

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA**  
**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**LUCIANA PERES SMITH**

**DESVELANDO A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE FRENTE  
AO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE***

**SÃO LEOPOLDO**

**2011**

**LUCIANA PERES SMITH**

**DESVELANDO A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE FRENTE  
AO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, pelo Curso de Especialização em Penal e Processo Penal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Dr. Davi André Costa Silva

Coorientador: Me. Marcos Eberhardt

**SÃO LEOPOLDO**

**2011**

*Dedico este trabalho ao Excelentíssimo Senhor  
Desembargador Federal da 4ª Região, Dr. João  
Batista Pinto Silveira, pelas contribuições prestadas  
para o desenvolvimento do presente estudo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais que acreditaram e me incentivam a correr atrás dos meus ideais.

Aos meus irmãos, pela compreensão e apoio em todos os momentos dessa jornada.

Ao meu eterno amigo, Diego Torres Silveira, pelas valiosas contribuições para o desenvolvimento deste estudo.

Ao meu coorientador Me. Marcos Eberhardt, pelo apoio e conhecimentos transmitidos.

E, em especial, ao meu orientador Dr. Davi André Costa Silva que, com sua sabedoria e amizade, ajudou-me nessa grande conquista.

*“O sucesso nasce do querer, da determinação  
e persistência em se chegar a um objetivo.*

*Mesmo não atingindo o alvo,  
quem busca e vence obstáculos,  
no mínimo fará coisas admiráveis. ”*

**José de Alencar**

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo acerca da infração penal e administrativa de embriaguez ao volante frente ao princípio constitucional da não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). O tema abordado neste trabalho divide-se em três capítulos. No primeiro, foram feitas algumas ponderações sobre a embriaguez. Posteriormente, analisou-se a infração administrativa e penal de embriaguez ao volante, especialmente após as modificações introduzidas pela Lei n. 11.705/08. Adiante, abordou-se acerca da (in)constitucionalidade da atual redação artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro frente ao princípio da ofensividade ou lesividade, assim como se analisou a “Lei Seca” sob o prisma da retroatividade da lei penal. A seguir, estudaram-se os reflexos penais da Lei n. 11.705/08 sobre a majorante de embriaguez ao volante. No segundo capítulo, analisaram-se as (novas) formas de comprovação do delito de embriaguez ao volante frente à Lei n. 11.705/08. No terceiro e último capítulo, pesquisou-se sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere* e as provas que dependem do cooperação do acusado, bem como estudou-se a incidência do privilégio constitucional no âmbito do Direito Português. Por fim, buscou-se apresentar possíveis soluções ao impasse da impunidade no trânsito à luz dos direitos e garantias fundamentais.

**Palavras-chave:** Embriaguez ao volante. Princípio da não-autoincriminação. Provas. Colaboração do acusado.

## ABSTRACT

The scope of the present work is a study about the administrative and criminal offense of driving drunk, forward the constitutional privilege against self incrimination (*nemo tenetur se detegere*). The theme discussed here is divided into three chapters.

In the first, some considerations were written about the drunkenness matter. Subsequently, it has been analyzed the administrative and criminal offense of driving drunk, especially after the modifications introduced by the Law n. 11.705/08.

After, it has been discussed the (un) constitutionality of the current wording of Article 306 of the Brazilian Traffic Code against the principle of harmfulness or offensiveness, as well as discussed the "Lei Seca" in the light of retroactivity of criminal law.

Next, it has been studied the criminal consequences of the Law 11.705/08 on the upper bound of driving drunk. In the second chapter it has been analyzed the(new) forms of proof of the crime of driving drunk according to the Law n. 11.705/08.

In the third and final chapter, it has been researched about the principle of *nemo tenetur se detegere* and the evidence which depends on the cooperation of the accused and the limits provided by that principle, also, it has been studied the incidence of constitutional privilege under the Portuguese Law.

Finally, it has been attempted to present some possible solutions to the impasse of the impunity in the traffic under the focus of the fundamental rights and guarantees.

**Keywords:** Drunkenness and driving. Principle of non-self-incrimination. Evidence. Collaboration of the accused.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

**CADH** – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

**CONTRAN** – Conselho Nacional de Trânsito

**CRFB** – Constituição da República Federativa do Brasil

**CTB** – Código de Trânsito Brasileiro

**CP** – Código Penal

**CPP** – Código de Processo Penal

**EC** – Emenda Constitucional

**LCP** – Lei de Contravenções Penais

**PIDCP** – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

**PL** – Projeto de Lei

**REsp** – Recurso Especial

**RExt** – Recurso Extraordinário

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**TJDFT** – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

**TJRS** – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

**TJSC** – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

**TRF** – Tribunal Regional Federal



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMBRIAGUEZ.....</b>	<b>13</b>
1.1. A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....	15
1.2. O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – EVOLUÇÃO DO TEMA.....	21
1.3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ATUAL ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO FRENTE AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE.....	26
1.4. UMA ANÁLISE DA “LEI SECA” SOB O PRISMA DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL.....	31
1.5. OS REFLEXOS PENAIS DA “LEI SECA” NA MAJORANTE DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....	33
<b>2. A MATERIALIDADE DELITIVA DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....</b>	<b>36</b>
2.1. OS TESTES DE ALCOOLEMIA – AS (NOVAS) FORMAS DE COMPROVAÇÃO DO DELITO DE EMBRIAGUEZ FRENTE À LEI N. 11.705/08.....	37
2.2. A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....	46
2.3. O “BAFÔMETRO” COMO PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL.....	48
<b>3. O PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO: ORIGEM, CODIFICAÇÃO E EFICÁCIA.....</b>	<b>53</b>
3.1. AS PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO E OS LIMITES ASSEGURADOS PELO PRINCÍPIO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> .....	59
3.2. O PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS.....	63
3.3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO IMPASSE DA IMPUNIDADE NO TRÂNSITO À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	68

**CONSIDERAÇÕES FINAIS.....72**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....77**

## INTRODUÇÃO

No Brasil, as estatísticas vêm apontando, nos últimos anos, índices alarmantes de violência no trânsito ocasionados por motoristas embriagados. Anualmente, milhares de pessoas perdem a vida ou sofrem mutilações no trânsito em decorrência da associação do álcool e da direção de veículo automotor. Bilhões de reais são despendidos anualmente com os acidentes automobilísticos em nosso país.

A problemática oriunda da combinação “álcool e trânsito” não está adstrita ao Estado brasileiro, já tendo atingido contornos mundiais. Evidentemente, essa conjugação advém de diversos fatores que percorrem as esferas culturais, econômicas, políticas, sociais e até mesmo educacionais.

Atento às tragédias ocorridas nas estradas e vias públicas ligadas ao consumo de álcool, o legislador brasileiro editou a Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, comumente chamada de “Lei Seca”, que modificou substancialmente o CTB (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997).

Muito se tem discutido e polemizado acerca da efetividade desse novo diploma, que tem por finalidade estabelecer a “tolerância zero” e impor penalidades mais severas ao condutor que dirigir embriagado. Isso porque a nova legislação foi editada em descompasso com a sistemática jurídica brasileira.

A despeito da aparente intenção de recrudescer as normas de trânsito e, por via de consequência, reduzir os acidentes automobilísticos ligados ao consumo de álcool, verificar-se-á ao longo do presente estudo que o enrijecimento jurídico-normativo se deu tão somente na teoria e no discurso.

A efetiva implementação de projetos e execução de atividades voltadas à segurança viária, a adoção de políticas públicas de conscientização dos cidadãos no trânsito, a realização de uma efetiva e permanente fiscalização a ser executada por agentes de fiscalização devidamente capacitados, bem como a edição de uma normatização rígida são medidas eficazes para combater os malefícios causados pela coligação entre o álcool e a direção de veículo automotor.

Contudo, os critérios adotados pelo Legislativo, quando da edição da Lei n. 11.705/08, acabam por desafiar normas e princípios de índole penal e constitucional.

Dentre esses últimos, o presente estudo terá seu foco direcionado ao princípio constitucional da não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Muito embora tal postulado não esteja expressamente positivado no ordenamento jurídico pátrio, reconhece-se sua existência a partir de conjugação dos princípios da presunção (ou estado) da inocência ou não-culpabilidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como do direito ao silêncio.

Além disso, a premissa do *nemo tenetur se detegere* ainda encontra supedâneo num dos pilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Se isso não bastasse, em 1992, o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, pelos Decretos n.º 592 e 678, respectivamente, determinando seu cumprimento no âmbito interno. Tais diplomas internacionais prevêm expressamente que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.

Frente a essas modificações legislativas, buscar-se-á desvelar a embriaguez ao volante, sob o aspecto administrativo e penal, frente a sistemática jurídica brasileira, dando enfoque ao princípio da não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

No primeiro capítulo, far-se-á uma análise da infração administrativa e penal de embriaguez ao volante. A seguir, abordar-se-á acerca da (in)constitucionalidade do atual art. 306 do CTB frente ao princípio da ofensividade ou lesividade, bem como da retroatividade da lei penal mais benéfica. Adiante, analisar-se-ão os reflexos penais da “Lei Seca” na majorante de embriaguez ao volante.

No segundo capítulo, estudar-se-á sobre as (novas) formas de comprovação do delito de embriaguez ao volante após as modificações introduzidas pela Lei n. 11.705/08, discorrendo sobre a (in)admissibilidade da prova testemunhal para comprovação da materialidade delitiva do crime de embriaguez ao volante.

Na sequência deste capítulo, abordar-se-á sobre a tão polemizada obrigatoriedade do motorista em se submeter ao teste de ar alveolar pulmonar (etilômetro) e as consequências advindas de sua recusa em soprar o “bafômetro”.

No terceiro capítulo, pesquisar-se-á sobre o princípio da não-autoincriminação e as provas que dependem da cooperação do acusado, bem como poderar-se-á sobre a incidência de tal privilégio constitucional no Direito Português.

Por derradeiro, buscar-se-á apresentar possíveis soluções ao impasse da impunidade no trânsito à luz dos direitos e garantias fundamentais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMBRIAGUEZ

A embriaguez é uma intoxicação transitória provocada pelo álcool ou substância de efeitos análogos que priva o indivíduo do poder de autocontrole e reduz ou anula sua capacidade de discernimento.<sup>1</sup>

Segundo classificação tradicional, a embriaguez apresenta três fases: de excitação, de depressão e do sono. A primeira se caracteriza por um estado de euforia, em que o indivíduo apresenta um comportamento agitado, falante, mas ainda consciente de seus atos. É a chamada “fase do macaco”. A segunda é a fase da confusão mental, na qual o agente tem a perda da sua coordenação motora e torna-se agressivo, valente. Por isso, denomina-se “fase do leão”. A última fase ocorre quando o sujeito, após a ingestão de grandes doses, entra em um estágio de sono profundo, ocorrendo a perda de consciência. É a comumente chamada de “fase do porco”.

Quanto à origem, a embriaguez, segundo Barros<sup>2</sup>, pode ser classificada em voluntária, culposa, preordenada e acidental.

A voluntária ocorre quando o agente, volitivamente, ingere álcool ou substância de efeitos análogos com a finalidade de se embriagar. Ou, segundo Bitencourt, quando o agente “[...] ingere bebida alcoólica pelo simples prazer de beber, mesmo sem pensar em embriagar-se (embriaguez não-intencional)”.<sup>3</sup>

Dá-se a embriaguez culposa quando o agente não ingere a substância com intenção de se embriagar, contudo, em virtude da imprudência na ingestão de doses excessivas, acaba ficando nesse estado.

Nessas duas modalidades de embriaguez, voluntária e culposa, o agente será responsabilizado por seus atos, ainda que, ao tempo da ação ou omissão seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Aplica-se a chamada teoria da *actio libera in causa* (ações livres na causa) para justificar a punibilidade do agente que age sem dolo ou culpa. De acordo com essa teoria, tais elementos são levados em conta no período

---

<sup>1</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 601.

<sup>2</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, parte geral, p. 389.

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1: parte geral, p. 396.

anterior a prática delituosa, isto é, no momento anterior a embriaguez. Entretanto, a *actio libera in causa* não abrange aquelas situações em que o agente quer ou imprudentemente se embriaga sem prever a ocorrência do fato delituoso, pois, do contrário, haveria responsabilidade objetiva.

Discorrendo sobre a teoria *actio libera in causa*, Bitencourt esclarece o seguinte:

[...] quando há imprevisibilidade não se pode falar em *actio libera in causa*, diante da impossibilidade de se relacionar esse fato a uma formação de vontade contrária ao Direito, anterior ao estado de embriaguez, isto é, quando o agente encontrava-se em perfeito estado de discernimento. No entanto, os tribunais pátrios não têm realizado uma reflexão adequada desses aspectos, decidindo quase que mecanicamente: se a embriaguez não é acidental, pune-se o agente simplesmente. Se houve ou não previsibilidade do fato no estágio anterior à embriaguez não tem sido objeto de análise. É muito fácil: o Código diz que a embriaguez voluntária ou culposa não isenta de pena, ponto final, condena-se o autor ébrio. O moderno Direito Penal da culpabilidade há muito está a exigir uma nova e profunda reflexão sobre esse aspecto que nossos tribunais não têm realizado.<sup>4</sup>

A embriaguez preordenada ocorre quando o agente, propositadamente, se coloca em situação de embriaguez para a prática de infração penal. Distingue-se da embriaguez voluntária, porque nesta o agente quer embriagar-se, mas não tem a finalidade de cometer delitos, ao passo que, na embriaguez preordenada, o sujeito ingere substância alcoólica com objetivo de criar coragem para a prática do ilícito penal. Invoca-se, igualmente, a *actio libera in causa* para explicar a punibilidade do agente na hipótese de embriaguez preordenada.

Por fim, ocorre a embriaguez acidental quando o indivíduo, não querendo se embriagar, acaba ficando nesse estado em decorrência de caso fortuito ou força maior. A embriaguez é proveniente de caso fortuito quando o indivíduo “desconhece o efeito inebriante da substância que ingere, ou quando, desconhecendo uma particular condição fisiológica, ingere substância que possui álcool (ou substância análoga), ficando embriagado”.<sup>5</sup> Pode-se citar o exemplo do agente que, desconhecendo os efeitos do antibiótico, ingere bebida alcoólica que tem seu efeito potencializado em decorrência do álcool. Será proveniente de força

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1: parte geral, p. 396.

<sup>5</sup> CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 183.

maior quando decorrer de uma força externa à vontade do agente. É o caso do agente que é forçado a ingerir bebida alcoólica por coação física ou coação moral irresistível, perdendo o controle de suas ações.

Feitas essas breves considerações sobre a embriaguez, abordar-se-á sobre a infração administrativa e penal de embriaguez ao volante, especialmente após as alterações introduzidas pela “Lei Seca”.

### 1.1. A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Antes de adentrar nas questões penais, proceder-se-á a uma análise dos aspectos administrativos da infração de embriaguez ao volante, das formas de comprovação da alcoolemia, bem como do nível de concentração de álcool no sangue para caracterização da infração.

O art. 165 do CTB<sup>6</sup>, em sua redação anterior, considerava infração administrativa a condução de veículo automotor “sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Pela literalidade do dispositivo era suficiente a constatação de que o motorista estivesse influenciado por álcool para caracterização da infração, não importando a quantidade de substância por litro de sangue.

Contudo, o parágrafo único do referido dispositivo remetia ao art. 276 do mesmo diploma legal<sup>7</sup>, o qual estabelecia que “a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor”.

Desta forma, Rizzardo concluía que a infração administrativa se perfazia mesmo que constatada quantidade inferior a seis decigramas de álcool por litro de

---

<sup>6</sup> **Art. 165 do CTB (antiga redação):** “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou de que determine dependência física ou psíquica. Infração – gravíssima. Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir. Medida Administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. Parágrafo único – A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.”

<sup>7</sup> **Art. 276 do CTB (antiga redação):** “A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor. Parágrafo único – O CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.”



sangue. No entanto, neste caso era necessária a prova de que o condutor dirigia sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente.<sup>8</sup>

Com o advento da Lei n. 11.705/08, conhecida como “Lei Seca”, o art. 165 do CTB<sup>9</sup> sofreu ligeiras modificações em sua redação. Atualmente, constitui infração administrativa a direção “sob influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência”.

Como se percebe, o novo texto legal extirpou de sua antiga redação a palavra “entorpecente” e agregou a expressão “substância psicoativa que determine dependência”, a qual contempla qualquer espécie de substância, seja lícita ou ilícita, capaz de provocar dependência física ou psíquica.

A natureza da infração administrativa não modificou, sendo considerada falta “gravíssima”. A multa, igualmente, manteve-se no patamar de “cinco vezes”, havendo modificações no tocante à penalidade de “suspensão do direito de dirigir”, que, pela redação anterior, variava de “1 (um) mês até o máximo de 1 (um) ano e, no caso de reincidência no período de doze meses, pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses até o máximo de 2 (dois) anos”, nos termos do art. 261 do CTB, sendo que hoje a sanção é de 12 meses para todos os casos de suspensão do direito de dirigir. Destaque-se, contudo, que sendo o motorista reincidente no prazo de 12 meses no art. 165 do mesmo diploma, dar-se-á a cassação da habilitação nos termos do art. 263, inciso II do CTB.<sup>10</sup>

Quanto à invariabilidade da penalidade de suspensão, Cabette entende ser possível a alegação de inconstitucionalidade dessa espécie de sanção administrativa, tendo em vista a ausência de patamares mínimos e máximos, o que impossibilita uma proporcionalidade e individualização da sanção. Destarte, o mencionado autor esclarece que:

[...] O problema é complexo e certamente, como já exposto linhas volvidas, gerará polêmicas. Entretanto, um argumento em defesa do dispositivo

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 536.

<sup>9</sup> **Art. 165 do CTB (nova redação)**: “Dirigir sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração – gravíssima. Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Medida Administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.”

<sup>10</sup> **Art. 263 do CTB**: “A cassação do documento de habilitação dar-se-á: [...] II – no caso de reincidência, no prazo de 12 (doze) meses, das infrações previstas no inciso III do art. 162 e nos arts. 163, 164, 165, 173, 174 e 175.”

questionado pode ser a interpretação sistemática do CTB, considerando que o legislador equiparou para todos os fins a direção sob o efeito de qualquer concentração etílica no sangue, não permitindo distinções ou gradações. Sem dúvida, sob o ângulo ordinário o argumento procede, resta saber se o legislador infra-constitucional podia proceder a essa indistinção sem ferir Princípios Constitucionais. Também deve-se indagar se a equiparação de qualquer concentração para a configuração da infração poderia conduzir a uma pena fixa para a dita infração, desconsiderando a individualização dos casos concretos. Afinal, o fato de que se admita uma "forma livre" de cometimento da infração, pode induzir à adoção de uma pena fixa? E neste passo a resposta parece ser negativa, eis que, fazendo um paralelo com o campo penal, certamente não seria viável entender que nos casos dos chamados "crimes de forma livre" seria possível a previsão de uma pena fixa tão somente pelo fato de que são aceitas inúmeras maneiras de praticar a conduta incriminada.<sup>11</sup>

A medida administrativa aplicada em decorrência da violação do art. 165 do CTB não sofreu alterações, permanecendo a necessidade de “retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação”.

Quanto ao imediato “recolhimento do documento de habilitação”, deve-se fazer uma interpretação à luz das garantias e princípios constitucionais. Não se pode confundir esse “recolhimento” com a penalidade administrativa de “apreensão” do documento de habilitação em decorrência da aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir, a qual exige o devido processo legal, com garantia do contraditório e da ampla defesa.

Desta forma, o “recolhimento” da carteira de habilitação restringe-se ao estado de embriaguez, eis que a restrição ao direito de dirigir somente pode ser aplicada após o devido processo legal.

Hodiernamente, a infração administrativa se perfectibiliza com a direção de veículo automotor após consumo de álcool ou substância psicoativa que determine dependência e que, em razão dessa ingestão, o condutor dirija de forma anormal (“zigzague”, com excesso de velocidade, na contramão, com sinal fechado, subindo em calçadas etc.). Exige-se, portanto, um nexos de causalidade entre a condução anormal e a ingestão de álcool ou substância qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Nesse sentido, leciona Lopes:

---

<sup>11</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras Impressões sobre as inovações do Código de Trânsito. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11452&p=3>>. Acesso em: 12 out. 2010.

Claro está, pois, que a infração administrativa não se perfaz com o mero uso de álcool ou de substância de efeitos análogos, sendo necessário, portanto, que tais substâncias *influenciem* o motorista. Isso significa que o condutor deve dirigir de maneira imprudente ou anormal, em decorrência da perda do senso de julgamento, provocada pelo uso do álcool ou de substâncias psicoativas que causem dependência. Com isso, se o motorista estiver conduzindo o veículo automotor de forma normal, não haverá transgressão às normas de trânsito.<sup>12</sup>

Além disso, o atual art. 276 do CTB<sup>13</sup> dispõe que qualquer concentração de álcool por litro de sangue impede o motorista de dirigir veículo automotor e submete as sanções previstas do art. 165 do mesmo diploma. A nova redação instituiu a propalada “tolerância zero” quanto à alcoolemia no trânsito.

Para Jesus o dispositivo em comento não pode ser interpretado isoladamente, fazendo-se necessária uma leitura conjunta com o atual art. 165. Desta forma, para configuração da infração administrativa, é necessário que o motorista esteja conduzindo veículo automotor influenciado pelo álcool ou substância de efeitos análogos.<sup>14</sup>

Por seu turno, o parágrafo único do art. 276 do CTB dispõe que o Poder Executivo determine “as margens de tolerância” de concentração de álcool no sangue para situações específicas.

Para tanto, foi publicado o Decreto n. 6.488/08, que em seu art. 1º, § 2º e § 3º<sup>15</sup> estabeleceu, provisoriamente, até a edição de resolução do CONTRAN, que a margem de tolerância será de “duas decigramas por litro de sangue para todos os casos” ou, no caso de a aferição por meio de teste em aparelho de ar alveolar

<sup>12</sup> LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46/47.

<sup>13</sup> **Art. 276 do CTB:** “Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. Parágrafo único - Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para os casos específicos.”

<sup>14</sup> JESUS, Damásio de. Embriaguez ao Volante: Notas à Lei n. 11.705/08. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, ano, IX, n. 52, out.-nov., p. 35.

<sup>15</sup> **Art. 1º do Decreto n. 6.488/08:** “Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades administrativas do art. 165 da Lei n. 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.”

pulmonar (etilômetro), a margem de tolerância será de “um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões”.

Contudo, ainda está pendente de regulamentação a definição de quais sejam os “casos específicos” mencionados na lei e no decreto ensejadores da aplicação das “margens de tolerância”. Por enquanto, conforme o disposto no art. 1º, §2º do Decreto n. 6.488/08, a tolerância contempla quaisquer casos.

Feitas essas considerações, necessário tratar sobre as formas de comprovação da alcoolemia para fins de caracterização da infração administrativa de embriaguez ao volante.

A nova lei não promoveu alterações no *caput* e §1º do art. 277 do CTB<sup>16</sup>, de forma que permanecem em vigor as formas clássicas de auferição da alcoolemia ou efeito de substância psicoativa (exame de sangue, exames clínicos, teste de ar alveolar, constatação pelo agente de trânsito). Já o antigo §2º foi dividido em dois novos parágrafos (§2º e §3º)<sup>17</sup>, sendo que, segundo Cabette<sup>18</sup>, o atual §2º apenas aperfeiçoou a redação do anterior, reiterando a possibilidade de o agente de trânsito se utilizar de todos os meios legais de prova em direito admitidos.

Majoritariamente, tem-se entendido que tal dispositivo tem incidência restrita ao campo administrativo, não se aplicando à seara penal, até mesmo porque está inserido do Capítulo XVII, que trata das “Medidas Administrativas”.

O §3º, por seu turno, estabelece que sejam aplicadas as penalidades e medidas administrativas do art. 165 do CTB ao motorista que negar a se submeter aos testes e exames para comprovação de sua embriaguez.

---

<sup>16</sup> **Art. 277 do CTB:** “Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. **§1º** - Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos [...]”.

<sup>17</sup> **Art. 277 do CTB:** “[...] **§2º** - A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. **§3º** - Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.”

<sup>18</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras Impressões sobre as inovações do Código de Trânsito. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11452&p=3>>. Acesso em: 12 out. 2010.

Desta forma, criou-se uma infração administrativa por equiparação<sup>19</sup>, pois o legislador equiparou a negativa de colaborar com os testes de alcoolemia com a infração prevista no art. 165 do CTB. De acordo com este comando, seria obrigatório ao motorista se submeter aos testes e exames previstos no *caput* do art. 277 do CTB, sob pena de lhe serem aplicadas as sanções previstas para infração administrativa de embriaguez ao volante.

O dispositivo em análise vem sendo alvo de calorosas discussões por parte dos operadores do direito, pois fere frontalmente o princípio constitucional da não-autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Há que se destacar, ainda, que o Brasil é signatário de dois tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e garantias individuais - o PIDCP e a CADH, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica. Em ambos os diplomas internacionais são assegurados o privilégio de não fazer prova contra si mesmo, nem confessar-se culpado.

Além disso, o art. 277, §3º do CTB afronta, igualmente, o princípio da presunção da inocência, não-culpabilidade ou, simplesmente, estado de inocência (art. 5º, LVII da CFRB). Isso porque, ao equiparar a recusa em submeter-se aos testes e exames de alcoolemia, está se presumindo que o motorista estivesse sob efeito do álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Para Reguelin, o Direito Administrativo, diferentemente do Direito Penal, não garante o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), eis que admite-se presunções em favor da coletividade.<sup>20</sup>

Cabette, por seu turno, esclarece que mesmo que se considere que o princípio do *nemo tenetur se detegere* não tenha aplicação na seara administrativa, tal constatação não pode se sustentar frente à CRFB, pois o princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, LV do referido diploma, aplicável aos processos administrativos, tem em seu bojo o princípio da não-autoincriminação.<sup>21</sup>

Discorrendo sobre o tema, Callegari e Lopes concluem que:

---

<sup>19</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras Impressões sobre as inovações do Código de Trânsito. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11452&p=3>>. Acesso em: 12 out. 2010.

<sup>20</sup> REGHELIN, Elisângela Mello. O “novo e multifacetado” artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de Perigo. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.) **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34.

<sup>21</sup> CABETTE, op. cit., **Jus Navigandi**.

[...] a Constituição Federal, no art. 5º, LXIII, assegura a qualquer investigado o direito de permanecer calado. Como regra, essa é uma garantia do processo penal, não se aplicando no momento de uma fiscalização administrativa no trânsito. Na situação específica, porém, os testes de alcoolemia produzirão reflexos, inexoravelmente, no âmbito do processo penal. Somente para ficar em um exemplo, registre-se que o motorista, ao soprar o bafômetro, poderá ser preso em flagrante logo após o teste, se constatada a presença mínima de álcool exigida pelo art. 306 do CTB.<sup>22</sup>

Em suma, é sabido que a intenção do legislador, ao editar a Lei n. 11.705/08, era a de recrudescer as normas de trânsito e, conseqüentemente, reduzir os acidentes ocasionados por motoristas embriagados. No entanto, a ausência de técnica legislativa fez com que a norma se tornasse inaplicável frente ao Estado Democrático de Direito. Não poderá o agente, salvaguardado por um direito fundamental (direito de não-autoincriminação), ser penalizado pelo seu exercício.

## 1.2. O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – EVOLUÇÃO DO TEMA

Originalmente, a embriaguez ao volante era enquadrada no art. 34 da LCP (Decreto-Lei n. 3.688/41)<sup>23</sup>, que trata da direção perigosa em via pública. Posteriormente, tal conduta foi elevada à categoria de crime com a edição do art. 306 do CTB<sup>24</sup>, restando à figura contravencional a direção perigosa de embarcação em águas públicas e outras formas de direção perigosa de veículo automotor.

Ressalve-se, contudo, respeitável entendimento no sentido de que o CTB derogou tacitamente a contravenção do art. 34 do Decreto-Lei n. 3.688/41, subsistindo apenas para os casos de pilotagem perigosa de embarcação em águas

<sup>22</sup> CALLEGARI, André Luis; LOPES, Fábio Motta. A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal. São Paulo: **Boletim IBCCRIM**, ano 16, n. 191, p.8, out. 2008.

<sup>23</sup> **Art. 34 da LCP:** “Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia. Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.”

<sup>24</sup> **Art. 306 do CTB (antiga redação):** “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

públicas. Comungam desse posicionamento Nogueira<sup>25</sup> e Nucci<sup>26</sup>. Em sentido contrário, Moraes e Smanio<sup>27</sup>, Jesus<sup>28</sup>, Marrone<sup>29</sup>, Costa Silva e Eberhardt<sup>30</sup> lecionam que a contravenção penal subsiste ainda para outras hipóteses de direção perigosa de veículo automotor que não foram contempladas pelo CTB.

Antes da alteração promovida pela Lei n. 11.705/08 no art. 306 do CTB, o crime de embriaguez ao volante configurava-se com a condução de veículo automotor, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

A natureza jurídica do delito em análise era controvertida na doutrina. Capez e Gonçalves<sup>31</sup>, Jesus<sup>32</sup>, Stoco<sup>33</sup>, Moraes e Smanio<sup>34</sup> entendiam tratar-se de crime de lesão e de mera conduta. Para esses doutrinadores, o delito de embriaguez ao volante se consumava com a condução de veículo automotor, de maneira anormal, sob a influência de álcool. Desta forma, caberia ao órgão acusador a prova de que o motorista, por estar influenciado pelo álcool, dirigiu de forma anormal, ainda que não expusesse a risco determinada pessoa.

Havia entendimento no sentido de tratar-se de crime de perigo abstrato, exigindo-se, para caracterização dessa figura típica, tão somente a direção de veículo automotor sob influência de álcool ou de substância de efeitos análogos. O perigo aqui era presumido. Comungava desse entendimento Rocha<sup>35</sup>.

Por fim, outros consideravam o crime de perigo concreto, em que era necessária a comprovação de que o comportamento do condutor, com sua direção

<sup>25</sup> NOGUEIRA, Fernando Célio de Britto. O novo Código de Trânsito revogou as contravenções dos arts. 32 e 34 da LCP?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1739>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1157.

<sup>27</sup> MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 236.

<sup>28</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Crimes de Trânsito: Anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 151.

<sup>29</sup> MARRONE, José Marcos. **Delitos de Trânsito: Aspectos Penais e Processuais do Código de Trânsito Brasileiro: Lei n. 9.503/97**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 68.

<sup>30</sup> COSTA SILVA, Davi André; EBERHARDT, Marcos. **Lei Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 250.

<sup>31</sup> CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 43.

<sup>32</sup> JESUS, op. cit., p. 170.

<sup>33</sup> STOCO, Rui. Código de Trânsito: disposições penais e suas incongruências. **Boletim IBCCRIM**, ano 61, dez. 1997.

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 239.

<sup>35</sup> ROCHA apud JESUS, op. cit., p. 170.

anormal, expusesse a risco a segurança de outrem. Afiliavam-se a esse entendimento Pires e Sales<sup>36</sup> e Bitencourt.<sup>37</sup>

Esse, aliás, era o entendimento do STJ, conforme se verifica no excerto:

O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. No caso, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual se impõe a absolvição do réu recorrente. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 608.078/Rio Grande do Sul**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Juarez Pessi Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, j. 16/08/2004)

Com o advento da “Lei Seca”, o art. 306 do CTB<sup>38</sup> sofreu substanciais modificações em sua estrutura típica. Em sua nova conformação houve a substituição da expressão “sob a influência de álcool” pela “com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas”.

Como se vê, a propalada “tolerância zero” quanto à alcoolemia no trânsito somente existe em relação à infração administrativa descrita no art. 165 do CTB, e não ao ilícito penal, o qual admite tolerância.<sup>39</sup> Além disso, a atual figura típica não faz qualquer menção à situação de perigo outrora exigida, o que pode levar a crer que o delito passou a ser de perigo abstrato.

A atual redação do dispositivo em análise estabelece que a mera condução de veículo automotor, em via pública, com concentração de seis ou mais decigramas de álcool por litro de sangue ou sob influência de substâncias psicoativas já é suficiente para consumação do delito.

<sup>36</sup> PIRES e SALES apud JESUS, Damásio Evangelista de. **Crimes de Trânsito: Anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 169.

<sup>37</sup> BITENCOURT apud JESUS, Ibid., p. 169.

<sup>38</sup> **Art. 306 do CTB (nova redação)**: “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

<sup>39</sup> REGHELIN, Elisângela Mello. O “novo e multifacetado” artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de Perigo. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.) **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38.



A partir de então, passou a se discutir se basta a constatação de seis decigramas de álcool por litro de sangue ou se é necessário, ainda, que o agente esteja influenciado por esta substância, isto é, dirigindo de forma anormal.

Como abordado no tópico anterior, para caracterização da infração administrativa faz-se necessário que o motorista dirija “sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Já no âmbito do direito penal, a situação é outra, pois aqui é necessária a comprovação da quantidade de álcool por litro de sangue para perfectibilização do delito.

Percebe-se, portanto, que o legislador é mais rigoroso na seara administrativa. Por essa razão, a doutrina pátria tem se insurgindo com essa nova técnica de tipificação legislativa. Discorrendo sobre o assunto, Gomes leciona:

Não se pode nunca confundir a infração administrativa com a penal. Aquela pode ter por fundamento o perigo abstrato. Esta jamais. O Direito penal atual, fundado em bases constitucionais, é dotado de uma série de garantias. Dentre elas está a da ofensividade, que consiste em exigir, em todo crime, uma ofensa (concreta) ao bem jurídico protegido. Constitui grave equívoco interpretar a lei seca “secamente”. Não há crime sem condução anormal. A prisão em flagrante de quem dirige normalmente é um abuso patente, que deve ser corrigida prontamente pelos juízes.<sup>40</sup>

Acerca do tema, Costa Silva e Eberhardt esclarecem que a situação de perigo causada pela conduta continua sendo o “divisor de águas” entre a infração administrativa e a penal. Ressaltam, ainda, que esta é a única forma de manter o direito penal em seu verdadeiro lugar – *ultima ratio*. Caso contrário, estar-se-ia admitido a responsabilidade penal sem culpa, o que não é admitido no direito penal.<sup>41</sup>

No mesmo sentido, posiciona-se Lopes defendendo a idéia de que se a infração administrativa (que é o menos) exige a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, mais razão há para que se exija tal premissa na infração penal:

---

<sup>40</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei seca (Lei 11.705/2008): exageros, equívocos e abusos das operações policiais**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2010.

<sup>41</sup> COSTA SILVA, Davi André; EBERHARDT, Marcos. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 253.

Assim, em uma interpretação sistemática do CTB, deve-se chegar à conclusão de que essa exigência deve ser feita no crime de embriaguez ao volante. Se para a configuração da infração administrativa deve o motorista estar sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância entorpecente, não haveria razão lógica para se exigir, com relação ao crime de embriaguez ao volante situação mais grave que a transgressão administrativa, tão somente a presença de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. É necessário que, além dessa quantidade mínima, o uso do álcool ou das substâncias de efeitos análogos causem, efetivamente, alterações no comportamento do condutor, retirando-lhe, por exemplo, o senso de decisão quando estiver na direção de veículo automotor, fazendo com que dirija de maneira anormal.<sup>42</sup>

Mais uma prova dessa atecnia legislativa foi o tratamento diferenciado dado pelo legislador no caso de ingestão de bebida alcoólica e de outra substância psicoativa que determine dependência. Na primeira hipótese, basta concentração de álcool por litro de sangue no patamar descrito em lei, independente do agente estar influenciado por essa substância, ao passo que, no caso de uso de substância psicoativa, é necessária a “influência”, não se exigindo níveis de concentração sanguínea como parâmetro.

As incoerências legislativas são facilmente perceptíveis quando da leitura pura e simples da Lei n. 11.705/08, pois, como referido anteriormente, o crime de embriaguez ao volante, de acordo com nova redação, dispensa a influência de álcool para tipificação do delito, enquanto que o art. 7 da lei mencionada, acrescentando o art. 4-A à Lei n. 9.294/96, dispõe que “na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de forma legível e ostensiva de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção”.

Observe-se que a própria Lei n. 11.705/08 ora exige a influência do álcool para configuração do crime de embriaguez ao volante, outrora dispensa tal influência.

Melhor seria que o legislador tivesse mantido a antiga redação do art. 306 do CTB, pois, como se verá a seguir, a necessidade de comprovação da quantidade de seis decigramas de álcool por litro de sangue e a dispensa da influência de tal

---

<sup>42</sup> LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46/47.

substância constituem um óbice para tipificação do delito, conduzindo à impunidade dos infratores e ao descrédito da lei.

Por seu turno, dispõe o parágrafo único do atual art. 306 do CTB que “o Poder Executivo Federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”. O art. 2º do Decreto n. 6.488/08<sup>43</sup> veio regulamentar a situação fixando a equivalência entre o exame de sangue (concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue) e o etilômetro (três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões).

As falhas legislativas deverão ser interpretadas de acordo com princípios consagrados constitucionalmente, sob pena de prisões e condenações arbitrárias. Não se pode conceber que alguém seja responsabilizado criminalmente por dirigir embriagado, sem ao menos expor a dano potencial a coletividade.<sup>44</sup> A questão poderá ser resolvida no âmbito do direito administrativo, sem banalizar o direito penal.

Por fim, ressalte-se, ainda, que o tipo penal impõe sanção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos de detenção ao infrator, sujeitando-o, inclusive, à prisão em flagrante. Comentando sobre o tema, Callegari conclui que “[...] num País em que o sistema penitenciário é caótico, faltam milhares de vagas, o legislador propõe mais uma forma de ingresso naquele sistema.”<sup>45</sup>

### **1.3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ATUAL ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO FRENTE AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE**

Conforme explanado no tópico anterior, a norma penal incriminadora descrita no art. 306 do CTB, de acordo com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei n.

<sup>43</sup> **Art. 2 do Decreto n. 6.488/08:** “Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei n. 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.”

<sup>44</sup> LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

<sup>45</sup> CALLEGARI, André Luís. Delito de Perigo Abstrato: Um retrocesso no Código de Trânsito Brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 189, p. 14, ago. 2008.

11.705/08, não faz qualquer menção à situação de perigo outrora exigida, o que pode levar a crer que o delito passou a ser de perigo abstrato.

No entanto, não é de hoje a discussão sobre a recepção dessa categoria de delitos frente a um Estado Democrático de Direito em que somente se admite a incriminação de condutas que efetivamente lesem bens jurídicos determinados.

Inicialmente, é imperioso estabelecer uma breve distinção entre os delitos de perigo concreto e os de perigo abstrato. Nos primeiros é necessária a comprovação de que o bem jurídico protegido pela norma foi exposto a uma situação real de risco, enquanto que nos segundos há uma presunção absoluta (*juris et de jure*) da existência dessa situação de risco.

Distinguindo os delitos de perigo abstrato e concreto, Bitencourt esclarece que:

[...] O perigo, nesses crimes, pode ser concreto ou abstrato. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade da superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.<sup>46</sup>

Hodiernamente, no Brasil tornou-se uma prática comum a criação de normas penais incriminadoras que sequer causem lesão ou perigo concreto de lesão a bens jurídicos. A opção legislativa pela elaboração dessas normas jurídicas corresponde, nas palavras de Callegari, a uma “antecipação das barreiras de punição”<sup>47</sup>, em que o legislador, dada a relevância do bem jurídico, busca antecipar sua proteção com base nos chamados delitos de perigo abstrato.

Contudo, há uma forte corrente doutrinária que entende que a criminalização de condutas que apenas abstratamente põe em risco o bem juridicamente tutelado vão de encontro aos ditames constitucionais. Assim, discute-se a constitucionalidade da norma descrita no art. 306 do CTB, no caso de classificá-la como delito de perigo abstrato, por ferir os princípios da ofensividade ou lesividade, da subsidiariedade do

---

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1: parte geral. p. 224.

<sup>47</sup> CALLEGARI, André Luís. Delito de Perigo Abstrato: Um retrocesso no Código de Trânsito Brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 189, p. 14, ago. 2008.

Direito Penal, da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana, da taxatividade, dentre outros, além, é claro, do Estado Democrático de Direito.

Neste prisma, Delmanto assinala a insustentabilidade dos delitos de perigo abstrato em um Estado Democrático de Direito:

[...] Quanto aos crimes de perigo abstrato, equiparáveis à mera desobediência de uma norma penal, entendemos que em um Estado de Direito Democrático eles não se justificam e tampouco se sustentam, em face dos postulados constitucionais da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade ou razoabilidade entre conduta e resposta penal (ínsitos ao conceito de substantive *due process of law*). Verifica-se, assim, que a mera subsunção do fato ao tipo penal não basta à caracterização do injusto penal, devendo sempre indagar acerca da antijuridicidade material, a qual exige efetiva lesão ou ameaça concreta de lesão ao bem juridicamente protegido, requisitos esses que constituem verdadeiro pressuposto para caracterização do injusto penal.<sup>48</sup>

Na mesma perspectiva são os dizeres de Zaffaroni e Pierangeli ao discorrer sobre a importância do bem jurídico:

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de telos, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura “jurisprudência de conceitos”.<sup>49</sup>

Consoante o princípio da ofensividade ou lesividade, para que uma conduta seja elevada à categoria de crime é imprescindível que o bem jurídico penalmente protegido seja exposto, ao menos, a uma situação concreta de perigo de dano. Com base nisso, muitos doutrinadores têm sustentado a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, argumentando que, em um Estado Democrático de

<sup>48</sup> DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, parte geral, p. 439.

Direito, a intervenção penal somente se justifica quando o bem jurídico seja exposto a perigo real de dano.

Segundo Bitencourt, tal princípio tem dupla função no Direito Penal. A uma, de servir como orientação à atividade legiferante, em que, quando da criação da norma penal incriminadora, o Estado deve ater-se a exigência de que o comportamento coloque efetivamente o bem jurídico a perigo de dano. A duas, de servir como critério interpretativo, em que o intérprete, no caso concreto, deve verificar a lesão ou risco concreto de lesão ao bem penalmente protegido.<sup>50</sup>

De outro lado, há quem sustente que o princípio da ofensividade ou lesividade não pode ser óbice para criação de delitos de perigo abstrato. Segundo esses autores, a ofensividade deve ser empregada para afastar condutas incapazes de colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma. Entretanto, não tem o condão de afastar comportamentos que tem probabilidade de causar lesão à coletividade.

Sobre a legitimidade do crime de perigo abstrato, assim se manifesta Cabette:

Há que se concordar que a criação arbitrária pelo legislador de infrações penais para condutas que não selam nem criam perigo a bens jurídicos é inadmissível. Mas, também não se pode deixar de reconhecer que há condutas que por si sós representam perigo a bens jurídicos, dispensando a análise casuística por sua notoriedade. Parece-nos que esse é o atual limite estreito de admissibilidade dos chamados “crimes de perigo abstrato”, na falta de melhor terminologia.

Será que alguém ainda tem dúvida de que dirigir sob o efeito de álcool ou substância psicoativa é perigoso?

Comprovada a embriaguez ao volante, é ainda necessário provar que havia perigo concreto? Esse perigo é fato notório, comprovado estatisticamente pelos milhares de casos de acidentes de trânsito com prejuízos para a vida, a integridade física, a saúde e o patrimônio de uma infinidade de pessoas.<sup>51</sup>

Comentando sobre os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, Capez reconhece que o princípio da ofensividade ou lesividade não pode afastar a criação de delitos de perigo abstrato, pois tal lesividade está “ínsita em determinados comportamentos”. Mais adiante, ressalta o mesmo autor que “exigir o perigo

<sup>50</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1: parte geral. p. 22.

<sup>51</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Álcool e volante. Até quando é preciso provar o que é notório? **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11503>>. Acesso em: 12 out. 2010.

concreto e comprovado, para tais infrações, implica tolerar a prática de comportamentos perniciosos e ameaçadores à sociedade”.<sup>52</sup>

Nessa perspectiva, o autor conclui o seguinte:

Em suma, entendemos que a ofensividade ou lesividade é um princípio que deve ser aceito, por se tratar de princípio constitucional do direito penal, diretamente derivado do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III). Sua aplicação, no entanto, não pode ter o condão de abolir totalmente os chamados crimes de perigo abstrato, mas tão somente temperar o rigor de uma presunção absoluta e inflexível.<sup>53</sup>

Gomes, por seu turno, entende que a utilização de crimes de perigo abstrato é incompatível com a nova ordem constitucional, sendo típica de regimes autoritários ou totalitários. Contudo, alega que se trata de uma forma antecipada de proteger bens jurídicos importantes consiste em punir penalmente o sujeito que coloca em risco a segurança viária (lesão ao bem jurídico coletivo e perigo concreto indeterminado para bens jurídicos pessoais). Mais adiante, o mesmo autor conclui que “[...] só resta concluir que a melhor (e mais acertada) interpretação ao atual art. 306 consiste em admitir que o “estar sob a influência de álcool” é um requisito típico implícito impreterível”.<sup>54</sup>

Apesar de o legislador, em diversas ocasiões, utilizar-se dos denominados crimes de perigo abstrato para criminalizar condutas, o embate sobre a constitucionalidade dessa categoria de delitos é grande no mundo acadêmico.

---

<sup>52</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4, p. 372.

<sup>53</sup> CAPEZ, *Ibid.*, p. 373.

<sup>54</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Embriaguez ao Volante (Lei 11.705/08): exigência de perigo concreto indeterminado**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2010.

#### 1.4. UMA ANÁLISE DA “LEI SECA” SOB O PRISMA DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Em matéria criminal, a regra é a irretroatividade da lei penal. Contudo, se a norma penal mostrar-se mais benéfica ao acusado, poderá retroagir em seu favor. Assim, dispõe o art. 5º, inciso XL da CRFB<sup>55</sup> e art. 2º, parágrafo único do CP<sup>56</sup>.

Destarte, se a lei nova der tratamento mais favorável ao agente, deverá ser aplicada aos fatos ocorridos antes de sua vigência, mesmo que decididos por sentença penal condenatória transitada em julgado.

Como referido anteriormente, o CTB, a partir das inovações trazidas pela “Lei Seca”, passou a exigir que o condutor esteja com concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue para perfectibilização do delito de embriaguez ao volante ou, em caso de aferição por etilômetro, de três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Considerando que a novel legislação exige prova de quantidade mínima de álcool por litro de sangue, passou a se discutir se tal situação retroagirá para beneficiar os acusados que estão sendo processados criminalmente ou que já houverem sido condenados pelo delito em comento, sem que pudesse se afirmar, peremptoriamente, a concentração de álcool por litro de sangue.

Por certo, a atual redação do art. 306 do CTB tornou atípica a conduta do motorista que esteja com concentração de álcool por litro de sangue inferior a descrita em lei. Neste prisma, a despeito da intenção do legislador ser a de instituir a política de “tolerância zero” e impor penalidades mais severas ao condutor que dirigir embriagado, a nova lei mostra-se mais benéfica ao agente, ao menos no aspecto penal, devendo, portanto, retroagir em seu favor.

Destarte, todos acusados que estão sendo processado pelo crime de embriaguez ao volante ou que já houverem sido condenados por sentença transitada em julgado, sem que houvesse prova da concentração mínima de álcool por litro de sangue, deverão ser beneficiados pelo referido ditame.

---

<sup>55</sup> **Art. 5º, inciso XL da CRFB:** “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

<sup>56</sup> **Art. 2º, parágrafo único do CP:** “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”



Aliás, este vem sendo o posicionamento adotado pelo TJRS, conforme se verifica dos excertos que seguem:

Apelação Crime. Delito de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB). A Lei 11.705/08, ao dar nova redação ao artigo 306 da Lei 9.503/97, descriminalizou a conduta de dirigir veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue inferior a 06 decigramas, bem como passou a exigir comprovação material de dita concentração. Instruem o feito, apenas, exames clínicos, os quais, muito embora atestem o estado de embriaguez alcoólica do réu, não mais se prestam a comprovar a embriaguez, nos termos hoje exigidos. Ausência de materialidade. Decisão mantida. Apelo ministerial improvido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70037055316/Tapejara. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Genésio Antônio Kusz. Relator: Newton Brasil Leão, j. 16/10/10)

Apelação crime. Artigo 306 Da Lei 9.503/97. Exame Clínico. Decisão Absolutória. Pretensão à Modificação. Não-Indicação Nos Autos Do Teor Alcoólico. Alteração Pela Lei 11.705/08. Ausência De Comprovação De Um Dos Elementos Do Tipo Penal.

No caso dos autos, a embriaguez do apelante foi atestada por meio de exame clínico, sem que tivesse ocorrido o exame de sangue hábil a atestar a quantidade de álcool no corpo do agente ou o teste do bafômetro.

Desta forma, em não sendo possível afirmar peremptoriamente que o acusado possuía “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas” ou o equivalente previsto no Decreto 6.488/08, por seu art. 2º, incisos I e II, que regulamentou os artigos 276 e 306 da Lei nº 9.503/97, não há como comprovar-se a materialidade necessária a ensejar uma persecução penal, visto que o elemento objetivo do tipo penal não restou demonstrado nos autos.

**APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA.** (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70029913159/Arroio do Tigre. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Claudiomiro Westphalen. Relator: Desembargadora Laís Rogéria Alves Barbosa. j. 20/08/2009)<sup>57</sup>

Observe-se que a “Lei Seca”, que tem por objetivo punir mais eficazmente o motorista que conduzir veículo automotor embriagado, acabou por proporcionar absolvição de diversos os réus que, amparados pela garantia constitucional da não-autoincriminação, se negaram a realização de exames para atestar o grau de alcoolemia, posto que, agora, para subsunção da figura típica, exige-se a prova material da existência de, no mínimo, seis decigramas de álcool por litro de sangue.

<sup>57</sup> **No mesmo sentido:** RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 70036699130/Parobé.** Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Abedilio Gross. Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel. j. 19/08/10; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime 70024630865/Bagé.** Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Orvandino Teixeira Gomes. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. j. 17/10/08.

Assim, ainda que o condutor tivesse sido flagrado sob a influência de álcool e tal situação restasse comprovada por exames clínicos e/ou prova testemunhal, para maioria doutrinária e jurisprudencial, inviável classificar sua conduta na atual redação do art. 306 do CTB. Isso porque uma das elementares do tipo, qual seja, concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue, não restará suficientemente provada sem que haja aferição por exame de sangue ou por etilômetro.

No que tange à retroatividade benéfica da norma descrita no art. 306 do CTB, vale reproduzir a lição de Marcão:

[...] a nova redação do art. 306 é mais benéfica que a redação anterior em relação ao réu que responde criminalmente pela conduta em comento, pois cria obstáculo à configuração do ilícito, estabelecendo elementar antes não prevista.

Por força do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, a lei posterior benéfica deve retroagir em favor do réu.

Diante de tal quadro, as investigações criminais em andamento relacionadas com o delito de embriaguez ao volante e os processos penais em curso, onde não se fez prova técnica ou, onde, ainda que feita, não se apurou presença de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, estão fadadas ao insucesso.<sup>58</sup>

## **1.5. OS REFLEXOS PENAIS DA “LEI SECA” NA MAJORANTE DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**

Originalmente, o CTB não contemplava a embriaguez ao volante como causa de aumento de pena ao motorista que praticasse homicídio ou lesão corporal culposa no trânsito.

Essa majorante foi incluída pela Lei n. 11.275/06, de modo que a pena dos delitos de homicídio e de lesão corporal culposos na direção de veículo automotor sofria um aumento de pena de 1/3 (um terço) à 1/2 (metade) se o agente “estivesse sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos”.

---

<sup>58</sup> MARCÃO, Renato. Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11454>>. Acesso em: 7 nov. 2010.

Com o advento da Lei n. 11.705/08, tal causa de aumento de pena restou revogada. A despeito da intenção legislativa de recrudescer as normas de trânsito e de impor penalidades mais severas ao condutor que dirigir sob influência de álcool, a norma penal acabou por beneficiar todos agentes que embriagados praticaram homicídio ou lesão culposa no trânsito.

Isso porque, em consonância como princípio da consunção (absorção), é inadmissível o concurso de crimes entre homicídio ou lesão culposa no trânsito com a embriaguez ao volante, uma vez que o crime de dano (homicídio ou lesão corporal) absorve o crime de perigo (embriaguez ao volante).<sup>59</sup>

Acredita-se, contudo, que a pretensão do legislador, ao excluir a causa de aumento de pena decorrente embriaguez, era a de estabelecer um concurso de crimes entre homicídio ou lesão corporal culposa no trânsito e a embriaguez ao volante. No entanto, como dito linhas atrás, tal concepção esbarra no entendimento já pacificado de que o crime de dano absorve o crime de perigo.

Sabe-se que há diversos julgados reconhecendo o concurso de crimes entre tais infrações, sob o argumento de que ofendem bens jurídicos distintos. Entretanto, ainda que se entenda que o objeto jurídico do delito de embriaguez ao volante seja a segurança viária, secundariamente, está se protegendo à vida e à saúde.<sup>60</sup> Lopes conclui que “não existe como pensar em proteção à segurança no trânsito sem que se busque a preservar, em última análise, a vida (bem tutelado no art. 302 do CTB) e integridade física das pessoas (bem tutelado no art. 303 do CTB).”<sup>61</sup> Desta forma, o melhor entendimento nos leva a acreditar que os crimes de dano absorvem os delitos de perigo.

Desta forma, em virtude da nova norma mostrar-se mais benéfica (*novatio legis in melius*) deve retroagir para beneficiar todos motoristas que estejam respondendo a processos criminais ou que já tenham sido condenados, ainda que por sentença penal transitada em julgado.

---

<sup>59</sup> Nesse sentido: COSTA SILVA, Davi André; EBERHARDT, Marcos. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 237; LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 54; NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: 2009, p. 1136.

<sup>60</sup> Para CAPEZ e GONÇALVES, o objeto jurídico principal do delito de embriaguez ao volante é a segurança viária, sendo o direito à vida e à saúde, a objetividade jurídica secundária.

<sup>61</sup> LOPES, op. cit., p. 54.

Ademais, dentre as inovações promovidas pela “Lei Seca” no CTB, está a aplicação das medidas despenalizadoras da composição civil de danos e da transação penal, bem como da representação ao crime de trânsito de lesão corporal culposa, desde que o agente não esteja “sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” nos termos do art. 291, § 1º, inciso I do CTB.<sup>62</sup>

Em regra, a lesão corporal culposa no trânsito é considerada infração de menor potencial ofensivo nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95<sup>63</sup>, sendo a ação penal condicionada à representação do ofendido e admitida aplicação da composição dos danos civis e da transação penal. No entanto, se o crime decorrer de embriaguez ao volante, a ação penal será pública incondicionada, não será oportunizado o benefício dos institutos despenalizadores e será instaurado inquérito policial, conforme dispõe o §2º do art. 291 do CTB.<sup>64</sup>

Costa Silva e Eberhardt aduzem que a transação penal tem amparo constitucional (art. 98, I da CRFB)<sup>65</sup>, motivo pelo qual não poderá o legislador ordinário afastar sua incidência dos crimes de menor potencial ofensivo. Desta forma, concluem que cabe ao Judiciário efetivar o controle de constitucionalidade a fim de possibilitar a transação penal no delito de lesão corporal culposa no trânsito.<sup>66</sup>

Frente às exposições conclui-se que o legislador brasileiro, mais uma vez, laborou em equívoco, criando normas jurídicas em total descompasso com a sistemática jurídica vigente e o próprio espírito da lei.

---

<sup>62</sup> **Art. 291 do CTB:** “[...] §1º - Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 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.”

<sup>63</sup> **Art. 61 da Lei n. 9.099/95:** “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

<sup>64</sup> **Art. 291 do CTB:** “[...] §2º - Nas hipóteses previstas no §1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.”

<sup>65</sup> **Art. 98 da CRFB:** “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”

<sup>66</sup> COSTA SILVA, Davi André; EBERHARDT, Marcos. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 240-241.

## 2. A MATERIALIDADE DELITIVA DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE:

Antes das alterações introduzidas pela Lei n. 11.705/08, a comprovação da materialidade delitiva do crime de embriaguez ao volante era obtida por testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitissem atestar seu estado nos termos do art. 277 do CTB.<sup>67</sup>

Entretanto, se o motorista se recusasse a se submeter aos testes, exames e perícia, conforme o disposto na redação anterior do art. 227, § 2º do mesmo diploma<sup>68</sup>, a infração poderia se caracterizar mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de fiscalização acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

De acordo com esse dispositivo, caso o condutor não se submetesse aos exames, posto que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), a prova da materialidade delitiva poderia ser realizada por outros meios prova em direito admitidos. Desta forma, o próprio agente de fiscalização de trânsito poderia atestar a existência da infração.

A nova redação do art. 306 do CTB passou a exigir que o motorista esteja com concentração igual ou superior a seis decigramas ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência para configuração da figura típica.

Além disso, a atual redação do §3º do art. 277 do CTB<sup>69</sup> dispõe que, em caso de recusa do condutor a se submeter aos exames descritos do *caput* do dispositivo, serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do mesmo diploma.

---

<sup>67</sup> **Art. 277 do CTB:** “Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.”

<sup>68</sup> **Art. 277, §2 do CTB (antiga redação):** “No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no *caput* deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.”

<sup>69</sup> **Art. 277, §3º do CTB:** “Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.”

A partir daí, discute-se as formas de comprovação da materialidade delitiva do crime de embriaguez ao volante frente às modificações introduzidas pela Lei n. 11.705/08, bem como a obrigatoriedade do agente realizar coleta de sangue ou de soprar o bafômetro.

## **2.1. OS TESTES DE ALCOOLEMIA – AS (NOVAS) FORMAS DE COMPROVAÇÃO DO DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE FRENTE À LEI N. 11.705/08.**

A Lei n. 11.705/08, dando nova redação ao art. 306 do CTB, ocasionou mudanças significativas no campo probatório. Isso porque o legislador inseriu uma nova elementar objetiva no delito em comento, o que, para maioria doutrinária e jurisprudencial, acabou por restringir a incidência da norma penal incriminadora somente aos casos em que comprovada a concentração mínima de álcool por litro de sangue.

Antes da reforma ao referido diploma legal, não era necessária a comprovação de dosagem mínima de álcool por litro de sangue para caracterização do delito, bastando apenas a condução de veículo automotor em via pública, sob a influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. De acordo com essa redação, a prova da materialidade delitiva poderia se dar por meio de exame de sangue, teste em aparelho alveolar pulmonar (etilômetro), exame clínico ou prova testemunhal.

Entretanto, com a inserção da quantidade mínima de seis ou mais decigramas de álcool por litro de sangue, o legislador acabou limitando os meios de prova em direito admissíveis. Logo, um simples exame clínico não pode comprovar objetivamente a quantidade de álcool no organismo do motorista.

Conforme o Decreto n. 6.488/08, que regulamentou o art. 306 do CTB, a comprovação da embriaguez pode ser feita através de exame de sangue ou de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar auferido por meio do etilômetro (comumente chamado de bafômetro).

Diante dessa nova elementar típica, sobreveio a necessidade de realização de exame pericial (exame de sangue ou teste de ar alveolar pulmonar) para

caracterização do delito de embriaguez ao volante. A ausência de comprovação por meio técnico impossibilita precisar a dosagem de álcool no organismo do motorista e, por conseqüência, inviabiliza a incidência da norma penal incriminadora. Nessa perspectiva, importante a lição de Cabette:

Portanto, na atualidade, não bastará a mera constatação da “influência de álcool”, nem mesmo da embriaguez do condutor por outros meios de prova ou até mesmo pelo exame pericial médico – legal clínico. Isso porque em nenhum desses procedimentos é possível aferir o grau de concentração de álcool no sangue, imprescindível para a caracterização da infração em destaque na atual conformação legal.

Para a comprovação de infração ao artigo 306, CTB, devido ao álcool, mister se faz atualmente o exame químico – toxicológico de sangue e/ou teste por aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), ou seja, exames e testes que determinam com segurança a taxa de alcoolemia, cujas respectivas equivalências estão definidas no art. 2º, I e II, do Decreto 6488/08, nos termos do artigo 306, Parágrafo Único, CTB.<sup>70</sup>

Na mesma perspectiva, manifesta-se Castro:

[...] O legislador vinculou o sucesso da pretensão acusatória e da própria coisa julgada condenatória aos midiáticos exames de alcoolemia (sangue) ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro, conhecido por bafômetro) [...].<sup>71</sup>

Observe-se que o STF, em decisão liminar proferida em sede de *habeas corpus*, manifestou-se pela necessidade de prova técnica para comprovação do delito em comento, conforme se verifica da decisão abaixo:

[...] O tipo previsto no art. 306 do CTB requer, para sua realização, concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue. Parece-me evidente que a imputação delituosa há de ser feita somente quando comprovado teor alcoólico igual ou superior ao previsto em lei. Ora, não tendo sido realizado o teste do “bafômetro”, falta, obviamente, a certeza da satisfação desse requisito,

<sup>70</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras Impressões sobre as inovações do Código de Trânsito. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11452&p=3>>. Acesso em: 12 out. 2010.

<sup>71</sup> CASTRO, Cássio Benvenuti de. **Retroatividade secundum eventum probationis do novo artigo 306 do CTB**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

necessário, repita-se, à configuração típica [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 100.472**. Paciente: Yuri Guimarães Carneiro. Impetrante: Antônio Lazaro Martins Neto e Outros. Coator: Presidente de Superior Tribunal de Justiça. Ministro Eros Grau, Brasília, j. 27/08/09)

Malgrado a decisão da Suprema Corte, a Quinta Turma do STJ, em acórdão proferido em sede de *habeas corpus*, denegou ordem de trancamento da ação penal intentada sem a comprovação de que o motorista estivesse com a dosagem alcoólica descrita em lei. Segundo o Ministro Relator Félix Fischer, a realização de perícia para caracterização do crime de embriaguez ao volante torna-se imprescindível. Todavia, ressalva que, em diversas comarcas não se dispõe de equipamentos necessários para medir o grau de alcoolemia ou o condutor não se dispõe a realizar aos testes de alcoolemia. Nesses casos, entende o Relator que, de acordo com preceitos de medicina legal, é possível a utilização de outros meios de prova (testemunhas ou exames clínicos), conforme se verifica do excerto que segue:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CTB. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL. COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ. EXAME DE ALCOOLEMIA NÃO REALIZADO POR AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTOS NA COMARCA. REALIZAÇÃO DE EXAME CLÍNICO.

I – O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup>, Min.<sup>a</sup>. Cármem Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Brito, DJU de 17/11/2006). Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal.

II – Para comprovação do crime do art. 306 do CTB, o exame de alcoolemia somente pode ser dispensado, nas hipóteses de impossibilidade de sua realização (ex: inexistência de equipamentos necessários na comarca ou recusa do acusado a se submeter ao exame), quando houver prova testemunhal ou exame clínico atestado indubitavelmente (prontamente perceptível) o estado de embriaguez. Nestas hipóteses, aplica-se o art. 167 do CPP.

III – No caso concreto, o exame de alcoolemia não foi realizado por inexistência de equipamento apto na comarca, e não houve esclarecimento da razão pela qual não se fez o exame de sangue. Entretanto, foi realizado exame clínico. Desta forma, considerando que não houve a produção de



prova em sentido contrário, é demasiadamente precipitado o trancamento da ação penal.

Ordem denegada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 132.374/MS**. Impetrante: João Neves Mendonça. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Paciente: Odair Luiz Alves. Relator: Ministro Félix Fischer, Brasília, j. 06/10/09).<sup>72</sup>

Gomes e Maciel, em uma abordagem crítica à decisão do STJ, entendem que não cabe ao Judiciário, a pretexto de resolver a impunidade decorrente das deficiências estruturais da administração ou da péssima técnica legislativa, ignorar os direitos e garantias fundamentais.<sup>73</sup>

Em sentido contrário às decisões da Quinta Turma, manifestou-se a Sexta Turma daquela Corte que, por unanimidade, concedeu ordem de *habeas corpus* para trancamento da ação penal em virtude da ausência de prova técnica (exame de sangue ou teste do bafômetro):

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.

1. Antes da edição da Lei n. 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.

2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não pode se presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas.

3. Essa comprovação, conforme o Decreto n. 6.488 de 19.06.09 pode ser feita de duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.

4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de

<sup>72</sup> No mesmo sentido manifestou-se a Quinta Turma do STJ nos seguintes excertos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 26.432**. Recorrente: Rogério Freire de Oliveira. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, j. 19/11/2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 150.445/PB**. Impetrante: André Luiz Macedo Pereira da Costa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Paraíba. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, j. 18/02/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 151.087/SP**. Impetrante: Wagner Ribeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, j.18/03/2010.

<sup>73</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14396>>. Acesso em: 12 out. 2010.

conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.

5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.

6. Ordem concedida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 166.377/SP**. Impetrante: Francisco de Paula Bernardes Júnior e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro OG Fernandes, Brasília, j. 10/06/10).<sup>74</sup>

Em recente julgado, a Quinta Turma do STJ reafirmou a possibilidade de processar e julgar o acusado pelo delito de embriaguez ao volante sem que tenha havido prova técnica (exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar). Vejamos:

HABEAS CORPUS. ART. 306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE OU CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL OU SUBSTÂNCIA DE EFEITOS ANÁLOGOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. FALTA DE EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO (PROVA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NA CORRENTE SANGUÍNEA POR EXAME PERICIAL). ATIPICIDADE DA CONDUTA DO PACIENTE, ANTE A AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA, POR FALTA DE REPRESENTAÇÃO OPORTUNA DAS VÍTIMAS. DOSIMETRIA: PENA-BASE FIXADA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO QUE NÃO SÃO INTRÍSECAS AO TIPO PENAL. ORDEM DENEGADA

1. Segundo o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, configura-se o crime de embriaguez ao volante ou de condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos se o motorista "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".

2. Demonstrado pelas competentes vias administrativas que a concentração alcoólica no sangue do condutor de veículo automotor é superior àquela que a lei proíbe, resta configurado o crime de embriaguez ao volante, o qual, segundo a melhor jurisprudência, é crime de perigo abstrato, "cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública, e o sujeito passivo, a coletividade." (STF, RHC 82.517/CE, 1.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 21/02/2003).

3. "A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso

<sup>74</sup> No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1113360/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Fábio Prado. Relator: Ministro OG Fernandes, Brasília, j. 28/09/10.

concreto." (STJ, RHC 26.432/MT, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/02/2010). Ainda que assim não o fosse, há notícias nos autos de que o Paciente submeteu-se a exame de sangue, cujo resultado não há como se inferir dos documentos juntados aos autos pela Defesa.

4. O delito de condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos é de ação penal pública incondicionada, independente, portanto, de representação das vítimas. Impropriedade da alegação de decadência.

5. Na primeira fase da dosimetria da pena, é correto o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal, se a justificativa é baseada em fatos concretos e não intrínsecos ao tipo penal. No caso, as lesões corporais causadas em duas pessoas não podem ser consideradas como ordinariamente inerentes ao delito de embriaguez ao volante.

6. Ordem denegada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 117230/RS**. Impetrante: Hilton Rogério Ferreira Vaz. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Laurita Vaz, Brasília, j. 23/11/10).

Ressalve-se, contudo, que o Eminentíssimo Ministro Napoleão Maia Filho, em sede de REsp 1.111.566-DF<sup>75</sup>, submeteu tal controvérsia à Terceira Seção, composta por ministros da Quinta e Sexta Turma, a fim de que seja uniformizado o entendimento sobre a matéria.

Apesar dos intensos debates suscitados em torno do tema, o TJDFT vem majoritariamente se posicionando no sentido de que a nova redação dada ao art. 306 do CTB acrescentou uma nova elementar típica para configuração do crime, qual seja, concentração mínima seis decigramas de álcool por litro de sangue. Destarte, a caracterização do delito depende da realização de prova técnica acerca do teor alcoólico no sangue do motorista.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.111.566/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal. Paciente: Edson Luiz Ferreira. Relator: Ministro Napoleão Maia Filho, Brasília, j.09/11/10.

<sup>76</sup> Nesse sentido: DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 2009.04.1.001275-9**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Júlio Cesar Pereira de Queiroz. Relator: Desembargador Edson Alfredo Smanioto, Brasília, j. 28/01/2010; DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 2009.01.1.061534-6**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Wgmar Silva Wolney. Relator: Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, j. 29/07/2010; DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito 2009.01.1.129831-3**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Fábio Carlo Ferreira. Relator: Desembargadora Sandra Santis, Brasília, j. 09/09/2010; DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 20090710058317**. Apelante: Orlando Mendes Araújo. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargadora Leila Arlanch. Brasília, 13/09/2010.

A matéria em questão é controvertida no TJSC, suscitando julgados divergentes, ora posicionando-se pela necessidade de testes de dosagem alcoólica para configuração do delito de embriaguez ao volante<sup>77</sup>, ora pela desnecessidade.<sup>78</sup>

A Primeira e a Terceira Câmara Criminal do TJRS, após as modificações introduzidas pela “Lei Seca” ao delito em análise, vêm se manifestando pela imprescindibilidade de realização de prova técnica para configuração do delito de embriaguez ao volante, conforme se verifica dos seguintes julgados:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE ART. 306 DO CTB. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. LEI N.º 9.503/97. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE UMA DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL. NOVA REDAÇÃO DO ART. 306 DO CTB, PROMOVIDA PELA LEI Nº 11.705/08. De acordo com a nova redação do art. 306, vigente desde a publicação da Lei n.º 11.705/08, a tipicidade do delito de embriaguez ao volante depende da comprovação de que o condutor do veículo esteja dirigindo com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas, o que antes não era exigido. A denúncia foi oferecida sem que fosse demonstrada a concentração de álcool por litro de sangue do acusado, prova técnica que, como referido, passa a ser indispensável diante da mencionada alteração legislativa. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (RSE n.º 70031775067, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. 11/02/2010)

APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE APONTADA TÃO-SOMENTE POR EXAME CLÍNICO. ABSOLVIÇÃO. Não restando provada a real quantidade de álcool no organismo do acusado, impossível a aplicação de qualquer tipo de sanção penal a este, já que a nova disposição do art. 306 do C.T.B. isenta de pena o condutor de veículo automotor sob efeito de até 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. Não provado o elemento objetivo da norma penal, impossível condenar o réu. Apelo ministerial improvido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 70038295952**. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Fabiano Guariglia Sousa. Relator: Desembargador Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, j. 20/10/2010)

<sup>77</sup> Nesse sentido: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso Criminal n. 2010.002837-7**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Izaldo Medeiros. Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco. Santa Catarina, j. 06/08/2010; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2010.057007-2**. Apelante: Jaques Jilmar Moser. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho. Santa Catarina, j. 05/11/ 2010.

<sup>78</sup> Nesse sentido: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2009.007530-3**. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Apelado: Geovani Guisolphi. Relator: Desembargador Irineu João da Silva. Santa Catarina, j. 22/06/2009; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 2010.050172-3**. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Apelado: Valdir Baú. Relator: Desembargador Rui Fortes. Santa Catarina, j. 29/09/2010; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 2010.066517-5**. Impetrante: Fábio Luís Ribeiro. Paciente: Acir José Martins. Relator: Desembargador Túlio Pinheiro. Santa Catarina, j. 04/11/2010.

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306, DO CTB. INEXISTÊNCIA DE PROVA TÉCNICA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. A NOVA REDAÇÃO DA LEI N° 9.503/97 RESTRINGIU A PROIBIÇÃO CONTIDA NO TIPO DO ART. 306, DO CTB, SOMENTE MANTENDO A INCRIMINAÇÃO DA CONDUTA DE DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR QUANDO SE COMPROVE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE IGUAL OU SUPERIOR A 06 DECIGRAMAS, BEM COMO PASSOU A EXIGIR A COMPROVAÇÃO MATERIAL DE DITA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL. DESTARTE, POR SER MAIS BENÉFICA, A NOVA REDAÇÃO DEVE SER APLICADA INCLUSIVE A FATOS ANTERIORES. Assim, inexistindo prova técnica acerca do teor alcoólico no sangue do réu à época do fato, inviável a comprovação da materialidade do delito através de provas indiretas (exame clínico e prova testemunhal), sendo imperativa a rejeição da denúncia ou absolvição sumária. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 70036091213**. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Valmoci Sobroza de Oliveira. Relator: Desembargador Odone Sanguené. Porto Alegre, j. 14/10/10)<sup>79</sup>

No que diz respeito à última parte do art. 306 do CTB, que trata da embriaguez decorrente de outras substâncias alteradoras do psiquismo (que não o álcool), a Lei n. 11.705/08 não promoveu mudanças significativas. O novo texto apenas substituiu a terminologia “substância de efeitos análogos” ao álcool por “qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Tal designação abrange as substâncias lícitas ou ilícitas capazes de alterar o psiquismo e que determinam dependência. Percebe-se, contudo, que foi mantido o critério da mera “influência”.

---

<sup>79</sup> Em sentido oposto, manifesta-se a Relatora Marlene Landvoigt do TJRS, revendo seu posicionamento anterior, em que entendia ser imprescindível a realização dos testes de dosagem alcoólica para ocorrência do delito em comento. Consoante o atual entendimento da Douta Desembargadora, a comprovação da alcoolemia pode se dar por meio de diversos testes, sendo que o Decreto n. 6.488/08 apenas especificou a equivalência entre eles, conforme se verifica de transcrição de trecho de seu voto: “[...] não visualizo novo tipo penal quando o Decreto 6.488/08 apresenta outra modalidade de determinação da alcoolemia, com o teste do bafômetro. A comprovação da alcoolemia pode ser obtida com testes diversos e, para os quais o Poder Executivo Federal com o decreto somente veio especificar a equivalência entre eles, ou seja, o que corresponde o teor alcoólico mensurado em determinado teste com o índice descrito no tipo penal. A verificação deste pode ser obtida de várias formas, sendo os dois exames clássicos o do sangue e o do ar. Nestes, como obtidos com componentes orgânicos diversos, necessário estabelecer-se uma equivalência na mensuração, para a verificação da infringência ou não no tipo penal previsto, exatamente o que fez o decreto, tal como estipulado no parágrafo único do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, as formas de se obter o teor alcoólico no organismo constituem meios de prova e não elementar do tipo penal. Logo, não há novo crime quando comprovado índice superior ao previsto no tipo, através de exame outro que não o de sangue. Aliás, nesse sentido é claro o artigo 277 do Código de Trânsito quando refere os **testes** de alcoolemia, o que quer dizer mais de um, acrescentando ainda os exames clínicos, perícia ou outro exame que permitam certificar o estado do agente.”

Por óbvio, o legislador não estabeleceu limite mínimo para a concentração da substância psicoativa no sangue do motorista, ao contrário do fixado para o álcool, por isso, para a devida caracterização do crime, é necessária a prova de que o condutor esteja influenciado pela substância psicoativa e que, em razão disso, conduza o veículo de forma anormal.

Gomes, Cunha e Pinto, discorrendo sobre a segunda parte do art. 306 do CTB, esclarecem que ambas as infrações (administrativa e penal) exigem que o condutor esteja “sob a influência” de substância psicoativa que determine dependência. No entanto, o estar “sob a influência” no âmbito administrativo exige tão somente que o agente esteja alterado em razão da substância (condutor anormal), ao passo que na seara penal é necessário ainda que o sujeito esteja conduzindo seu veículo de forma anormal (condutor anormal e condução anormal).<sup>80</sup>

No que diz respeito às substâncias psicoativas, a comprovação da materialidade delitiva dar-se-á por meio de exames de sangue ou urina, pois somente através deles poderá se atestar definitivamente que o condutor fez uso de substâncias psicoativas. Nenhuma outra prova (exame clínico, prova testemunhal etc) poderá suprir o exame toxicológico, mas apenas complementá-lo, corroborá-lo.

Contudo, Cabette entende que no caso de outras substâncias psicoativas (afora o álcool) bastará o exame clínico, o qual poderá ser complementado por exames toxicológicos, mas não necessariamente.<sup>81</sup>

Para Lopes, tratando-se de substâncias psicoativas (que não o álcool) sua constatação poderá ser realizada através de exame clínico, exames de sangue/urina e prova testemunhal.<sup>82</sup>

Por fim, segundo Honorato, a prova da “influência” de substâncias psicoativas não se restringem aos exames de alcoolemia, podendo o “Ministério Público, como *dominus litis*, lançar mão de todos os meios de prova em direito admitidos [...], entre os quais destacam-se o exame clínico e a prova testemunhal.”<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 380.

<sup>81</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras Impressões sobre as inovações do Código de Trânsito. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11452&p=3>>. Acesso em: 12 out. 2010.

<sup>82</sup> LOPES, Fábio Motta. Código de Trânsito Brasileiro – Aspectos Criminais. Palestra Proferida no curso de Especialização de Penal e Processo Penal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 02 jul. 2010.

<sup>83</sup> HONORATO, Cássio Matos. Dois crimes de embriaguez ao volante e as alterações introduzidas pela Lei n. 11.705/08. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a 98, n. 880, p. 361, fev. 2009.

## 2.2. A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NOS CRIMES DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Conforme exposto no tópico anterior, a alteração legislativa realizada no art. 306 do CTB vem sendo amplamente discutida pelos estudiosos e aplicadores da norma, especialmente no que se refere à comprovação da materialidade delitiva.

Para parcela significativa de juristas, a inserção da elementar típica de dosagem alcoólica restringiu os meios de prova até então utilizados, posto que somente se poderá comprovar objetivamente a concentração de álcool com a realização de exames específicos. Em outras palavras, para que o condutor possa ser responsabilizado criminalmente pelo delito de embriaguez ao volante, deverá haver a quantificação objetiva da concentração de, no mínimo, seis decigramas de álcool por litro sangue, o que não poderá ser presumido.

De acordo com esse entendimento, a comprovação da embriaguez, conforme o Decreto n. 6.488/08, somente poderá ser realizada através de prova técnica consubstanciada no exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar.

Há, contudo, quem se posicione em sentido contrário. Os adeptos desse entendimento alegam que a ausência dos exames de dosagem alcoólica não induz à atipicidade do fato, se por outras formas puder se comprovar a embriaguez do condutor de veículo automotor. Destarte, a prova da embriaguez deve ser feita, preferencialmente, através de perícia, mas, se esta não puder ser realizada por ausência de equipamento ou por recusa do condutor, poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Consoante a lição de Brutti, a objetivo do legislador, com a reforma do CTB, foi enfática no sentido de impor penalidades mais severas aos transgressores das normas de trânsito, devendo, portanto, o intérprete utilizar-se da hermenêutica jurídica para fazer valer a vontade legislativa.<sup>84</sup>

Nessa perspectiva, o mesmo autor assevera que:

Se, portanto, o desígnio claríssimo do legislativo foi o de impor maior rigor no combate à embriaguez ao volante, qual o sentido em se infundir óbice à

---

<sup>84</sup> BRUTTI, Róger Spode. A Eficácia da Prova Testemunhal nos Delitos de Embriaguez ao Volante. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 9, 2008, p. 7-20.

prova testemunhal como suficiente para a constatação do seu estado etílico?! [...]

Não seria a embriaguez ao volante, sabidamente, uma das principais causas de acidentes e mortes no trânsito brasileiro? O álcool e as demais substâncias de efeitos embriagantes não atuariam, como é de todos cediço, diretamente sobre o sistema nervoso central, diminuindo sensivelmente a capacidade de reação do condutor de veículo automotor e colocando, assim, a segurança coletiva em irrefutável xeque?

Pois bem. É com tijolos imperfeitos, mais uma vez fornecidos pela Excelsa Olaria do Legislativo, donde surgem os principais materiais necessários à construção e consolidação do Estado democrático e de direito anunciado no art. 1º da CF, que nos compete construir os pilares da Justiça.<sup>85</sup>

Desta forma, segundo tal entendimento, o aplicador da lei deverá buscar a interpretação teleológica, isto é, a *ratio legis* para que sejam atingidos os fins sociais a que a norma se destina.

A justificativa para a referida tese é dada com amparo no art. 291 do CTB<sup>86</sup>, o qual dispõe que aos crimes cometidos na direção de veículo automotor aplicam-se as normas gerais do CPP, no art. 158 do mesmo diploma legal<sup>87</sup>, que dispõe que quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, não podendo supri-lo a confissão do acusado e, ainda, no art. 167 igualmente do CPP<sup>88</sup>, o qual estabelece que não sendo possível a realização de exame de corpo de delito, poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta.

A maioria doutrinária e jurisprudencial discorda desse entendimento, sob o argumento de que a nova redação do art. 306 do CTB passou a exigir quantidade mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue para configuração da figura típica e tal comprovação dar-se-á tão somente por meio de exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar.

Percebe-se, portanto, que a novel legislação foi criada em total desarmonia com o atual sistema jurídico. No entanto, não se poderá pretender corrigir as falhas legislativas via hermenêutica e abstrair elementares típicas.

<sup>85</sup> BRUTTI, A Eficácia da Prova Testemunhal nos Delitos de Embriaguez ao Volante. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 9, 2008, p. 7-20.

<sup>86</sup> **Art. 291 do CTB**: “Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.”

<sup>87</sup> **Art. 158 do CTB**: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

<sup>88</sup> **Art. 167 do CTB**: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”



### 2.3. O “BAFÔMETRO” COMO PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL

O etilômetro, popularmente chamado de “bafômetro”, é um aparelho que determina a concentração de álcool no organismo de uma pessoa, a partir da análise do ar expelido dos pulmões.

A partir da nova redação do art. 306 do CTB, em que passou a se exigir uma concentração mínima de álcool por litro de sangue para incidência da figura típica, o etilômetro vem sendo um dos instrumentos freqüentemente utilizados pelos agentes de fiscalização para auferir o nível de alcoolemia.

Conforme exposto anteriormente, o Poder Executivo Federal, regulamentando o parágrafo único do art. 306 do CTB, editou o Decreto n. 6.488/08, que estabeleceu a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para fins criminais, sendo a concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue, em caso de exame de sangue, ou de no mínimo três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, em caso de aferição por meio do etilômetro.

Malgrado a referida regulamentação, parte significativa dos doutrinadores tem questionado a legitimidade da adoção do “bafômetro” como meio de prova para configuração do delito de embriaguez ao volante, bem como a obrigatoriedade do condutor de veículo automotor em se sujeitar ao teste de alcoolemia a fim de determinar a concentração de álcool por litro de sangue.

O art. 277 do CTB dispõe que o motorista suspeito de conduzir embriagado será submetido à realização de testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meio técnico ou científico, permitam confirmar a embriaguez ao volante. O §3 do mesmo dispositivo reza que serão aplicadas as penalidades previstas no art. 165 do mesmo diploma ao motorista que se recusar a submissão de qualquer dos procedimentos previstos no *caput*.

Uma leitura singela do dispositivo mencionado leva a crer que a realização do teste de ar alveolar pulmonar é medida obrigatória, sob pena de responsabilização administrativa. Indaga-se, pois, se o motorista já pode exercer o seu direito de

defesa no momento da abordagem policial, ainda que não haja, como refere Callegari, “imputação formal de um delito”.<sup>89</sup>

A CRFB, em seu art. 5º, LXIII<sup>90</sup>, assegura ao preso o direito ao silêncio, que abrange o direito a não-autoincriminação. Em regra, trata-se de garantia do processo penal, não se aplicando durante uma fiscalização administrativa de trânsito. Todavia, como os testes de alcoolemia produzirão reflexos na seara criminal, tal direito deve ser assegurado já na abordagem policial ou de agentes de fiscalização. Prova disso é o fato do motorista que, ao soprar o bafômetro, poderá se preso em flagrante.<sup>91</sup>

Gomes Filho expõe que a norma constitucional deve ser interpretada de forma abrangente, garantindo o direito ao silêncio a toda e qualquer pessoa, eis que, diante da presunção da inocência, o ônus da prova recai exclusivamente sobre a acusação, incumbindo a este órgão a prova da culpabilidade do acusado.<sup>92</sup>

Na mesma perspectiva, manifesta-se Callegari, citando García Arán:

O sentido do direito a não declarar como manifestação do direito à defesa se assenta na obrigação para o Estado de suportar a carga da prova da culpabilidade daquele se presume inocente. Este tem direito a não colaborar no descobrimento de sua culpabilidade, como compensação da maior debilidade de sua posição. Por isso se fala de um genérico direito a não colaborar, e nesta linha devemos ter presente que os meios que dispõe o Estado para a investigação dos delitos se aperfeiçoam – e podem seguir se aperfeiçoando – incluindo muitas possibilidades que a simples declaração verbal do imputado.<sup>93</sup>

Em decorrência disso, vem se entendendo que o novo §3 do art. 277 do CTB é inconstitucional, pois ninguém pode ser responsabilizado administrativa ou criminalmente pelo exercício de direito constitucionalmente consagrado. Desta forma, o agente nem sequer poderá responder pelo crime de desobediência em

<sup>89</sup> CALLEGARI, André Luis. A Inconstitucionalidade do Teste de Alcoolemia e o Novo Código de Trânsito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 66, p. 13, mai. 1998.

<sup>90</sup> **Art. 5º da CRFB:** “[...] inciso LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

<sup>91</sup> CALLEGARI, André Luis; LOPES, Fábio Motta. A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal. São Paulo: **Boletim IBCCRIM**, ano 16, n. 191, p.8, out. 2008.

<sup>92</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 113.

<sup>93</sup> ARÁN apud CALLEGARI, op. cit., p. 13.

caso de recusa em se submeter ao bafômetro ou exame de sangue, visto que estará no exercício regular de um direito.<sup>94</sup>

Conclui-se, deste modo, que somente haverá responsabilização criminal se o motorista quiser se submeter ao teste de alcoolemia, posto que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Segundo Callegari e Lopes, o motorista, antes de ser submetido ao teste de alcoolemia, deve ser avisado de que não está obrigado a produzir prova contra si mesmo, pois, inobservada tal garantia, o resultado do bafômetro deverá ser considerado prova ilícita por não ter sido assegurada o direito de informação.<sup>95</sup>

No Estado do Rio Grande do Sul, recentemente, em 15 de março de 2011, foi aprovada Resolução n. 35, do Conselho Estadual de Trânsito, que regulamenta a aplicação de penalidades aos motoristas que se recusarem a soprar o “bafômetro” ou exame similar nos moldes do art. 277, §3 do CTB. A norma foi aprovada por sete votos a seis.

A partir da resolução, ao motorista que se recusar a submeter-se a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícias ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam certificar seu estado de embriaguez, serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB.

Segundo o art. 3º da referida Resolução<sup>96</sup>, a Carteira Nacional de Habilitação do condutor será recolhida por um prazo de 24 horas e o veículo será retido até apresentação de condutor habilitado e em condições plenas para condução de veículo.

Por certo, a matéria objeto da Resolução em comento será pauta de muitas críticas pelos estudiosos e aplicadores do direito, em razão de que ninguém está obrigado a produzir provas que, eventualmente, poderão lhe prejudicar.

---

<sup>94</sup> DELMANTO, Roberto. As Inconstitucionalidades da Lei Seca. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 189, p. 18, ago. 2008.

<sup>95</sup> CALLEGARI, André Luis; LOPES, Fábio Motta. A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal. São Paulo: **Boletim IBCCRIM**, ano 16, n. 191, p.8, out. 2008.

<sup>96</sup> **Art. 3º da Resolução n. 35 do Conselho Estadual de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul:** “Ao condutor de veículo automotor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos estabelecidos no art. 2º da presente resolução, serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB, em conformidade ao art. 277, §3º do mesmo diploma legal. **§1º** - O agente de trânsito lavrará auto de infração de trânsito constatando, obrigatoriamente, no campo de observação a recusa do condutor em realizar o teste disponível. **§2º** - A Carteira Nacional de Habilitação do condutor será recolhida, mediante recibo, pelo prazo mínimo de 24h, e o veículo será retido até apresentação de condutor habilitado e em condições plenas para condução do veículo. **§3º** - Depois de decorrido o prazo mínimo de 24h, será devolvida a CNH, mediante recibo, ao condutor que comparecer ao órgão de trânsito que efetuou o recolhimento.”

Feitas essas considerações, abordar-se-á sobre a legitimidade da adoção do etilômetro (bafômetro) como meio de prova para configuração do delito de embriaguez ao volante.

O princípio da legalidade ou reserva legal, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB<sup>97</sup> e art. 1º do CP<sup>98</sup>, constitui-se em uma verdadeira limitação ao poder de punir do Estado. Dentre as diversas funções deste princípio, merece destaque o mandato da taxatividade da lei penal (*lex certa*), segundo o qual a norma penal deve ser escrita de forma clara e precisa, garantindo que todos compreendam seu conteúdo. Nos dizeres de Toledo, “a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.<sup>99</sup>

A norma penal descrita no *caput* do art. 306 do CTB atende ao princípio constitucional da legalidade no que tange ao postulado da taxatividade. No entanto, no que diz respeito à regulamentação da equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, cuja regulamentação está prevista no art. 2º, II do Decreto n. 6.488/08, não se pode dizer o mesmo.<sup>100</sup>

O tipo penal de embriaguez ao volante é bastante claro e determinado ao mencionar a concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue para configuração do delito em comento. Diante disso, entende-se que o etilômetro é meio inidôneo para comprovar a concentração de álcool por litro de sangue, pois tal equipamento aufere a quantidade de álcool por litro de ar expelido dos pulmões.<sup>101</sup>

Analisando a utilização do “bafômetro” como meio de prova para caracterização do delito de embriaguez ao volante frente ao postulado da taxatividade, Peluso preconiza que:

[...] a adoção do “bafômetro” (etilômetro) como meio de prova para a configuração do crime de embriaguez ao volante, como pretende ver reconhecido e legitimado o Decreto n. 6.488/08, é clara patente afronta ao

<sup>97</sup> **Art. 5 da CF:** [...] **XXXIX** – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

<sup>98</sup> **Art. 1 do CP:** “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

<sup>99</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 29.

<sup>100</sup> PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. O Crime de Embriaguez ao Volante e o “Bafômetro”: Algumas Observações. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 189, ago. 2008, p. 16.

<sup>101</sup> PELUSO, *Ibid.*, p. 16.

art. 5, XXXIX, da Constituição Federal, e que, portanto, deve ser energicamente rechaçado pelo Poder Judiciário, pois “las negaciones del principio de la legalidad pueden acabar transformando un régimen de Derecho en um sistema de ‘terror penal’. Porque cuando se habla de terror penal no debe pensarse en que se manifiesta solo através de guillotinas y pelatones de ejecución, porque terror es una leve condena pronunciada por el juez cuado no se señalan limites preciso a su arbitrio”.<sup>102</sup>

Ademais, ressalte-se que a embriaguez é uma intoxicação causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos que deixa vestígios. Destarte, de acordo com o disposto no art. 158 do CPP<sup>103</sup> é indispensável o exame de corpo de delito, o qual deverá ser realizado por perito oficial ou, na falta, por dois peritos nomeados portadores de curso superior preferencialmente na área específica (art. 159, *caput* e §1º do CPP).<sup>104</sup> Sendo assim, os policiais e agentes de fiscalização do trânsito, que não são peritos oficiais e nem sempre são portadores de curso superior, não podem comprovar o estado etílico através do aparelho de ar alveolar.<sup>105</sup>

Existem ainda três outras situações envolvendo a utilização do “bafômetro” que merecem ser analisadas. A primeira delas diz respeito à falibilidade do instrumento. No policiamento de Passo Fundo/RS, logo após a entrada em vigor da Lei n. 11.705/08, foi constatado que dois aparelhos apresentavam problemas, razão pela qual não podem servir como prova da materialidade para condenações ou homologações de prisões em flagrante. A segunda situação refere-se à ausência de menção no relatório impresso, depois da realização do exame, de que foi constatada a concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. A terceira e última questão refere-se ao fato de que é realizada perícia sem que haja contraprova.<sup>106</sup>

Do exposto, conclui-se que a utilização do “bafômetro” como meio de prova para caracterização da figura típica descrita no art. 306 do CTB deverá ser feita à luz

<sup>102</sup> PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. O Crime de Embriaguez ao Volante e o “Bafômetro”: Algumas Observações. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 189, ago. 2008, p. 16.

<sup>103</sup> **Art. 158 do CPP**: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

<sup>104</sup> **Art. 159 do CPP**: “O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de curso superior. §1º - Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.”

<sup>105</sup> LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

<sup>106</sup> CALLEGARI, André Luis; LOPES, Fábio Motta. A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal. São Paulo: **Boletim IBCCRIM**, ano 16, n. 191, out. 2008, p.8.

dos direitos e garantias fundamentais, assegurando-se, desta forma, o privilégio constitucional de não produzir prova contra si mesmo.

### **3. O PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO: ORIGEM, CODIFICAÇÃO E EFICÁCIA**

A análise do princípio da não-autoincriminação é de grande importância para o presente estudo, pois, apesar de inserido no ordenamento jurídico pátrio como direito fundamental de não produzir prova contra si mesmo, algumas normas jurídicas do CTB foram criadas em desacordo com essa premissa.

Para uma melhor compreensão do tema, far-se-á uma breve abordagem da evolução histórica do princípio em tela, desde seu nascimento até sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

Para alguns doutrinadores é impossível vislumbrar as origens do *nemo tenetur se detegere*, pois consideram que ele está inserido entre as regras gerais do direito.<sup>107</sup>

No período da Antiguidade ou Idade Antiga, que foi o período que se estende desde a invenção da escrita até a queda do Império Romano (476 d.C.)<sup>108</sup>, não havia previsão do princípio da não-autoincriminação. No Código de Hamurabi (cerca de 1.700 a.C.) e nas Leis de Manu (aproximadamente 200 a.C. à 200 d.C.) o acusado era ouvido sob juramento de dizer a verdade.<sup>109</sup>

Durante a Idade Média, período iniciado com a desintegração do Império Romano Ocidental (em 476 d.C.) e terminado com a conquista de Constantinopla (em 1453 d.C.) ou até a chegada dos europeus na América em 1492<sup>110</sup>, momento histórico marcado pela inquisição, em que a Igreja investigava e julgava acusados de crimes contra a fé católica, empregavam-se as ordálias<sup>111</sup> para descobrir se o acusado era inocente ou culpado.

---

<sup>107</sup> 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.

<sup>108</sup> ENCICLOPÉDIA BARS UNIVERSAL. São Paulo: Barsa Planeta, 2007, v. 9, p. 3032.

<sup>109</sup> QUEIJO, op. cit., p. 5.

<sup>110</sup> ENCICLOPÉDIA BARS UNIVERSAL, op. cit., v. 9, p. 3032.

<sup>111</sup> Ordália é um meio de prova judiciária utilizado para determinar a culpa ou inocência de um acusado, que emprega como método provas dolorosas cujo resultado é interpretado como juízo divino. Também é conhecido como Juízo de Deus. (ENCICLOPÉDIA BARS UNIVERSAL, op. cit., v. 13, p. 4367).

Queijo expõe que as provas eram buscadas por meio do acusado, justificando-se inclusive o emprego da tortura na obtenção de confissão. Segundo a autora, “[...] no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade por meio da confissão [...]”.<sup>112</sup>

Posteriormente, na Idade Moderna, período iniciado com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, em 1453, até a Revolução Francesa, em 1789, o *nemo tenetur se detegere* veio ganhando força. Mas foi durante o Iluminismo que o princípio se firmou como uma garantia vinculada ao interrogatório do acusado. Neste momento histórico, combateu-se amplamente o uso da tortura e do juramento a que estavam submetidos o imputado durante o período da Antiguidade e da Idade Média, reconhecendo-se garantias penais e processuais penais, dentre as quais, o princípio da não-autoincriminação.<sup>113</sup>

Beccaria foi um dos primeiros filósofos a se insurgir com a tradição jurídica que obrigava o acusado a se submeter a juramento, conforme se pode verificar do trecho da clássica obra “Dos Delitos e das Penas”:

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!<sup>114</sup>

Queijo aduz que a construção teórica da premissa *nemo tenetur se detegere* não foi pacífica, pois o próprio Beccaria, na obra referenciada, se contradiz ao sustentar que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado no juramento, é antinatural, mas, ao mesmo tempo, entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente por ofensa à Justiça.<sup>115</sup>

Apesar disso, Beccaria foi um dos precursores que passou a defender um

---

<sup>112</sup> 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. 7.

<sup>113</sup> QUEIJO, *Ibid.*, p. 8.

<sup>114</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** [S.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

<sup>115</sup> QUEIJO, *op. cit.*, p. 9.

mínimo de garantias penais e processuais penais ao acusado, estabelecendo um limite ao poder de punir do Estado.

A Inglaterra reconheceu o princípio muito antes dos demais países europeus, sendo o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis, em 1296, o primeiro manual processual medieval a reconhecer a máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, o que significava que ninguém pode ser compelido a ser testemunha contra si mesmo, porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha.<sup>116</sup>

Posteriormente, nos séculos XVI e XVII, o princípio passou a ser acolhido por diversos comentadores medievais e propalado nos manuais europeus de processo penal.<sup>117</sup>

Na Idade Contemporânea, iniciada a partir da Revolução Francesa, em 1789, foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, embora fazendo referência à presunção da inocência e a não utilização da tortura, não mencionou expressamente o *nemo tenetur se detegere*.

O PIDCP, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1966, também estabeleceu em seu art. 14, n. 3, “g”, que o acusado não está obrigado a depor contra si mesmo, nem confessar-se culpado.

A CADH, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 1969, reconheceu em seu art. 8, §2, “g” o direito de não fazer prova contra si mesmo, nem declarar-se culpada.

Contudo, somente em 1992, o Brasil ratificou o PIDCP e a CADH através dos Decretos n. 592 e 678 respectivamente, determinando seu cumprimento na órbita interna.

Destarte, indaga-se qual seria a hierarquia desses tratados internacionais frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Por força do art. 5º, § 2º da CRFB<sup>118</sup>, o qual consagra o princípio da não-tipicidade constitucional, existem outros direitos e garantias fundamentais não expressos na CRFB decorrentes de regimes e dos princípios por ela adotados ou de tratados de que o Brasil seja parte. São os

<sup>116</sup> 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. 12.

<sup>117</sup> QUEIJO, Ibid., p. 12.

<sup>118</sup> **Art. 5º da CRFB:** “[...] §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”



chamados “direitos e garantias não implícitos”.

Em uma visão dualista, para que um tratado internacional passe a ter força jurídica no âmbito do direito interno, faz-se necessário percorrer sobre o processo de formalização<sup>119</sup>, o qual resulta na expedição de decreto pelo Presidente da República, seguida da sua publicação no Diário Oficial.

A partir daí, adquire executoriedade no plano interno, havendo, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, quatro posições acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre a proteção direitos humanos, a saber: i) a natureza supraconstitucional desses diplomas em matéria de direitos humanos, ii) a tendência que reconhece o caráter constitucional, iii) a posição que atribui à natureza de lei ordinária e, por fim, iv) a interpretação que atribui o caráter infraconstitucional, mas supralegal dos tratados e convenção que versão sobre direitos humanos.<sup>120</sup>

A EC n. 45/2004, objetivando solucionar a celeuma jurídica sobre a força normativa dos tratados sobre direitos humanos, inseriu o §3º ao art. 5º da CRFB<sup>121</sup>, dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalente às emendas constitucionais se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, pelo quórum qualificado de 3/5 dos votos dos respectivos membros, em dois turnos.

Considerando que o PIDCP e a CADH foram ratificados em data anterior à EC n. 45/2004, não tendo sido submetidos ao processo de aprovação por quórum qualificado, ainda pairam dúvidas sobre seu *status* normativo frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

O STF, contudo, no julgamento do REExt 466.343, reconheceu a natureza supralegal dos tratados e convenções de direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5º, § 3º da CRFB (quando teriam a natureza constitucional).

Em que pese às discussões existentes sobre a força normativa dos tratados internacionais sobre os direitos humanos, o princípio da não-autoincriminação está

---

<sup>119</sup> O processo de integração da norma internacional ao direito interno exige a ocorrência de quatro fases distintas: celebração do tratado internacional pelo órgão do Poder Executivo (art. 84, VIII da CRFB), aprovação pelo Congresso Nacional por meio de um Decreto Legislativo (art. 49, I da CRFB), ratificação pelo Presidente da República por intermédio do depósito ou troca de instrumentos e, por fim, a promulgação por decreto presidencial, seguida de sua publicação.

<sup>120</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Recorrente: Banco do Bradesco S/A. Recorrido: Vera Lúcia B. de Albuquerque e Outro. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, j. 03/12/08.

<sup>121</sup> **Art. 5º da CRFB:** “[...] §3º - Os tratados e convenções Internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

expressamente positivado no CADH e no PIDCP, os quais formam incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, devendo se dar pleno reconhecimento e aplicabilidade as regras ali inseridas.

Antes mesmo de incorporados ao plano do Direito Interno, por meio dos decretos anteriormente referidos, já era possível se extrair dito privilégio da conjugação do princípio da presunção da inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, LVII da CRFB)<sup>122</sup>, do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB)<sup>123</sup>, do contraditório e da ampla defesa, mais especificadamente no que tange à autodefesa negativa (art. 5º, LV da CRFB)<sup>124</sup>, bem como do direito ao silêncio ou do direito de permanecer calado que está nitidamente vinculado à defesa pessoal (art. 5º, LXIII da CRFB)<sup>125</sup>.

Possível ainda se extrair o reconhecimento do princípio da não-autoincriminação num dos fundamentos norteadores do Estado democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB)<sup>126</sup>.

Oportuno realçar que a ampla defesa, no processo penal, abrange a defesa técnica e a autodefesa.<sup>127</sup> A defesa técnica, também chamada de defesa pública ou formal, é aquela exercida por profissional habilitado em Direito para defender os interesses do acusado com capacidade postulatória. É considerada indisponível e indeclinável por se tratar de uma verdadeira condição de paridade de armas.<sup>128</sup>

Ao lado da defesa técnica, encontra-se a autodefesa ou defesa própria, que é a possibilidade de o acusado defender-se pessoalmente. Tal garantia é

<sup>122</sup> **Art. 5º da CRFB:** “[...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

<sup>123</sup> **Art. 5º da CRFB:** “[...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

<sup>124</sup> **Art. 5º da CRFB:** “[...] 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 ele inerentes.”

<sup>125</sup> **Art. 5º da CRFB:** “[...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

<sup>126</sup> **Art. 1º da CRFB:** “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...] III – a dignidade da pessoa humana.”

<sup>127</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21/28; FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 252-278; LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.328; LOPES, Fábio Motta. **Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 87-90; 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. 74-75; SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 225-229.

<sup>128</sup> FERNANDES, Ibid., p. 254; LOPES JÚNIOR, Ibid., p.328; LOPES, Ibid., p. 88; SAAD, Ibid., p. 225.

renunciável<sup>129</sup> e subdivide-se em positiva e negativa.

A autodefesa positiva consubstancia-se no direito de presença e no direito de audiência. Grinover, Gomes Filho e Fernandes, ao explicarem o direito de audiência e de presença expõem que:

O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.<sup>130</sup>

Por outro lado, a autodefesa negativa assegura ao investigado o direito ao silêncio, que decorre da garantia de que ninguém é obrigado a colaborar na produção de provas em seu desfavor. Destarte, o direito ao silêncio não pode ser tido como sinônimo da máxima *nemo tenetur se detegere*, pois, se assim fosse, estar-se-ia dando “uma concepção bastante restritiva”<sup>131</sup> ao princípio referido.

Sobre o tema, Lopes Júnior ensina que:

O direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação.<sup>132</sup>

Queijo afirma que a autodefesa engloba não só o direito de permanecer calado, mas também o direito de não colaborar na produção de provas que possam

---

<sup>129</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21/28; GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO; Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Sacarence. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72-73; LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 337; LOPES, Fábio Motta. **Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 88; 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. 74; SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 227.

<sup>130</sup> GRINOVER, *ibid.*, p. 73.

<sup>131</sup> QUEIJO, *op. cit.*, p. 55.

<sup>132</sup> LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 343.

importar em autoincriminação.<sup>133</sup>

Diante do exposto, verifica-se que, ao longo dos séculos, o processo penal abandonou as estruturas inquisitórias outrora vigentes, assumindo um caráter mais garantista<sup>134</sup>, de forma que o imputado poderá, voluntariamente, colaborar com o órgão acusador na produção de provas contra si mesmo. Entretanto, jamais poderá se compelido a participar de qualquer atividade que possa prejudicá-lo.

### **3.1. AS PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO E OS LIMITES ASSEGURADOS PELO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE***

Para uma análise da incidência do *nemo tenetur se detegere* nas provas que dependem da cooperação do acusado no processo penal brasileiro, faz-se necessário distinguir as provas que, para sua produção, exigem intervenção corporal no imputado das que podem ser obtidas independente de intervenção.

As provas que implicam na intervenção corporal do acusado podem ser invasivas ou não invasivas. Consideram-se invasivas aquelas que, para serem produzidas, necessitam de intervenções no organismo humano como, por exemplo, o exame de sangue para auferir a concentração de álcool por litro de sangue ou para identificar a presença de drogas. As provas não invasivas são aquelas produzidas sem que haja penetração no corpo do humano, sendo realizadas a partir de vestígios do corpo do acusado. Cite-se como exemplo dessas últimas os exames de DNA realizados a partir de um fio de cabelo, as radiografias empregadas para constatação de drogas no organismo etc.

Por outro lado, há as provas que, embora dependam da colaboração do acusado, não implicam em intervenção corporal. É o caso, por exemplo, da acareação, da reprodução simulada dos fatos, do bafômetro.

O Código de Processo Penal não dispõe de normas específicas sobre o dever de colaboração do acusado. Assim, em conformidade com o *nemo tenetur se*

---

<sup>133</sup> QUEIJO, Maria Queijo. **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. 75.

<sup>134</sup> QUEIJO, op. cit., p. 27.

*detegere*, o imputado não está obrigado a cooperar na produção de provas em seu desfavor. Do mesmo modo, em caso de recusa, não poderá haver responsabilização administrativa ou penal, tampouco haverá presunção de culpabilidade.

Na mesma linha de raciocínio, leciona Queijo:

Tem predominado, assim, na doutrina o entendimento de que, por incidência do *nemo tenetur se detegere*, não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para compeli-lo a cooperar na produção das provas; a recusa do réu não configura crime de desobediência; e não se permite extrair da sua recusa a veracidade da imputação, nem presunção de culpabilidade.<sup>135</sup>

Segundo a mesma autora, em virtude do princípio não-autoincriminação, também não poderá ser determinada a condução coercitiva do acusado para a produção de determinada prova, se ele não está obrigado a participar.<sup>136</sup>

Para Couceiro, o privilégio de não colaborar na produção de provas abrange o direito de não comparecer a audiência. Nesta hipótese, contudo, haverá o reconhecimento de indícios de culpabilidade contra o acusado.<sup>137</sup>

Lopes, por seu turno, admite a condução coercitiva, desde que haja autorização judicial, por entender que o direito ao silêncio deverá ser garantido em órgão oficial.<sup>138</sup>

No que tange as provas que dependem da cooperação do acusado, a doutrina tem buscado distinguir aquelas que exigem uma postura ativa das que exigem uma participação meramente passiva. Assim, em conformidade com o princípio da não-autoincriminação, pode-se exigir a colaboração do acusado quando sua participação for passiva.

Desta forma, segundo Saad, o acusado não pode ser obrigado a participar do reconhecimento pessoal, da acareação, da reprodução simulada dos fatos, do fornecimento de material para realização de exames periciais que exigem intervenção corporal (exame de sangue, teste de alcoolemia), bem como do

<sup>135</sup> 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. 268.

<sup>136</sup> QUEIJO, *Ibid.*, p. 313.

<sup>137</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 331-343.

<sup>138</sup> LOPES, Fábio Motta. **Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145-150.

fornecimento de material escrito para realização de exame grafotécnico.<sup>139</sup>

Para Lopes Júnior, o sujeito não pode ser compelido a colaborar em acareações, reconstituições, nem a fornecer material para perícia como exame de sangue.<sup>140</sup>

De acordo com Lopes, o investigado poderá ser compelido a participar do reconhecimento pessoal, pois, neste caso, quem irá produzir a prova serão as vítimas ou as testemunhas (e não o acusado). Situação diversa ocorre quando se tratar de acareação ou de reprodução simulada dos fatos, já que a participação do acusado será ativa, não podendo ser compelido a produzir prova que lhe possa ser prejudicial.<sup>141</sup>

No que diz respeito ao teste em aparelho alveolar pulmonar e ao fornecimento de sangue para exame laboratorial, o mesmo autor entende que:

[...] não se poderá impor ao condutor que participe de maneira positiva na produção de prova contra ele próprio. Em respeito ao princípio da não auto-incriminação, não será obrigado a colaborar ativamente soprando o bafômetro ou fornecendo sangue para exame laboratorial, somente sendo possível a coleta de sangue quando houver autorização do motorista ou quando a polícia judiciária, ainda que sem o consentimento do condutor, coletar amostras de sangue encontradas, por exemplo, no local do acidente. Nesta segunda hipótese, é importante registrar que a coleta do material não ocorre de forma invasiva, restando preservada a dignidade do investigado.<sup>142</sup>

Na Alemanha, o imputado não está obrigado a soprar o bafômetro por ser ativa a sua participação. Contudo, o investigado estará sujeito, mesmo contra sua vontade, a realizar exame de sangue, pois aqui sua colaboração é considerada passiva. Neste caso, a intervenção somente pode ser feita por médico e poderá ser

<sup>139</sup> SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 304.

<sup>140</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 344.

<sup>141</sup> LOPES, Fábio Motta. **Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 147-153.

<sup>142</sup> Id. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.) **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48-49.

vedada se houver perigo para saúde do acusado.<sup>143</sup>

Na França, havendo suspeita de que o motorista está embriagado, existirá o dever de colaborar na produção de provas, sendo que, a sua recusa constitui um *delit correctionnel*, punível com detenção de até dois anos.<sup>144</sup>

No Direito Italiano, não se admite a execução coercitiva. Caso o condutor se recuse a realizar os exames que comprovem o estado etílico, haverá aplicação de sanção que imporá na pena de prisão de até um mês e multa.<sup>145</sup>

Para Queijo, a distinção entre as provas que necessitam de uma postura ativa ou passiva do acusado nem sempre é clara e precisa. De qualquer modo, esclarece a autora que o direito a não-autoincriminação não deixa de existir só porque o acusado se submete passivamente à produção de prova.<sup>146</sup>

O certo é que, diante do sistema acusatório, incumbe ao Estado a tarefa de produzir o conjunto probatório que dará substrato à persecução penal, independentemente da colaboração do acusado. Havendo, portanto, um conflito de entre bens jurídicos (direito de não produzir provas contra si mesmo e direito à segurança ou paz pública), deverá o intérprete valer-se do princípio da proporcionalidade para solucionar o conflito de interesses fundamentais.

Assim como as demais liberdades públicas, a garantia do *nemo tenetur se detegere* não possui caráter absoluto, podendo sofrer limitações. Caso contrário, estar-se-ia frustrando a própria persecução penal e comprometendo a paz e a segurança pública.<sup>147</sup>

Para Queijo, as restrições ao *nemo tenetur se detegere* deverão ser estabelecidas através de lei (prévia e escrita), bem como estarem sujeitas ao controle jurisdicional no caso em concreto. Além disso, dita lei deverá atender a proporcionalidades em seus três subprincípios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).<sup>148</sup>

Pelo subprincípio da necessidade, a restrição ao direito fundamental somente

---

<sup>143</sup> LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.) **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48-49 op. cit., p. 151-154; 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. 281.

<sup>144</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 355; QUEIJO, *Ibid.*, p. 281.

<sup>145</sup> QUEIJO, *Ibid.*, p. 280.

<sup>146</sup> QUEIJO, *Ibid.*, p. 317.

<sup>147</sup> QUEIJO, *Ibid.*, p. 356.

<sup>148</sup> QUEIJO, *Ibid.*, p. 357.

se legítima de for imprescindível para o caso em concreto e não houver outro meio menos gravoso para atingir o fim desejado. Sob o prisma da adequação, deve-se perquirir se o meio empregado é idôneo para o que se busca alcançar. Por fim, de acordo com subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se deve sopesar os resultados causados pelo emprego meio e os fins atingidos.<sup>149</sup>

Discorrendo sobre o tema, Lopes Júnior não concorda, em hipótese alguma, com a extração compulsória de sangue pelos seguintes motivos:

[...] consideramos que o ponto nevrálgico da questão não está na proporcionalidade entre a prova obtida e o sofrimento ou constrangimento infligido ao sujeito passivo, mas sim na impossibilidade de restringir-se a garantia de não fazer prova contra si mesmo, em nenhum caso. Em jogo está a eficácia do direito de defesa negativo, da garantia do *nemo tenetur se detegere*, da presunção de inocência, da máxima eficácia do *in dubio pro reo* e de toda uma série de garantias que protegem o sujeito passivo e que não podem ser limitadas em nome, apenas, de uma suposta “proporcionalidade”.<sup>150</sup>

### 3.2. O PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

Conforme exposto nos tópicos anteriores, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro norma específica sobre o dever do acusado em colaborar na produção probatória. Desta forma, em consonância com a máxima do *nemo tenetur se detegere*, o suspeito de dirigir embriagado não poderá ser compelido a colaborar na produção de prova que lhe seja desfavorável, nem poderá ser penalizado pela sua recusa.

No ordenamento jurídico português, o princípio da não-autoincriminação também não está previsto expressamente. Contudo, a Carta Portuguesa reconhece, em seu art. 1º<sup>151</sup>, que a República Portuguesa é baseada na dignidade humana, princípio este que está intimamente ligado ao direito de não contribuir para sua própria incriminação. Além disso, o art. 25º da Constituição da República

<sup>149</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138.

<sup>150</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 350.

<sup>151</sup> **Art. 1º da Constituição da República Portuguesa**: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”



Portuguesa<sup>152</sup> dispõe sobre a inviolabilidade moral e física das pessoas e sobre a inadmissibilidade da tortura, de penas cruéis, degradantes ou desumanas. Tal direito está igualmente relacionado com o privilégio da não-autoincriminação.<sup>153</sup>

Ainda no plano constitucional, há previsão de nulidade das provas obtidas mediante tortura, coação ou violação a integridade física ou moral nos termos do art. 32º da Constituição da República Portuguesa<sup>154</sup>.

Acerca do tema, importante a lição de Andrade em sua obra “Sobre as proibições de Prova em Processo Penal”:

[...] as provas obtidas em contravenção do princípio *nemo tenetur*, configurarão inescapavelmente um atentado à integridade moral da pessoa. É um atentado particularmente qualificado na medida em que redundará na degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade.<sup>155</sup>

Ressalte-se ainda que o PIDCP, que reconhece expressamente a premissa do *nemo tenetur se detegere*, foi ratificado pela República Portuguesa através da Lei n. 29/78, entrando em vigor perante ordem jurídica portuguesa em 15 de setembro de 1978.

Para Palma, a premissa do *nemo tenetur se detegere* decorre “da concepção de que o arguido não é objecto do processo, como sucedia com a inquisição. O arguido é um sujeito processual e, em regra, não pode ser utilizado, contra a sua vontade, como fonte de prova contra si mesmo.” Todavia, segundo a mesma autora, esse privilégio não afasta o dever de comparecimento aos atos processuais e de sujeitar a certas diligências probatórias.<sup>156</sup>

<sup>152</sup> **Art. 25º da Constituição da República Portuguesa:** “1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.”

<sup>153</sup> 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. 147.

<sup>154</sup> **Art. 32º da Constituição da República Portuguesa:** “[...]. 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

<sup>155</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra, 1992, p. 126.

<sup>156</sup> PALMA, Fernanda. O direito à não auto-incriminação. Disponível em: <<http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniaio/fernanda-palma/o-direito-a-nao-autoincriminacao#>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

Lopes Júnior aduz que, no ordenamento jurídico português, o sujeito passivo recebe o nome de “argüido” e que tal denominação segue até a sentença. Isso porque, diferentemente do sistema brasileiro, não se adota uma qualificação diferenciada para sujeito passivo em cada fase, recebendo esta designação desde a investigação preliminar até decisão da ação penal acusatória.<sup>157</sup>

O Código de Processo Penal Português garante expressamente o direito ao silêncio em seu art. 61º, 1, “c” e “d”<sup>158</sup>, de forma que argüido não está obrigado a responder a perguntas que lhe forem feitas sobre fatos que lhe forem imputados. Ressalve-se, contudo, que esse privilégio tem incidência restrita aos fatos que lhe forem questionados e não a dados atinentes a sua identidade e antecedentes criminais (art. 61º, 3, “b”<sup>159</sup>).

No sistema jurídico português, o acusado não pode se recusar a se submeter à perícia, podendo inclusive ser compelido a tanto por decisão de autoridade judiciária competente, conforme dispõe o art. 172º, 1 do Código de Processo Penal Português<sup>160</sup>.

Dias aduz que o argüido é considerado sujeito do processo penal, podendo ainda ser meio de prova na medida em o seu corpo pode ser objeto de exames. Deste modo, explica o autor que os exames têm dupla natureza: meio de prova e meio de coação processual, pois o argüido poderá ser obrigado a colaborar com as intervenções corporais por decisão da autoridade competente.<sup>161</sup>

No que tange à embriaguez ao volante, o sistema jurídico português impõe como obrigatório ao condutor do veículo a submissão às provas estabelecidas para detecção da influência de álcool ou de substância psicotrópicas, sob pena, em caso

---

<sup>157</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 321.

<sup>158</sup> **Artigo 61º do Código de Processo Penal Português**: “1 - O argüido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de: [...] c) Ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade; d) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar; [...]”

<sup>159</sup> **Artigo 61º do Código de Processo Penal Português**: “[...] 3 - Recaem em especial sobre o argüido os deveres de: [...] b) Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais; [...]”

<sup>160</sup> **Art. 172º do Código de Processo Penal Português**: “1- Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.”

<sup>161</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 431-439.

de recusa, de ser responsabilizado pelo crime de desobediência nos termos do art. 152 do Código da Estrada<sup>162</sup>.

O Código Penal Português, em seu art. 292º, 1<sup>163</sup>, dispõe que constitui ilícito penal a condução de veículo (com ou sem motor) em via pública ou equiparada com taxa mínima de 1,2 gramas de álcool por litro de sangue, o que corresponde a 12 decigramas no sistema de medida de massas. Percebe-se, portanto, que a taxa de alcoolemia para fins de caracterização do delito em comente é o dobro do percentual previsto para configuração do ilícito penal frente ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com art. 292º, 2 do Código Penal Português<sup>164</sup> o ilícito penal configurar-se-á também se o motorista não estiver em condições conduzir o veículo com segurança por estar sob influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica.

No ordenamento jurídico luso, a embriaguez ao volante é punida na esfera penal (art. 292º do Código Penal Português), bem como na seara administrativa (art. 81º do Código da Estrada<sup>165</sup>). Contudo, verifica-se que o legislador português

---

<sup>162</sup> **Art. 152 do Código da Estrada:** “1 – Devem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas: a) Os condutores; b) Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito; c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução. 2 – Quem praticar actos susceptíveis de falsear os resultados dos exames a que seja sujeito não pode prevalecer-se daqueles para efeitos de prova. 3 – As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência [...]”.

<sup>163</sup> **Art. 292º do Código Penal Português:** “1 - Quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

<sup>164</sup> **Art. 292º do Código Penal Português:** “[...] 2 - Na mesma pena incorre quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica.”

<sup>165</sup> **Art. 81º do Código de Estrada:** “1 – É proibido conduzir sob influência de álcool ou de substância legalmente consideradas como estupefacientes ou psicotrópicas. 2 – Considera-se sob influência de álcool o condutor que apresente uma taxa de álcool no sangue superior a 0,2 g/l ou que, após exame realizado nos termos previstos no presente Código e legislação complementar, seja como tal considerado em relatório médico. 3 – Para efeitos de aplicação do disposto no presente Código, a conversão dos valores de teor de álcool no ar expirado (TAE) em teor de álcool no sangue (TAS) é baseada no princípio de que 1 mg de álcool por litro de ar expirado é equivalente a 2,3 g de álcool por litro de sangue. 4 – Considera-se sob influência de substância legalmente consideradas como estupefacientes ou psicotrópicas o condutor que, após exame realizado nos termo do presente Código e legislação complementa, seja como tal considerado em relatório médico ou pericial. 5 – Quem infringir o disposto no n. 1 é sancionado com coima de: a) € 120 a € 600, se a taxa de álcool no sangue for superior a 0,2 g/l e inferior a 0,5 g/l ou, sendo impossível a quantificação daquela taxa, for considerado como influenciado pelo álcool em relatório médico; b) € 240 a € 1200, se aquela taxa for igual ou superior a 0,5 g/l e inferior a 0,8 g/l; c) € 360 a € 1800, se a mesma for igual ou superior a 0,8

estabeleceu taxa de alcoolemia distinta para norma penal e administrativa. O Código Penal Português estabeleceu taxa de alcoolemia igual ou superior a 1,2 g/l, ao passo que o Código de Estrada fixou a taxa mínima de álcool por litro de sangue em 0,5 g/l.

Ressalte-se que o Código da Estrada denomina a infração do art. 81 como “contra-ordenação”, classificando-a como grave ou muito grave, dependendo da quantidade de álcool no sangue. Considera-se grave a contra-ordenação quando a concentração de álcool por litro de sangue for igual ou superior a 0,5 g/l e inferior a 0,8 g/l (art. 145º, 1, I do Código da Estrada<sup>166</sup>). Contudo, se a quantidade de álcool por litro de sangue for igual ou superior a 0,8 g/l e inferior a 1,2 g/l ou quando o condutor for considerado influenciado pelo álcool em relatório médico (art. 146, j do Código da Estrada<sup>167</sup>).

Segundo o disposto no art. 153 do Código da Estrada<sup>168</sup>, para comprovação da taxa de alcoolemia, o condutor será submetido a exame de pesquisa de álcool de ar expelido pelos pulmões, sendo que, em caso positivo, o condutor poderá requerer contraprova, que será realizada por novo aparelho ou por análise de sangue. Caso o condutor não possa ser submetido a exame de sangue, por razões médicas, deverá

---

g/l ou se conduzir sob influência de substâncias legalmente consideradas como estupefacientes ou psicotrópicas.”

<sup>166</sup> **Art. 145º do Código da Estrada:** “1 – No exercício da condução, consideram-se graves as seguintes contra-ordenações: [...] I) A condução sob influência de álcool, quando a taxa de álcool no sangue for igual ou superior a 0,5 g/l e inferior a 0,8 g/l; [...]”

<sup>167</sup> **Art. 146º do Código da Estrada:** “No exercício da condução, consideram-se muito graves as seguintes contra-ordenações: [...] J) A infracção prevista na alínea I) do artigo anterior, quando a taxa de álcool no sangue for igual ou superior a 0,8 g/l e inferior a 1,2 g/l ou quando o condutor for considerado influenciado pelo álcool em relatório médico.”

<sup>168</sup> **Art. 153º do Código de Estrada:** “1 – O exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por autoridade ou agente de autoridade mediante a utilização de aparelho aprovado para o efeito. 2 – Se o resultado do exame previsto no número anterior for positivo, autoridade ou o agente de autoridade deve notificar o examinando, por escrito, ou, se tal não for possível, verbalmente, daquele resultado, das sanções legais dele decorrentes, de que pode, de imediato, requerer a realização de contraprova e de que deve suportar todas as despesas originadas por essa contraprova no caso de resultado positivo. 3 – A contraprova referida no número anterior deve ser realizada por um dos seguintes meios, de acordo com a vontade do examinado: a) novo exame, a efectuar através de aparelho aprovado; b) análise de sangue. 4 – No caso de opção pelo novo exame previsto na alínea a) do número anterior, o examinado deve ser, de imediato, a ele sujeito e, se necessário, conduzido a local onde o referido exame possa ser efectuado. 5 – Se o examinando preferir a realização de uma análise de sangue, deve ser conduzido, o mais rapidamente possível, a estabelecimento oficial de saúde, a fim de ser colhida a quantidade de sangue necessária para o efeito. 6 – O resultado da contraprova prevalece sobre o exame inicial. 7 – Quando se suspeite da utilização de meios susceptíveis de alterar momentaneamente o resultado do exame, pode a autoridade ou agente de autoridade mandar submeter o suspeito a exame médico. 8 – Se não for possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, o examinando deve ser submetido a colheita de sangue para análise ou, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico, em estabelecimento oficial de saúde, para diagnosticar o estado influenciado pelo álcool.”

ser realizado exame clínico para averiguar a influência de álcool a ser realizado por estabelecimento oficial de saúde.

Por fim, o art. 147º do Código da Estrada<sup>169</sup> dispõe que poderá ainda ser aplicada sanção acessória de proibição do direito de dirigir por no mínimo um mês e no máximo de um ano, no caso de contra-ordenação grave, ou, no mínimo dois meses e no máximo dois anos, no caso de contra-ordenação muito grave.

Quando o condutor for condenado pela prática do delito previsto no art. 292 do Código Penal Português<sup>170</sup> poderá ser decretada a pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados (art. 69 do Código Penal Português<sup>171</sup>). Segundo Faria, não sendo cabível a aplicação da pena acessória “[...] poderá constituir este crime fundamento bastante para a sujeição do agente às medidas de segurança previstas nos art. 101º (Cassação da licença de condução de veículo motorizado) e art. 102º (Interdição da concessão da licença) do Código Penal.”<sup>172</sup>

### 3.3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO IMPASSE DA IMPUNIDADE NO TRÂNSITO À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Conforme se verificou ao longo do presente estudo, a nova normatização jurídica proposta pela Lei 11.705/08 está eivada de equívocos e incongruências, sobretudo à luz dos direitos e garantias fundamentais. Diante disso, estudiosos e

<sup>169</sup> **Art. 147º do Código da Estrada:** “**1** – A sanção acessória aplicável aos condutores pela prática de contra-ordenações graves ou muito graves previstas no Código da Estrada e legislação complementar consiste na inibição de conduzir. **2** – A sanção de inibição de conduzir tem duração mínima de um mês e máxima de um ano, ou mínima de dois meses e máxima de dois anos, consoante seja aplicável às contra-ordenações graves ou muito graves, respectivamente, e refere-se a todos os veículos a motor. **3** – Se a responsabilidade for imputada a pessoa singular não habilitada com título de condução ou pessoa colectiva, a sanção de inibição de conduzir é substituída por apreensão do veículo por período idêntico de tempo que àquela caberia”.

<sup>170</sup> **Art. 292 do Código Penal Português:** “**1** – Quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com penal de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal [...]”.

<sup>171</sup> **Art. 69 do Código Penal Português:** “É condenado na proibição de conduzir veículos com motor por um período fixado entre três meses e três anos quem for punido: a) Por crime previsto no artigo 291º e 292º [...]”.

<sup>172</sup> FARIA, Paula Ribeiro de. Crimes contra a vida em sociedade. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). **Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial**. Coimbra: Coimbra, 1999, t. 2, p. 1098-1099.

operadores do Direito têm proposto possíveis soluções para resolver o impasse da impunidade no trânsito.

Como aventado anteriormente, a atual redação do art. 306 do CTB, ao estabelecer a concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue, limitou os meios de prova em direito admitidos. Sendo assim, tem-se sugerido que a legislação não fixe uma quantidade mínima de álcool por litro de sangue para caracterização do delito de embriaguez ao volante, estabelecendo apenas que o motorista dirija “sob a influência de álcool”, conforme previa a redação original do dispositivo em comento. Desta forma, poderia ser atestada a existência do ilícito penal (não da embriaguez) através da prova testemunhal, exame clínico e até mesmo o relato dos agentes de fiscalização de trânsito.<sup>173</sup>

Outra solução possível para evitar as discussões acerca do uso do etilômetro, seria o acréscimo na atual redação do art. 306 do CTB da concentração igual ou superior a três décimos de miligrama de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões. Isso, indubitavelmente, afastaria as discussões em torno da legitimidade do “bafômetro” como meio de prova para caracterização do delito em análise, haja vista que dita norma penal é cristalina ao estabelecer a concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue.<sup>174</sup> Segundo Lopes, essa não é a medida mais adequada em razão dos problemas apresentados com relação ao uso do “bafômetro”.<sup>175</sup>

Poderia, ainda, com amparo no princípio da proporcionalidade e ponderação de bens jurídicos, ser editada legislação que regulamente a possibilidade de submissão do motorista suspeito de dirigir embriagado, ainda que contra a sua vontade, ao testes de alcoolemia, pois, conforme dito anteriormente, a garantia de não produzir prova contra si mesmo não é absoluta. Contudo, dita intervenção

---

<sup>173</sup> A respeito do assunto, tramita PL-6046/09 de autoria do Deputado Alex Canziani Silveira, do PTB-PR, cuja proposta é o retorno ao texto original, que é mais abrangente, posto que não vincula o condutor aos testes de alcoolemia (exame de sangue ou “bafômetro”). Segundo o Deputado, será mais fácil aplicar a lei, já que a prova de que o condutor se achava embriagado poderá ser demonstrada por todos os meios de prova admitidos em direito.

<sup>174</sup> Sobre o tema, igualmente, tramita PL-5607/09 proposto Deputado Hugo Leal Melo da Silva, do PSC/RJ, o qual sugere o acréscimo de §1º ao art. 306 com a seguinte redação: “Quando o teste for realizado por meio de aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), a concentração de que trata o caput equivalerá a 0,3 (três décimos) miligramas de álcool por litro de ar expelido dos pulmões”.

<sup>175</sup> LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 56.

corporal deverá ser realizada por médico, mediante autorização judicial, desde que não haja risco à saúde física e mental do imputado.<sup>176</sup>

Discorrendo sobre o assunto, Lopes Júnior aduz que:

Em suma, com base na ponderação ou proporcionalidade de bens e interesses, seria possível uma intervenção corporal contra a vontade do agente, ainda que a Constituição não limite ou outorgue a uma norma ordinária o poder de restringir a esfera de proteção dos direitos fundamentais da defesa, da vida, intimidade e integridade corporal. Mas para isso é imprescindível a existência de uma norma processual prévia [...], que disponha os casos e a forma como deve ser realizada a intervenção corporal. Além de existir uma norma, a limitação do direito fundamental deve ser determinada por decisão judicial fundamentada e passível de recurso. Nesta decisão judicial, como em todas as manifestações do poder jurisdicional, deverá predominar a razão sobre o poder e, por isso, a motivação deverá destacar a ponderação entre o bem jurídico a ser violado pela medida e os bens coletivos que serão obtidos (proporcionalidade).<sup>177</sup>

Além disso, sugere-se que seja incluída a embriaguez ao volante como causa de aumento de pena do delito de homicídio e lesão corporal culposa no trânsito. Isso porque, de acordo com entendimento já pacificado, os crimes de dano absorvem os de perigo. Somente assim estar-se-á atingindo os fins colimados pela “Lei Seca”, qual seja, impor penalidades mais severas ao condutor que dirigir sob efeito de álcool.

Por derradeiro, a experiência indica que uma das medidas mais eficazes para combater o índice de mortandade nas vias públicas ligadas à direção de veículo automotor e álcool será através de constante fiscalização. As estáticas demonstram que os acidentes ligados ao consumo de álcool tiveram seu percentual drasticamente reduzido nos primeiros dias de aplicação da “Lei Seca”. Contudo, a atenuação na fiscalização fez com que esse índice se estabilizasse.

Cabe referir, ainda, que independente das modificações legislativas nas normas de trânsito, a Administração Pública, em conjunto com entidades de caráter social, deverá centralizar esforços no sentido de implementar projetos e executar

---

<sup>176</sup> Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 351; LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 56.

<sup>177</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 354/355.

atividades voltadas à segurança viária, bem como deverá manter efetivo e permanente programa de fiscalização a ser executado por agentes de trânsito devidamente capacitados.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das reflexões promovidas neste trabalho, verifica-se que a Lei n. 11.705/08, comumente chamada de “Lei Seca”, promoveu importantes alterações no CTB, especialmente no que diz respeito à embriaguez ao volante e suas repercussões nas searas administrativa e penal.

A novel legislação, a despeito da aparente intenção de recrudescer as normas de trânsito e, por via de consequência, reduzir os altos índices de violência no trânsito gerado pela conjugação de álcool e de direção de veículo automotor, foi editada em desacordo com a sistemática jurídica brasileira.

Em verdade o legislador, na ânsia de diminuir a criminalidade nas estradas e vias públicas gerada por motoristas alcoolizados, adotou medidas que acabaram por desafiar normas e princípios de índole constitucional e penal.

A atual redação do art. 306 do CTB vem sendo alvo de críticas por parte dos estudiosos e aplicadores do Direito, tendo em vista que a nova conformação passou a exigir a concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue, não fazendo menção à situação de perigo anteriormente exigida, o que poderá levar à conclusão de que o delito passou a ser de perigo abstrato.

A partir daí, passou a se discutir se era suficiente a constatação de seis decigramas de álcool por litro de sangue ou se era necessário, ainda, que o agente estivesse influenciado pela substância, ou seja, dirigindo de forma anormal. Apesar das respeitáveis decisões em sentido contrário, verificou-se que, se para infração administrativa (que é menos), faz-se necessário que o condutor esteja “sob a influência”, não haveria razão para se exigir tão somente a presença de seis decigramas de álcool por litro de sangue para caracterização do delito de embriaguez ao volante.

Além disso, verificou que a melhor interpretação a ser dada ao art. 306 do CTB é no sentido de se exigir a situação de perigo, pois, caso contrário, estar-se-ia admitindo a responsabilidade penal objetiva, o que não é admitido na seara criminal.

No campo probatório, a Lei n. 11.705/08 igualmente promoveu mudanças substanciais no que diz respeito ao crime de embriaguez ao volante. Isso porque foi inserida uma elementar típica objetiva, qual seja, concentração de seis decigramas

de álcool por litro de sangue, o que, para maioria doutrinária e jurisprudencial, acabou por limitar os meios de prova em direito admitidos. De acordo com a nova redação, a comprovação da dosagem mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue somente é possível por exame pericial (exame de sangue ou teste de ar alveolar pulmonar).

Com relação a este último, ressaltou-se que o Decreto n. 6.488/08, regulamentando o parágrafo único do art. 306 do CTB, estabeleceu a equivalência entre o exame de sangue (concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue) e o etilômetro (três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões).

No que diz respeito à segunda parte do art. 306 do CTB, que trata da embriaguez decorrente de outras substâncias psicoativas (que não o álcool), não houve alterações significativas, sendo apenas substituída a expressão “substância de efeitos análogos” por “qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”, designação esta mais abrangente já que contempla qualquer espécie de substâncias, seja lícita ou ilícita, capaz de provocar dependência física ou psíquica. Verificou-se, no entanto, que o legislador manteve o critério da mera “influência”.

A comprovação da materialidade delitiva nesses casos dar-se-á por exames de sangue ou urina, pois, somente através deles, poderá se atestar que o motorista fez uso de substância psicoativa. Apresentou-se, contudo, posicionamento doutrinário no sentido de que é suficiente, para caracterização do delito, o exame clínico e a prova testemunhal.

Com o acréscimo da elementar típica objetiva (concentração de seis ou mais decigramas de álcool por litro de sangue) ao delito de embriaguez ao volante, o etilômetro, popularmente chamado de “bafômetro”, passou a ser um instrumento frequentemente utilizado pelos agentes de fiscalização para atestar a concentração etílica do motorista.

No entanto, a legitimidade de testagem por esse aparelho tem sido objeto de intensa discussão no mundo acadêmico. Isso se deve ao fato de que a norma penal descrita no *caput* do art. 306 do CTB é clara e objetiva ao mencionar a concentração mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue para caracterização da figura delitiva. Desta forma, tem-se entendido que o “bafômetro”, por auferir a concentração de ar expelido dos pulmões, não é meio idôneo para comprovar a

dosagem de álcool por litro de sangue.

Além disso, concluiu-se que, por ser a embriaguez uma intoxicação que deixa vestígios, deverá ser realizado exame de corpo de delito por perito oficial ou, na falta, por dois peritos nomeados, portadores de curso superior, preferencialmente, na área específica. Deste modo, não poderão os agentes de fiscalização ou policiais comprovar a materialidade delitiva através do aparelho de ar alveolar.

Ressaltaram-se, ainda, três outras situações envolvendo a utilização do “bafômetro”, quais sejam, a questão da falibilidade do instrumento, da ausência de menção no relatório impresso de que foi constatada a concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões e, por fim, da perícia sem contraprova, que levam à conclusão de que dito instrumento não é adequado a fazer prova no processo penal.

Se isso não bastasse, verificou-se que, em conformidade com o princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*, o motorista não está obrigado a colaborar na produção de provas que, eventualmente, poderão lhe prejudicar. Desta forma, em que pese a norma descrita no art. 277 do CTB dispor que o motorista suspeito de conduzir embriagado será submetido aos testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meio técnico ou científico, permitam confirmar a embriaguez, o condutor não poderá ser compelido a fornecer sangue para perícia ou soprar o “bafômetro”.

Da mesma forma, não poderá o imputado ser responsabilizado administrativa ou penalmente pelo exercício de um direito constitucionalmente consagrado, qual seja, de não cooperar na produção de provas em seu desfavor. Igualmente, não poderá responder pelo crime de desobediência, caso não se submeta ao bafômetro ou exame de sangue, já que sua participação nesses casos será ativa.

O princípio da não-autoincriminação não está expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, emanando de outros preceitos consagrados constitucionalmente, isto é, do princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como do direito de permanecer calado. Além disso, dita garantia está assentada num dos pilares do Estado Democrático de Direito – a dignidade da pessoa humana.

O privilégio de não fazer prova contra si mesmo está previsto expressamente no PIDCP e a CADH, diplomas internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária.

Ressaltou-se inclusive que, recentemente, em 15 de março de 2011, foi

aprovada a Resolução n. 35, do Conselho Estadual de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul, que regulamenta a aplicação de penalidades aos motoristas que se recusarem a soprar o “bafômetro” ou exame similar nos moldes do art. 277, §3 do CTB.

Em conformidade com o disposto na Resolução em comento, ao motorista que se recusar a submeter-se a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícias ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam certificar seu estado de embriaguez, serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB.

Acredita-se que a matéria objeto da referida resolução será objeto de muitas discussões, pois, em consonância com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o condutor não está obrigado a produzir prova em seu desfavor.

Analisando o privilégio da não-autoincriminação no Direito Português, especialmente no tocante à embriaguez ao volante, verificou-se que muito embora se reconheça o direito de não fazer prova contra si mesmo, o acusado não pode se recusar a se submeter à perícia, sob pena de responder pelo crime de desobediência. De acordo com a sistemática jurídica portuguesa, o condutor poderá inclusive ser compelido por decisão de autoridade judiciária competente à realização de perícia.

Após um detido estudo sobre a embriaguez ao volante e o princípio da não-autoincriminação, verificou-se que a “Lei Seca” apresenta muitos equívocos, sobretudo à luz dos direitos e garantias fundamentais. Por certo, a novel legislação precisa ser reformulada, já estando em tramitação Projetos de Leis sugerindo acréscimos e modificações na referida lei.

Para tanto, apresentaram-se algumas possíveis soluções para resolver o impasse da violência no trânsito ocasionado por condutores embriagados. A primeira delas seria que o art. 306 do CTB retornasse a redação original, que não vincula a caracterização da figura delitiva aos testes de alcoolemia. A segunda solução seria o acréscimo na atual redação do art. 306 do CTB da concentração igual ou superior a três décimos de miligramas de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. A terceira e última solução seria a edição de uma legislação que regulamente a possibilidade de submissão do motorista aos testes de alcoolemia com amparo no princípio da proporcionalidade e ponderação de bens jurídicos.

Por fim, conclui-se que a Administração Pública ainda deverá adotar projetos

e executar atividades voltadas à segurança viária, assim como deverá manter uma fiscalização permanente e efetiva executada por profissionais capacitados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009, parte geral.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1: parte geral.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html>>. Acesso em: 15 jan. 2001.

BRUTTI, Róger Spode. A Eficácia da Prova Testemunhal nos Delitos de Embriaguez ao Volante. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, 2008, v. 9.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiras Impressões sobre as inovações do Código de Trânsito**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11452&p=3>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Álcool e volante. Até quando será preciso provar o que é notório?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1842, 17 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11503>>. Acesso em: 04 out. 2010.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Delito de Perigo Abstrato: Um retrocesso no Código de Trânsito Brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 189, p. 14, ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **Imputação Objetiva: Lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. A Inconstitucionalidade do Teste de Alcoolemia e o Novo Código de Trânsito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 66, p. 12, maio 1998.

\_\_\_\_\_; LOPES, Fábio Motta. A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 191, p.8, out. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.

\_\_\_\_\_; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Retroatividade *secundum eventum probationis* do novo artigo 306 do CTB**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 05 dez. 2010.

COSTA SILVA, Davi André; EBERHARDT, Marcos. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, v.1.

DELMANTO, Roberto. As inconstitucionalidades da lei seca. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 189, p. 18, ago. 2008.

\_\_\_\_\_, Celso. **Código Penal Comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENCICLOPÉDIA BARSÁ UNIVERSAL. São Paulo: Barsa Planeta, 2007, v. 9.

ENCICLOPÉDIA BARSÁ UNIVERSAL. São Paulo: Barsa Planeta, 2007, v. 13.

FARIA, Paula Ribeiro de. Crimes contra a vida em sociedade. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). **Comentário Conimbricense do Código Penal**: parte especial. Coimbra: Coimbra, 1999, t. 2.

FERNANDES, Antônio Scarance Fernandes. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei seca (Lei 11.705/2008): exageros, equívocos e abusos das operações policiais**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Embriguez ao Volante (Lei 11.705/08): exigência de perigo concreto indeterminado**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Embriguez ao volante: basta a prova testemunhal(?)**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Embriguez ao volante, por si só, já é crime?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Embriguez ao volante: legislador continua embriagado**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Embriguez ao volante: notas à Lei nº 11.705/2008. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1846, 21 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11510>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_; MACIEL, Silvio. **Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ (Parte 1)**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14396>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HONORATO, Cássio Matos. Dois crimes de embriaguez ao volante e as alterações introduzidas pela Lei n. 11.705/08. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a 98, n. 880, p. 341-374, fev. 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de Trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Notas ao art. 306 do Código de Trânsito: crime de embriaguez ao volante. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 26, set. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1737>>. Acesso em: 27 mai. 2010.

\_\_\_\_\_. Embriaguez ao Volante: Notas à Lei n. 11.705/08. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**. ano IX, n. 52, out.-nov., p. 35.

KREBS, Pedro. A (in)constitucionalidade do §3º do art. 277 do CTB: uma leitura a partir da jurisprudência do TEDH. In: In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEON, Altair Ramos; MULLER, Walter Martins. Bafômetro: exame obrigatório ou não? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 66, p.9, maio 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES, Fábio Motta. A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARCÃO, Renato. Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11454>>. Acesso em: 7 nov. 2010.

MARRONE, José Marcos. **Delitos de Trânsito: Aspectos Penais e Processuais do Código de Trânsito Brasileiro: Lei n. 9.503/97.** São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Britto. O novo Código de Trânsito revogou as contravenções dos arts. 32 e 34 da LCP?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1739>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PALMA, Fernanda. **O direito à não auto-incriminação.** Disponível em:<<http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniao/fernanda-palma/o-direito-a-nao-autoincriminacao#>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. Breves considerações sobre o art. 306 do Código de Trânsito. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.21069>>. Acesso em: 03 jun. 2010.

PIVA, Otávio. **Comentários ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 e teoria dos direitos fundamentais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”: algumas observações. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 189, p. 16, ago. 2008.

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.

REGHELIN, Elisângela Mello. O “novo e multifacetado” artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de perigo. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. Código de Trânsito Brasileiro: disposições gerais e suas incongruências, **Boletim IBCCRIM**, ano 5, n. 61, dez. 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, parte geral.