº 9.503/97. Advento da Lei nº 11.705/2008. Inclusão de parâmetro objetivo à elementar do tipo penal. **Necessidade de realização de teste de alcoolemia previsto no Decreto nº 6.488/2008 para a adequação típica.** Ocorrência. Ordem denegada. A taxatividade objetiva determinada pela nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que fixou como indesejável a dosagem igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, deve ser atendida mediante a realização de um dos testes de alcoolemia previstos no Decreto nº 6.488/08, que são: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro). Constatada a realização do chamado “teste do bafômetro”, não há que se falar em falta de justa causa para a ação penal. Ordem denegada. [grifo nosso]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (HC 110905, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 22-06-2012 PUBLIC 25-06-2012)

⁵¹ A taxa de concentração do álcool no sangue pode ser determinada pelo macrométrico de Nicloux e consiste na oxidação a quente do álcool pelo bicarbonato de potássio em meio sulfúrico, variando a

procedimento técnico científico, com o objetivo de demonstrar a taxa de álcool no sangue do condutor.”⁵²

A coleta de sangue implica em intervenção corporal invasiva no acusado, portanto faz-se necessário o seu consentimento para a realização. Não pode o acusado ser coagido a fornecer material corporal, porquanto, estar-se-ia violando os princípios da intimidade, da intangibilidade corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois ao acusado assiste o direito de não fornecer material probatório que possa lhe incriminar.

Pela atitude passiva do acusado perante o exame de sangue (ele não precisa praticar nenhuma ação positiva), parte da doutrina, que não é a predominante no Brasil, não encontrado apoio na jurisprudência⁵³, pensa não caber a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A doutrina alemã, com fundamento no §81^a do *StPO* (Código de Processo Penal), desenvolveu o *princípio de passividade* (*Grundsatz der Passivität*), pelo qual a intervenção corporal no suspeito somente é admitida se sua participação for passiva, como, por exemplo extração de sangue para análise por DNA. [grifo do autor]⁵⁴

A jurisprudência [alemã] e a doutrina têm considerado que, mesmo nos casos de execução forçada da intervenção corporal, o acusado não exerce uma colaboração ativa, mas passiva, tolerando a execução. Tal postura de tolerância, que corresponde à colaboração passiva, é o que se poderia exigir do acusado.⁵⁵

coloração, que vai desde o amarelo ao amarelo-esverdeado, devido à formação de sulfato de sesquióxido de cromo. FRANÇA, Genival Veloso de. *Opus citatum*, p. 319.

⁵² LOPES, Pedro Moreira Távora. A supremacia do interesse público na infração administrativa de trânsito e a recusa do condutor em realizar exames para aferir a quantidade de álcool ou substância psicoativa. Fortaleza, CE, 2009. 60 f. TCC (graduação) - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza (CE), 2009. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000005/000005A2.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2012

⁵³ RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - EMBRIAGUEZ HABITUAL NO SERVIÇO - **COAÇÃO DO SERVIDOR DE PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO, MEDIANTE A COLETA DE SANGUE, NA COMPANHIA DE POLICIAIS MILITARES** - PRINCÍPIO DO "NEMO TENETUR SE DETEGERE" - VÍCIO FORMAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - CERCEAMENTO DE DEFESA - DIREITO DO SERVIDOR À LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE E, INCLUSIVE, À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - RECURSO PROVIDO.

1. É inconstitucional qualquer decisão contrária ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o que decorre da inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica. Precedentes.

2. Ocorre vício formal no processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa, quando o servidor é obrigado a fazer prova contra si mesmo, implicando a possibilidade de invalidação da penalidade aplicada pelo Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança. [grifo nosso] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (RMS 18.017/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2006, DJ 02/05/2006, p. 390).

⁵⁴ VIDAL, Hélio Simões. *Opus citatum*, p. 190.

⁵⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Opus citatum*, p. 283.

Ao exame de sangue se aplica o mesmo que para o etilômetro sobre a não configuração do crime de desobediência em sua recusa, porque em exercício regular de direito.

A anterior redação do art. 306, CTB exigia a comprovação da concentração de álcool na corrente sanguínea, que deveria ser igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue, porém, com a nova redação, seguiu o mesmo caminho do etilômetro: continua como um meio de prova idôneo para a configuração do crime de embriaguez, mas não é mais indispensável, podendo ser a embriaguez provada por outros meios.

3.6.3 Exame clínico para aferição da embriaguez

O exame clínico é exame realizado por médico, que, através da identificação de sintomas, pode atestar o estado de embriaguez “O exame clínico entende-se aquele realizado por médico, que pela observação dos indicadores, irá mensurar o grau de embriaguez apresentado pelo agente infrator.”⁵⁶

A redação anterior, dada pela Lei n. 11.705/08, por exigir uma quantidade exata de concentração de álcool no sangue para a materialização do crime de embriaguez ao volante, limitava os meios de prova ao bafômetro e ao exame de sangue. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça negara a idoneidade do exame clínico para comprovação de embriaguez.⁵⁷

Não é possível atestar a concentração de álcool no sangue através do exame clínico, da mera observação dos sintomas. “Em outras palavras, não se

⁵⁶ PINOTTI, Áureo Neto. ANGELUCI, Cleber Afonso. A embriaguez ao volante frente à Lei n. 11.705/08. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2360/1892>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

⁵⁷ GRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. AUSÊNCIA DE SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. INEXISTÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. **ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. AUSÊNCIA.**

1. Com a redação conferida ao art. 306 do CTB pela Lei 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue. Ausente a sujeição a etilômetro ou a exame de sangue, torna-se inviável a responsabilização criminal. [...] [grifo nosso] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp1205216/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 26/10/2012.

consegue extrair o exato nível de alcoolemia mandando o agente “fazer o quatro “ ou “dar uma andadinha” ou ainda “ falar 33 no consultório médico”⁵⁸

A Lei n. 12.760/12 mudou o panorama dos meios de prova de embriaguez, desse modo, não é necessária prova técnica com um índice exato de alcoolemia.

Deve se fazer uma ressalva quanto ao exame clínico, pois se este exigir participação ativa do acusado, como, por exemplo, “fazer o quatro“, o acusado, com base no princípio de não produzir prova contra si mesmo, pode se recusar a fazer o que determina o médico sem sofrer sanções por isso.

3.6.4 A prova testemunhal

A prova testemunhal consiste em declaração pessoal de natureza oral, mas que, em casos previstos em lei, pode se dar por meio escrito.⁵⁹

Em outros termos, mas guardado o mesmo sentido, diz Manzini que *testemunho* é a declaração. Positiva ou negativa, da verdade feita ante o Magistrado penal por uma pessoa (testemunha) distinta dos sujeitos principais do processo penal sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo pena, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade.⁶⁰

A prova testemunhal pode provar a embriaguez pela constatação de manifestações físicas, sintomas aparentes de embriaguez, podendo esta prova ser produzida pelo próprio agente de trânsito.

Enquanto vigia a redação do art. 306, CTB dada pela Lei n. 11.705/08, a prova testemunhal não valia para a comprovação do delito de embriaguez⁶¹ ao volante, porquanto essa prova limita-se a comprovar a embriaguez patente e, àquela altura, o critério legal era matemático (seis decigramas de álcool por litro de sangue), devendo, portanto, ser provado por meio de prova técnica.⁶²

A Lei 12.760, que alterou o art. 306, CTB, abriu as portas para a possibilidade de prova testemunhal, pois eliminou o requisito objetivo da taxa de

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. Lei n. 11.705/08: a Lei Seca. Carta Forense, São Paulo, ago. 2008. apud MORAES, Rodrigo Iennaco. Comentários sobre o artigo 306 do CTB na prática forense. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 12, p. 227-241, jan/jun. 2009, p. 187.

⁵⁹ RANGEL, Paulo. *Opus citatum*, p. 412.

⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Opus citatum*, p. 296-297.

⁶¹ Vide nota de rodapé 55

⁶² VIDAL, Hélio Simões. *Opus citatum*, p. 191.

alcoolemia, assim como, em seu §2º, previu expressamente a possibilidade de comprovação da embriaguez por prova testemunhal.

Além disso, o §1º enuncia que ao crime de embriaguez poderá ser constatado por “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora”. E assim fizera o CONTRAN, em sua resolução 206/06, onde estabelece que o agente da autoridade de trânsito poderá, na recusa ao teste do bafômetro, provar acerca dos notórios sinais resultante do consumo de álcool.

Dessa forma, a atual conformação legal permite inclusive que a prova seja produzida pelo próprio agente da autoridade trânsito, uma vez que os parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Resolução 206 do CONTRAN permitem tal possibilidade, com o agente devendo atestar os notórios sinais resultantes do consumo de álcool na ocorrência ou em termo específico, assim como relatar a recusa do condutor em se submeter aos exames previstos no artigo 277 do CTB.⁶³

Porém, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é autoaplicável, pois, embora, aparentemente, seja uma norma penal em branco, o fato de o §2º estabelecer rol exemplificativo dos meios de prova de embriaguez implica na desnecessidade de regulamentação pelo CONTRAN. Contudo, a Resolução 206/06 do CONTRAN ainda serve para regular o procedimento a ser seguido pelos agentes de trânsito.

Ademais, observada a ordem Constitucional vigente, não tem sentido lógico ou jurídico imaginar que o Contran ou outro órgão administrativo qualquer possa expedir, validamente, ato normativo que tenha por objeto disciplinar matéria relacionada à prova no processo penal. Falta competência para tanto àquele órgão.⁶⁴

Portanto, a possibilidade de prova testemunhal para a comprovação de embriaguez ao volante é válida, independentemente, de regulamentação pelo CONTRAN, visto que a legislação prevê a possibilidade de utilização destes meios de prova.

⁶³ ALMEIDA, Robledo Moraes Peres de. A constitucionalidade e a legalidade dos meios de prova de embriaguez alcoólica segundo o Código de Trânsito Brasileiro. Vitória, 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Monografia_Robledo_Per es_UFES.pdf. Acesso em: 13 de janeiro de 2013.

⁶⁴ MARCÃO, Renato. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei nº 12.760/2012 . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3477, 7 jan. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23403>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

CONCLUSÃO

Quando da edição da Lei n. 11.705/08, a intenção legislativa de tornar mais rigorosa a legislação referente à embriaguez ao volante acabou por não se concretizar. Ao definir como elementar do tipo a taxa de alcoolemia do condutor, a Lei Seca restringiu os meios de prova. A redação da lei exigia prova técnica (etilômetro ou exame de sangue) que dependia da colaboração do acusado para a sua produção.

Nesse contexto, o princípio da não autoincriminação atua no sentido de assegurar ao indivíduo o direito de não participar da produção de provas que possam levar a sua incriminação. É princípio constitucional decorrente do direito de autodefesa, e protege o acusado dos possíveis abusos da atividade persecutória do estado.

À produção de provas, aplica-se o princípio *nemo tenetur se detegere*, portanto a prova feita através do bafômetro (depende de um *facere* por parte do acusado) e do exame de sangue (depende de intervenção corporal invasiva), necessitam do consentimento do acusado. Por isso, a restrição do arsenal probatório abriu uma brecha para a impunidade, pois fez com que os meios de prova e a consequente aplicação da lei dependessem única e exclusivamente da vontade do acusado.

Visando à correção deste equívoco, foi editada a Lei 12.760/12. Acertadamente, foi retirada do texto legal a exigência de seis miligramas de álcool por litro de sangue, possibilitando outros meios para se atestar a embriaguez. A Nova Lei Seca, também, trouxe um rol exemplificativo dos meios de prova idôneos à comprovação de embriaguez, dispondo pela possibilidade de uso de prova testemunhal, exame clínico, perícia e ou imagem gravada em vídeo.

Apesar dos avanços trazidos pela nova lei, a nova redação apresenta um retrocesso, pois reintroduziu uma elementar subjetiva ao tipo: a alteração da capacidade psicomotora. Destarte, faz-se necessária agora a comprovação da alteração da atividade psicomotora para a caracterização do crime de embriaguez ao volante.

A atividade probatória no processo penal deve pautar-se pelos princípios constitucionais de modo a atender os objetivos de um processo justo, que respeite a dignidade humana.

Uma prova colhida mediante violação ao princípio da não autoincriminação é prova inadmissível, é ilícita, destarte, sofre os efeitos decorrentes da ilicitude da prova, devendo ser, o quanto antes, desentranhada do processo e, seguindo a teoria dos frutos da árvore envenenada, as provas derivadas de prova obtida com desrespeito a este princípio também serão eivadas de ilicitude.

O interesse público na persecução penal não pode justificar a supressão de um direito fundamental, tratando o acusado como objeto de prova, porém há que se considerar que não há direito fundamental ilimitado, pois uma supremacia do direito individual de maneira absoluta levaria à inviabilização da persecução e à impunidade, devendo-se buscar uma conciliação entre o *ius puniendi* e o princípio da não autoincriminação de modo a não violar a dignidade do acusado, mas sem tornar este direito um abrigo para a impunidade.

Porém, com a edição da Lei 12.760/12, o princípio da não autoincriminação sai do foco da discussão, visto que, agora é possível a utilização de meios de prova que não confrontam tal princípio, aumentando a eficácia na aplicação da lei, que agora não depende mais da boa vontade do acusado.

Perdeu importância o princípio da não autoincriminação quanto à comprovação da embriaguez ao volante, pois a comprovação não mais fica restrita a meios de prova que dependam do consentimento do acusado. Embora estes meios ainda possam ser utilizados para a comprovação da embriaguez ao volante, há meios mais eficazes de comprovação da embriaguez, que não violam o princípio da não autoincriminação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Julyana Patricio de; ARRUDA, Samuel Miranda. **O crime de embriaguez ao volante na lei 11.705/2008: uma análise à luz dos princípios penais e processuais na constituição federal de 1988.** Fortaleza, CE, 2008. 76 f.; TCC (graduação) - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza (CE), 2008.

ALMEIDA, Robledo Moraes Peres de. **A constitucionalidade e a legalidade dos meios de prova de embriaguez alcoólica segundo o Código de Trânsito Brasileiro.** Vitória, 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Monografia_Robledo_Peris_UFES.pdf. Acesso em: 13 de janeiro de 2013.

ANDRADE, Erica Isabel Delleatorre. **O direito constitucional ao silêncio e o "direito" a mentir em âmbito processual.** Disponível em: http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf. Porto Alegre, 2007. Acesso em: 26/11/2012.

AQUINO, Crhistian M.; BUSSINGUER, Elda C. A.; BELIZÁRIO, Bethânia S. **Soberania estatal absoluta em Hobbes: ponto de partida para um estudo racionalista dos direitos fundamentais.** *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, nº 4, p. 65-82, 2008, jul./dez.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Direito à prova e provas ilícitas.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/18553/public/18553-18554-1-PB.pdf>. Acesso em: 12/01/2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL, Decreto n. 18.323, de 24 de Julho de 1928. Approva o regulamento para a circulação internacional de automoveis, no territorio brasileiro e para a sinalização, segurança do transito e policia das estradas de rodagem.

_____, **Decreto n. 6.488, de 19 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.

_____, **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal

_____, **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.

_____, **LEI Nº 12.760, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2012.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.
BRASIL, Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

_____, Supremo Tribunal Federal. **HC 80949 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS.** Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira turma. 30 de outubro de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp1205216/MG**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 26/10/2012).

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 608.078/RS**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 278.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 18.017/SP**, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2006, DJ 02/05/2006, p. 390.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 82296 / RS.** Relator: Min José Dantas. Órgão julgador: Quinta Turma. 20 de maio de 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal **RHC 110258**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 23-05-2012 PUBLIC 24-05-2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 110905**, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 22-06-2012 PUBLIC 25-06-2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 77135**, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário no 349.703-1/RS.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 03 de dezembro de 2008.

CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. **Reflexos e consequências jurídicas do princípio da não auto-incriminação. Jus Navigandi,**

Teresina, ano 16, n. 3036, 24 out. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20274>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Rio - São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva, **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 1. Ed., Curitiba: Juruá, 2008.

FRAGA, Renata Jardim. **A necessidade do consentimento na produção de provas que implicam intervenção corporal no acusado**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/enata_fraga.pdf. Acesso em: 06/11/2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 7 Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FRANÇA. **Code de La route**. Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DD5D30D72135E86431517D3F656940CC.tpdjo09v_2?cidTexte=LEGITEXT000006074228&dateTexte=20120819 . Acesso em: 16 de dezembro de 2012.

GOMES, Luis Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010. Acesso em 19/11/2012.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. 6 decigramas de álcool já significam crime? Ou não?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23320>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

GRECO, Leonardo. **O Conceito de prova**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, n. 4, Ano V, n. 5, 2003-2004. Disponível em: <http://www.abedir.org/documents/Oconceitodeprova.pdf>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**, v. 49, ano 12, p. 89-147, jul/ago. 2004.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.4, nº4, p. 5-50, jan. 1996.

HONORATTO, Cássio Mattos. Sanções de trânsito na *Common Law*: análise doutrinária e estudo de direito comparado dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**, v. 52, ano 13, p. 135-157, jan/fev. 2005.

KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**, v. 80, ano 17, set/out 2009.

LAIBER, Gorboly de Prá. **O código de trânsito brasileiro, o álcool e as mortes no trânsito**, Vitória, 2007, Disponível em:

<http://www.posgraduar.com.br/Monografias/P%F3s-Gradua%E7%E3o/Gest%E3o,%20Educa%E7%E3o%20e%20Seguran%E7a%20do%20Tr%E2nsito/O%20C%20d3DIGO%20DE%20TR%20c2NSITO%20BRASILEIRO,%20O%20c1LCOOL%20E%20AS%20MORTES%20NO%20TR%20c2NSITO-%20Goberly%20de%20Pra%20Laiber.pdf>. Acesso em: 17 de janeiro de 2013.

LIBARDI, Sagnó de Souza. **Análise de garantias constitucionais contrapondo-se ao interesse social coletivo e atuação estatal em face da embriaguez no volante**. Vitória, 2007. Disponível em:

<http://www.posgraduar.com.br/Monografias/P%F3s-Gradua%E7%E3o/Gest%E3o,%20Educa%E7%E3o%20e%20Seguran%E7a%20do%20Tr%E2nsito/AN%20C1LISE%20DO%20CONFLITO%20DE%20GARANTIAS%20CONSTITUCIONAIS%20CONTRAPONDO-SE%20AO%20INTERESSE%20SOCIAL%20COLETIVO%20E%2>. Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

LIMA, Marcellus P. SONEGHETI, Victor. Limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada: sua recepção no processo civil brasileiro, **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 251-272, jan./jun. 2012.

LOPES, Pedro Moreira Távora. **A supremacia do interesse público na infração administrativa de trânsito e a recusa do condutor em realizar exames para aferir a quantidade de álcool ou substância psicoativa**. Fortaleza, CE, 2009. 60 f. TCC (graduação) - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza (CE), 2009. Disponível em :

<<http://www.repositoriobib.ufc.br/000005/000005A2.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2012.

MACHADO, Jônatas E. M.; RAPOSO, Vera L. C. **O Direito à não Auto-Incriminação e as Pessoas Colectivas Empresariais**. Direitos fundamentais e justiça. n. 8, ano 3, p. 13-47, jul/set 2009.

MARCÃO, Renato. **Embriaguez ao volante; exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, do CTB**. Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/embriaguez-ao-volante-exames-de-alcoolemia-e-teste-do-bafometro-uma-analise-do-novo-art-306-caput-da-lei-n-9-503-de-23-9-1997-codigo-de-transito-brasileiro>. Acesso em: 04/12/2012

_____. **O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro conforme a Lei nº 12.760/2012. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3477, 7 jan. 2013 . Disponível

em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23403>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

MARTINELLI, Lisandro. Embriaguez ao volante e direito a não autoincriminação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3401, 23 out. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22832>>. Acesso em: 1 dez. 2012.

MEDEIROS, Júlio. Limites ao princípio "nemo tenetur se detegere". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2683, 5 nov. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17768>> . Acesso em: 1 dez. 2012.

MENDES, Emerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no processo penal: uma abordagem sob a perspectiva dos direitos e garantias individuais**. Fortaleza: ABC Editora, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Código Penal interpretado**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Rodrigo Iennaco. Comentários sobre o artigo 306 do CTB na prática forense. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 12, p. 227-241, jan/jun. 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Eduardo Baker Valls. Uma leitura da inquisição através da análise do discurso e do saber jurídico-penal. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**. v. 97, Ano 20, jul/ago. 2012.

PINOTTI, Áureo Neto. ANGELUCI, Cleber Afonso. **A embriaguez ao volante frente à Lei n. 11.705/08**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2360/1892>. Acesso em 12 de janeiro de 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. Crimes de perigo abstrato. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 15, p. 227-241, jul/dez 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REITZ, Josué. **Aspectos destacados do crime de embriaguez ao volante à luz do Código de Trânsito Brasileiro**, São José, 2004. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Josue%20Reitz.pdf>. Acesso em: 17 de janeiro de 2013.

SAITAMA, Gyoda. **As regras de trânsito, multas e punições no Japão**. Disponível em: <http://www.ipcdigital.com/br/Vida-no-Japao/Leis/Habilitacao/A-regras-de-transito-multas-e-punicoes-no-Japao>. Acesso em 16 de dezembro de 2012.

SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei nº 12.760/2012: a nova Lei Seca. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23321>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio constitucional da eficiência e a minirreforma do Código de Processual Penal. **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 29.1, p. 87-97, jan/jun. 2009/1.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de M. C. dos. **Princípio Nemo Tenetur Se Detegere e os limites a um suposto direito de mentir**. Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Fortaleza, ano 2, n.1. jan/jun. 2010. Disponível em : <http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf>. Acesso em: 14 abril 2012.

SILVA, Luis Antonio da Gama e Exposição de motivos do Código penal de 1969. **Revista de informação legislativa**, v.6, nº 24, p. 153-170, out./dez. de 1969. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/224150>.

TÁVORA, Nestor; ALLENCAR, Rosmar A. R. C. de. **Curso de direito processual penal**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v.3, 25 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIDAL, Hélvio Simões. Crimes de trânsito (Lei nº 9.503/1997). **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 17, p. 177-197, jul/dez. 2011.

YOKOYAMA, Marcia Caceres Dias. A produção da prova penal: limites impostos como reflexo do direito ao silêncio. **Revista de Direito**, Ano 11, Número 15, 2011. Disponível em: http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito_new/pdf/direito15_3.pdf. Acesso em: 10/01/2013.

ZEM, Adair A.; ASSUNÇÃO, Edmauro de O.; HILGENBERG, Cleise M. A. T. O crime de embriaguez ao volante. **Formulação e Gestão de Políticas Públicas no Paraná - Volume I**. Disponível em: http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/formulacao_e_gestao_de_politicas_publicas_no_parana/volume_1/capitulo_4_seguranca_publica/4_4.pdf. Acesso em: 11 de janeiro de 2013.