

DA (IM)POSSIBILIDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO DA PROVA ETÍLICA NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ NO VOLANTE

Nelson Mancini BRANDOLIZ¹

RESUMO: Ao longo da evolução humana, o álcool sempre se fez presente, seja em festas, rituais religiosos, ou até mesmo na medicina. Perpetuando-se ao longo dos séculos, a questão da embriaguez ganhou notado destaque com o surgimento do automóvel, haja vista os malefícios corriqueiros que a combinação destes pode causar. No caso brasileiro, a questão ganha ainda mais relevo tendo em vista que o legislador, constantemente, busca criar leis que, em seu âmago, mostram-se inócuas, servindo, no mais das vezes, de escudo para o infrator que, pela interpretação pátria conferida ao Princípio a Não-Autoincriminação, bem como através de uma lei turva que acabam por não proteger a coletividade, que se mantém inerte frente ao quadro instaurado. Nesse sentido, é papel do cientista do Direito, pensar a essência do instituto e criar mecanismos com o condão de tutelar a coletividade, e entender que o Processo Penal justo não é aquele que absolve quem tem que ser absolvido, mas, igualmente, condena aquele que tem que ser condenado.

Palavras-chave: O álcool no mundo. As legislações de trânsito brasileiras. Embriaguez no CTB. Alterações no CTB. Supremacia do Interesse Público. Não Autoincriminação.

1. INTRODUÇÃO

A questão da embriaguez ao volante sempre preocupou o legislador, prova disso foram as diversas tentativas – por vezes, infrutíferas – de se criar um corpo legal destinado ao trânsito, buscando promover a segurança dos indivíduos que, indubitavelmente, necessitam utilizá-lo.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail@ nelson_mancini@hotmail.com

Nesse jaez, o presente trabalho expõe breves considerações históricas a respeito da utilização do álcool nas diversas sociedades, ao longo das eras, desde sua descoberta, quando do Período Neolítico, até a atualidade; ademais, traz também panorama histórico acerca das legislações criadas no decorrer da história pátria, desembocando na atual legislação, qual seja, o Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97, alterado em duas vezes pelas Leis 11.275/06 e 11.705/08.

Segundo dados do Portal de Trânsito Brasileiro (http://www.transitobr.com.br/index2.php?id_conteudo=9), ocorrem anualmente no Brasil, cerca de 45 mil acidentes fatais, sendo que aproximadamente 70% desse valor, ou seja, mais de 31 mil são acarretados pela soma de bebida e direção.

Tais dados certamente preocupam a coletividade, que por diversas vezes se vê desprotegida em faces das reiteradas condutas notadamente nocivas segurança social.

Assim, o presente trabalho questiona, em especial, a Lei 11.705/08 – a “Lei Seca” –, especificamente no tocante à embriaguez no volante. Percebe-se que, em que pese o legislador tenha se imbuído de boas intenções em sua criação, entoando a “tolerância zero” para a embriaguez, acabou criando mecanismos que tutelam não a sociedade – ora desprotegida –, mas sim o indivíduo infrator.

O triste fato é resultado de uma lei criada à toque de caixa, buscando conferir verdadeira “pseudo-segurança” à população – que clama constantemente por esta – somada à interpretação conferida pela doutrina e jurisprudência brasileira ao Princípio da Não-Autoincriminação, dando-o nítido caráter amplificativo, expandindo seu real propósito e impedindo a verdadeira finalidade do Direito: a Justiça.

Tendo em mente o atual vício existe na doutrina e jurisprudência, entendeu-se prudente explicitar, ainda que de modo breve, os fundamentos históricos do princípio em voga, a fim de se compreender mais claramente quais os motivos que levaram sua criação.

Buscando a tutela da sociedade – não ignorá-la frente indivíduo infrator – o Princípio da Supremacia do Interesse Público trás importantes linhas no sentido de elevar o interesse público frente ao meramente privado.

Por fim, de grande valia também se analisar o caso da embriaguez ao volante no Direito Comparado, trazendo a interpretação conferida por Estados mais evoluídos e de notado conhecimento jurídico no que toca os Princípios.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA HISTÓRIA DO ÁLCOOL.

O álcool, desde os primórdios, sempre esteve presente nas mais diversas sociedades de maneira deveras incisiva. Relatos apontam que sua origem ocorreu ainda na Pré-História, quando do Período Neolítico, ou seja, à aproximadamente 10.000 anos – mesmo período em que surgia a agricultura. Neste período, o produto era produzido a partir de um processo de fermentação natural, o que culminava em um resultado final de baixo teor alcoólico.

Nota-se que desde sua descoberta, o álcool adquiriu significados os mais diversos dentre as sociedades. Em Roma e na Grécia, por exemplo, notadamente locais com clima e solo propensos a sua produção, o álcool possuía não somente importância social, como também religiosa e medicinal.

Eurípedes, em sua obra *As Bacantes*, traz Dionísio, deus das festas e do vinho. Em seus relatos, o escritor deixa nítida a constante utilização da bebida pelo deus e por aqueles que os circundam, conferindo clara influência da bebida na referida sociedade.

Ademais, sabe-se que nesta sociedade, quando da época da colheita, eram realizadas festas ininterruptas durante cinco dias regadas a vinho, para homenagear referido deus.

Na literatura romana, notadamente politeísta à época, o deus correspondente ao vinho e às festas era Baco. Nesta sociedade, a influência do vinho era tamanha que se estima seu consumo, por pessoa, era de meio litro por dia.

Ainda sobre a sociedade romana, importante ressaltar que o Código Justiniano trazia como parte do alimento fornecido aos soldados uma espécie de vinho notadamente azedo, denominado “posca”.

Em que pese o álcool estivesse sempre presente nas diversas celebrações dos povos destes países, seu consumo exacerbado era por estes severamente censurados.

No Antigo Egito, por sua vez, o resultado proveniente das bebidas fermentadas era utilizado como medicamento, haja vista eliminarem vermes e parasitas, em especial aqueles provenientes do Rio Nilo.

A Bíblia Sagrada relata, por diversas vezes, situações em que o álcool estava presente. Tão logo em seu primeiro Livro, é narrada a ocasião em que Noé veio a se embriagar: “Noé, que era agricultor, planejou uma vinha. Tendo bebido vinho, embriagou-se, e apareceu nu no meio de sua tenda” (GÊNESIS, 9:20-21).

Ainda com relação à Bíblia Sagrada, é trazido o primeiro milagre de Jesus Cristo, ao transformar água em vinho durante uma festa de casamento, na cidade de Caná, na Galiléia:

Logo que o chefe dos serventes provou da água tornada vinho, não sabendo de onde era, chamou o noivo e disse-lhe: “é costume servir primeiro o vinho bom e, depois, quando os convidados já estão quase embriagados, servir o menos bom. Mas tu guardaste o vinho melhor até agora”. Este foi o primeiro milagre de Jesus; realizou-o em Caná da Galiléia. Manifestou a sua glória, e os seus discípulos creram nele. (JOÃO, 2:9-11).

Salienta-se que, assim como em Roma e na Grécia, já havia conscientização com relação ao uso da bebida alcoólica, é o que se nota no seguinte versículo bíblico: “não vos embriagueis com vinho, que é uma fonte de devassidão, mas enchei-vos de Espírito” (EFÉSIOS, 5:18).

No fim do século XVIII, as Revoluções Francesa e Industrial (principalmente esta última) acarretaram diversas alterações sociais: aumento populacional gerado pela expectativa de melhoria de vida que as cidades proporcionavam, alteração nas formas de produção, que deixa de ser manual para se tornar industrial, por exemplo.

Referidas e drásticas alterações nas estruturas societárias da época tiveram algumas características marcantes. Sabe-se que o período da Revolução Industrial marcou o surgimento de duas classes opostas que perduram até a atualidade: a capitalista (detentora do capital) e o proletariado (que não possui nenhum meio de vida, a não ser sua força de trabalho, ou seja, suas aptidões para desenvolver determinadas atividades).

Em meio a uma conjuntura na qual o Estado se mantinha inerte, a classe capitalista subjugava o proletariado, que se sujeitava a condições não humanas para prover seu sustento e o de sua família.

Fatores como a falta de oportunidades, a precariedade das condições de trabalho, a crescente discrepância entre as classes da época, agregados ao aumento da produção e o conseqüente aumento da facilidade de obtenção do produto, culminaram em nítido aumento de consumo de bebidas alcoólicas pela população.

Foi neste momento histórico – por volta da primeira metade do século XVIII – que, na Inglaterra, Thomas Trotter falou em alcoolismo como uma doença, e Magnus Huss, em alcoolismo crônico, como bem apontam Gigliotti e Bessa, em artigo denominado “*Síndrome de Dependência do Álcool: critérios diagnósticos*”.

A preocupação com o uso crescente do álcool fez surgir nos Estados Unidos um movimento social baseado tão somente em conceitos morais da época, denominado “Temperança”, com a finalidade de controlar tal uso. Em consequência, em 16 de janeiro de 1.919, com a 18ª Emenda à Constituição, fora criada a Lei Seca, que entrou em vigor um ano depois, durante o segundo mandato de Woodrow Wilson. Referida lei proibia veementemente a fabricação e utilização do álcool.

A lei em voga perdurou por pouco mais de 13 anos, até que, em cinco de dezembro de 1.932, com a 21ª Emenda à Constituição, foi abolida, durante o primeiro mandato de Franklin Delano Roosevelt.

Já na primeira metade do século XX, Elvin Morton Jellinek realizou trabalho de imensa magnitude acerca da embriaguez que, sem laivo de dúvida, colaborou para o desenvolvimento do estudo do tema. Sobre tal contribuição, Ana Cecilia Peta Roselli Marques, em sua obra “*O uso do álcool e a evolução do conceito de dependência de álcool e outras drogas e tratamento*”, suscintamente expõe:

“Em 1.940, Jellinek divulgou suas reflexões sobre o alcoolismo como uma doença, propondo uma divisão dos seus “portadores” de acordo com uma tipologia empiricamente determinada. Seu livro, ‘The Disease Concept of Alcoholism’, publicado em 1.960, foi um marco na evolução deste conceito e classificava os pacientes em função do consumo de álcool em Alfa, Beta, Gama Delta e Epsilon”. (grifo nosso)

Como bem dispõe a autora supra, Jellinek classificou seus pacientes em cinco graus diferentes, de acordo com a função do consumo de álcool no organismo. Segundo, RAMSKOGLER, WALTER, HERTLIN, RIEGLER, GUTIERREZ E LESCH (p.09), em sua obra “*Sub groups of alcohol dependente and their specific therapeutic Management: A review and introduction to the Lesch-Typology*”, o tipo Alfa utiliza o álcool como um meio de lidar com estresse social ou físico. Segundo referidos autores, tais pacientes não mostram nenhum sinal de violência física, mas sim de dependência psíquica, não perdem o controle e são capazes de se abster da bebida facilmente.

Em grau imediatamente superior, o tipo Beta enquadra aqueles que bebem ocasionalmente, mas, ainda sim, sofrem com doenças relacionadas a seu uso, como por exemplo, polineuropatia, cirrose do fígado ou gastrite.

No tipo Gama o consumo é ocasional, nota-se maior frequência no consumo, o que, por conseguinte importa em certa dificuldade para se controlar, quando a ingerem.

O quarto estágio da classificação – Delta – importa nos indivíduos que não podem se abster de beber e sofrem com diversos sintomas de abstinência.

Por fim, o quinto e último estágio da classificação, o Epsilon, também o estágio mais avançado da doença, traduz a ideia do indivíduo dipsomaníaco, ou seja, que possui forte impulso de ingerir bebidas alcoólicas².

O alcoolismo foi, em 1.952, incluído no Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais (DSM-I), sendo que, em 1.967, a Organização Mundial da Saúde incorporou o alcoolismo a Classificação Internacional das Doenças (CID-8). Referida classificação, segundo Ana Cecilia Peta Roselli Marques (2001, p.3):

“[...] dividia os problemas relacionados ao uso do álcool em três categorias: dependência, episódios de beber excessivo (abuso) e beber excessivo habitual. Os dois instrumentos diagnósticos consideravam o uso abusivo do álcool secundário a problemas psicológicos ou de personalidade”.

² Do original: “The Alpha type uses alcohol as a means of coping with social or physical stress. Those patients show no signs of physical bot of psychic addiction. They have no loss of control and are able to abstain from drinking without difficulty. The Beta type is the occasional drinker who is not addicted but who is suffering from severe alcohol-related diseases (e.g., polyneuropathy, liver cirrhosis, gastritis). The Gamma type is the episodic drinking, addicted drinker that is able to abstain but is suffering loss of control when consuming alcohol. The Delta type is the regular drinker that can not abstain from drinking and is suffering severe withdrawal symptoms. The Epsilon type drinks regularly or episodically, in the sense of dispomania”.

Percebe-se, pelo breve histórico trazido à baila que a figura do álcool está atrelada à sociedade de tal modo que, deixa, em muitos casos, de ser analisado com seu patente caráter entorpecente, o que, sem laivo de dúvidas, não é correto. Desta feita, não se pretende – nem é possível imaginar – abolir a utilização do álcool, pretende-se, desta forma, estimular o uso consciente e moderado de modo a tutelar pela saúde tanto do usuário, quando da coletividade.

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS LEGISLAÇÕES DE TRÂNSITO BRASILEIRAS.

Sem laivo de dúvidas, o conhecimento sob o ponto de vista histórico auxilia imensamente para melhor compreensão da atual problemática a qual é apresentada com relação à embriaguez no volante.

É inegável que a vinda do automóvel para o Brasil trouxe consequências as quais não tinham sido experimentadas pela sociedade da época, exemplo claro, os acidentes de trânsito, causado, por vezes, pela embriaguez daquele que conduzia o veículo.

Em que pese o advento do primeiro automóvel no Brasil tenha ocorrido em 1.891, com Alberto Santos Dumont, a primeira legislação que buscava cuidar do trânsito é ainda anterior, datada de 1.856, através do Decreto n. 1.733, de 12 de março e, de forma bastante precária, buscava regularizar os transportes urbanos típicos da época, quais sejam, de tração animal e sob trilhos.

Neste quadro, quase 20 anos após a aquisição de Dumont, surge no Brasil um decreto visando estabelecer parâmetros para a direção de veículos automotores, entretanto, conforme bem assevera Paulo Marcos Vargas (2009, p. 36), tratava-se de uma legislação “pouco complexa, haja vista, ser o automóvel um instrumento que poucas pessoas no país possuíam”.

Trata-se, desta feita, do Decreto 8.324, de 27 de outubro. Importante salientar que, através do decreto em voga, fora incentivado, pelo então Presidente

Nilo Peçanha, o transporte – seja intra ou interestadual - de mercadorias e passageiros realizados por automóveis.

Cabe destacar que já nesta embrionária legislação percebia-se a preocupação com a segurança viária, é o que se denota do art. 21 que exigia que os condutores – então denominados “motorneiros” – se “mantivessem constantemente senhoras da velocidade do veículo” (PINHEIRO e RIBEIRO, 2001, p. 1).

Passados alguns anos, um novo Decreto surge no ordenamento brasileiro, desta vez o Decreto n. 4.460/22, tratando de assuntos os mais diversos, desde conservação, v.g., trazendo o limite de carga que os variados veículos deveriam possuir; até a questão do policiamento nas vias, que já se fazia deveras necessário e segurança, com a proibição nas vias dos conhecidos carros de boi.

Referidos fatos encontram-se no parágrafo 2º do referido Decreto, bem como do art. 5º, trazidos por José Ricardo Cintra de Lima (1.998, p.3):

“art. 2º [...]

§ 2º. As estradas deverão ser franqueadas a quaesquer vehiculos, automoveis ou não, com excepção dos chamados carros de boi e eixo móvel, que por elas não poderão transitar...

Art. 5º. O poder executivo determinara a carga máxima dos vehiculos, tendo em consideração os typos usuaes de automóveis...”.

Nesta conjuntura, a preocupação com a segurança viária crescia exponencialmente, sobretudo nos países mais desenvolvidos. Referida preocupação foi gradativamente ganhando os holofotes da época, até culminar na Convenção Internacional Relativa À Circulação De Automóveis, assinada por 40 Estados, em 24 de abril de 1.926, na cidade de Paris.

Tamanha a importância da referida Convenção que no mesmo ano o Brasil, em consequência, estabeleceu o Decreto 19.038/26 que estabelecia, entre outros, a utilização das placas de trânsito nas vias públicas.

Nos anos seguintes, de 1.927 e 1.928, o legislador continuou com a criação de Decretos viários. Em 1.927, o Decreto Legislativo n. 5.141/27 criou um Fundo para construção e conservação das rodovias federais. Segundo Paulo Marcos Vargas (2009, p. 37), referido Fundo era “extraído de um adicional aos

impostos de importação aos produtos que tem ligação com o consumo de gasolina, tais como automóveis e adjacentes”.

Já em 1.928, foi instituído o Decreto n. 18.323/28, que além de passar a permitir a circulação de veículos estrangeiros em território brasileiro, estipula as competências de fiscalização, sendo da União, Estados ou Municípios, a depender da circunscrição sobre a referida via.

Ademais, há que se destacar, ainda no âmbito da fiscalização das vias, a criação da “Polícia de Estradas”, que, posteriormente, quando da data de 1.945, viria a ser denominada “Polícia Rodoviária Federal”.

Neste panorama histórico, a frota de veículos no Brasil iniciara seu exponencial e contínuo crescimento, entretanto, a legislação vigente à época carecia de eficácia, foi então que, em 1.941 surgiu o primeiro Código Nacional de Trânsito, através do Decreto Lei 2.994/41, datado de 28 de janeiro.

O código em comento trazia em seu corpo 147 artigos que, segundo Honorato (2004, p. 26) dispunham “sobre normas gerais de trânsito, circulação internacional de automóveis no território brasileiro, sinalização viária, veículos, habilitação de condutores, infrações e penalidades”, para tanto, criou os Conselhos Regionais de Trânsito que deveria zelar para observância do Código.

Ainda, traço marcante do primeiro Código de Trânsito Brasileiro foi a criação do Conselho Nacional de Trânsito, com atribuições unicamente consultivas, competindo-lhe, decidir, desta feita, sobre as consultas formuladas pelos Conselhos Regionais de Trânsito, com relacionadas a dúvidas ou omissões na aplicação do Código (TEIXEIRA, p. 28).

Entretanto, a vigência deste fora bastante curta, haja vista no mesmo ano de 1.941 ter sido criado o decreto n. 3.651, de 25 de dezembro, pela primeira vez sancionando a embriaguez ao volante com medidas administrativas.

Desta feita, preceituava o art. 127, item 55, *ipsis verbis*: “art. 127: São infrações do condutor de veículos: 55. Dirigir em estado de embriaguez, multa de 222\$0” (LEGISLAÇÃO).

Nota-se, desta feita, o fato de que o legislador da época quedou-se inerte frente ao delito de embriaguez ao volante, conferindo ao condutor em estado de embriaguez sanções de caráter administrativo.

Talvez o motivo pelo qual levou o legislador a cuidar tão somente da sanção de cunho administrativo seja o fato de que, com relação a sanções de

natureza criminal, aplicava-se, ainda que de modo genérico, a Consolidação das Leis Penais (trazida pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1.932). Sobre a aplicação da Consolidação em tela, Marcellus Polastri Lima (2001, p. 12) explicita:

“Assim, eventual acidente de trânsito com morte ou lesões corporais só poderia se amoldar ao homicídio culposo e à lesão corporal culposa ali prevista (Consolidação das Leis Penais). Nem mesmo existiam contravenções penais relacionadas a veículos” (LEGISLAÇÃO).

Ainda em vigência atualmente, a Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei 3.688/41), trouxe em seu bojo normativo, previsão para o crime de embriaguez ao volante. Ressalta-se que o delito em voga, existente no art. 34 da referida lei, não tratava exclusivamente de veículos automotores, é o entendimento que se extrai, em análise ao artigo em comento:

“Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis”.

Em que pese a LCP já trouxesse punição para o condutor embriagado, eventual delito cometido em detrimento de referido estado era punido pela legislação penal geral, trazida pelo então novo Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848 de 1.940). Acerca de referida aplicação, Lima (2001, p.12) narra com brilhantismo:

“Em relação às normas penais específicas, as mesmas só passaram a existir com o vigente Código Penal e a Lei de Contravenções Penais, com a agravação de pena nos casos de homicídio culposo e lesões corporais culposas, causadas por inobservância de regra técnica, ou quando o agente omitia socorro à vítima ou fugia da prisão em flagrante (arts. 121, §4º e 129, §, ambos do Código Penal) e as contravenções de falta de habilitação para dirigir veículo e de direção perigosa na via pública”.

Os anos de 1.966 e 1.968 trouxeram significativas alterações no arcabouço legislativo relativo ao trânsito, haja vista a criação do Terceiro Código

Nacional de Trânsito, através da Lei n. 5.108/66, promulgado com o advento do Decreto n. 62.127/68.

Em que pese o então Novo Código Nacional de Trânsito tenha ganhado vida, esse, assim como seus anteriores, também não cuidou do crime de embriaguez ao volante, conferindo apenas sanções administrativas para tais situações e deixando tal encargo ao crivo ainda da Lei de Contravenções Penais.

Paulo Marcos Vargas (2009, p. 40) acertadamente trás o papel fundamental das campanhas e disposições normativas tratando da educação, prevenção e proibição de uso de bebidas alcoólicas. Segundo o autor, elas tiveram papel basilar para a criação da Resolução 737/89 do Conselho Nacional de Trânsito que, inovadoramente, passou a permitir a utilização de aparelho que medisse a dosagem de álcool, ou sua verificação através de exame de sangue, com objetivo crucial de coibir ingestão de bebidas alcoólicas dos indivíduos que fossem conduzir veículos automotores.

Arnaldo Rizzardo (2007, p. 390/391), com conhecimento ímpar acerca das legislações do trânsito, expõe:

“A Resolução 737/1989 (revogada pela Resolução 52, a qual, por sua vez foi substituída pela Resolução 81/1998), do Contran, cujo art. 1º autorizava o teste para aferir a existência de álcool no organismo humano, através de aparelho de ar alveolar (bafômetro) ou de outros meios técnicos científicos, como os de exame de sangue, com o objetivo de coibir abusos ou evitar acidente. [...] De outro lado, pelo art. 2º da mesma Resolução, configura-se a embriaguez alcoólica com concentração de oito decigramas de álcool por litro de sangue, ou de 0,4 mg por litro de ar expelido pelos pulmões. A partir desta dosagem sucediam as penalidades de multa e apreensão da carteira”.

3.1. O “NOVO” CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.

A evolução social trazida com o passar dos anos acabou por tornar a lei de 1.966 obsoleta. De fato, os problemas envolvendo a embriaguez ao volante ainda eram responsáveis por danos os mais graves possíveis para sociedade. Assim, no final da década de 1.990, mais precisamente em 1.998, entra em vigor a Lei 9.503/97 – o Quarto Código de Trânsito Nacional: O Código de Trânsito Brasileiro –, nesta esteira, a Resolução 737/89 é revogada pela 52/1998, inovando-

se no *quantum* de álcool no sangue necessário para decretação do estado de embriaguez.

Quando da criação do Código em tela, mais uma vez, facilmente se percebe o fato de que o legislador se viu pressionado pela sociedade que clamava por uma necessária atualização legislativa, tendo em vista o crescente número de mortes nas estradas durante a década de 90.

Em verdade, a vinda da então nova lei conferiu esperança à sociedade, tendo em vista penas mais exigentes e sanções em montantes mais elevados, se em comparação com as passadas.

Inovadoramente, a lei em voga trouxe um Capítulo com finalidade de cuidar especificamente de crimes de trânsito, inclusive do delito de embriaguez ao volante, deixando tal conduta de ser regradada pela Lei de Contravenções Penais.

Outra alteração trazida, conforme já brevemente citado, foi a alteração no *quantum* necessário para caracterização do estado de embriaguez, deixando de ser de oito decigramas de álcool por litro de sangue (ou 0,4 miligramas de sangue por litro de ar expelido pelos pulmões) para seis decigramas de álcool por litro de sangue (ou 0,3 miligramas de sangue por litro de ar expelidos pelos pulmões).

Ressalta-se, todavia, que referida quantidade mostrava-se necessária apenas para infração administrativa cunhada no art. 165 da Lei 9.503/97, sendo que, nesta época o tratamento conferido ao crime de embriaguez ao volante não era atrelado à quantidade de álcool ingerido, mas a sua ingestão acrescida da ocorrência de perigo concreto, devido à expressão estabelecida no art. 306, *in fine*: “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Tais preceitos contidos nos artigos supramencionados permaneceram inalterados, todavia, a lei 11.275/06 buscou trazer novos mecanismos para tornar a aplicação da lei mais efetiva, e, não obstante, o legislador viu por bem, no ano de 2008, promulgar a lei 11.705/08, a “Lei Seca”.

Diante do curto interstício temporal proveniente da criação das duas leis supra, bem como, pelo fato de que essas foram precariamente criadas, várias questões foram levantadas – principalmente acerca da embriaguez – e, diante destas, várias teses diametralmente opostas foram jogadas à mesa.

Vencida a fase histórica, fundamentalmente importante para melhor compreensão do presente tema. Serão analisadas no Capítulo que segue questões

atinentes à produção de prova, sua obrigatoriedade/faculdade, bem como métodos alternativos de produção probatória, em vista do verdadeiro cochilo do legislador.

4. A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.

Após o breve e fundamental panorama histórico abarcando, de modo geral, as legislações que buscaram cuidar das matérias voltadas ao trânsito, optou por um enfoque maior acerca da embriaguez frente ao “atual” Código de Trânsito Brasileiro, uma vez caracterizar o foco principal do presente trabalho e possuir diversas minúcias que podem levar o leitor desavisado a erro.

Nessa toada, sempre importante ressaltar o fato de que, abarcando o tema da embriaguez no volante, encontram-se duas esferas: a administrativa e a penal, regulamentadas em diversas passagens do texto legal, com consequências diversas.

4.1. A QUESTÃO DA REPRIMENDA ADMINISTRATIVA.

Quando da instituição do Código de Trânsito Brasileiro, há que se destacar que um dos artigos destinados à reprimenda administrativa, qual seja, o art. 165, sofreu foi alvo de alterações tanto na Lei 11.275/06, quanto na 11.705/08. Desta forma, é de extrema importância trazer à baila sua “evolução”.

A redação original do art. 165 trazia em seu preceito primário, *in verbis*: “Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Da leitura realizada, extraía-se a norma que impunha ser “atípica” a conduta de dirigir sob a influência de álcool, caso sua concentração fosse inferior a seis decigramas por litro de sangue, ou seja, o ordenamento da época suportava condutas e não punia administrativamente quem estivesse com concentração alcoólica inferior à trazida pela lei.

Ponto importante gira em torno da expressão “sob a influência de álcool”, segundo Damásio de Jesus (2008, *in* Embriaguez ao volante: notas à Lei n. 11.705/08):

“Dirigir veículo automotor em via pública “sob a influência” de álcool ou substância similar, significa, sofrendo seus efeitos, conduzi-lo de forma anormal, fazendo ziguezagues, ‘costurando’ o trânsito, realizando ultrapassagem proibida, ‘colado’ ao veículo da frente, na contramão, com excesso de velocidade, etc”.

Umbilicalmente conexo ao artigo 165, estava o artigo 276 do mesmo diploma legal. Este, taxativamente dispunha 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, tal preceito corroborava com o disposto no artigo 165, sendo que, cometia a sanção administrativa o indivíduo com concentração superior à seis decigramas de álcool por litro de sangue e, conseqüentemente, nestas condições de concentração etílica, estava impedido de dirigir veículo automotor.

Em 2006 houve a edição da Lei 11.275/06, a qual, dentre outros artigos, alterou o preceito primário do artigo 165, passando este a reger: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Claramente, houve supressão do *quantum* outrora exigido para o condutor. Desta feita, o condutor surpreendido dirigindo sob a influência de álcool – com direção anormal proveniente da ingestão do álcool – responderia administrativamente, ainda que não comprovado os seis decigramas de álcool por litro de sangue, anteriormente requisito necessário.

Contudo, esqueceu o legislador de alterar o dispositivo que guardava profunda relação com o antigo 165 e, conforme analisado, harmonizava o entendimento, qual seja, o artigo 276.

Assim, enquanto o artigo 165, devidamente alterado pela Lei 11.275/06 dispunha ser infração administrativa o simples fato do condutor se encontrar dirigindo sob influência de álcool, independente de sua concentração no sangue, o artigo 276 continuava a estabelecer que estaria impedido de dirigir apenas o

condutor cuja concentração etílica fosse superior a seis decigramas por litro de sangue.

Nota-se, desta feita, incongruência entre os dispositivos legais. Neste aspecto, Arnaldo Rizzardo (2007, p. 548) discorre:

“O limite para caracterizar o estado de embriaguez é de seis decigramas de álcool por litro de sangue, ficando, então, impedida, a pessoa de dirigir. Não determina o dispositivo que o estado alcoólico não se verifica com menor quantidade de álcool. No entanto, aí, cumpre-se provar que o condutor dirigia sob influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente”.

A luz de tal disparidade, parcela da doutrina convergiu no sentido de que, mesmo o artigo 165 tendo suprimido a quantidade de álcool necessária, o artigo 276, por não ter sido correspondentemente alterado, obstava tal entendimento. Leal (2007, p. 118), acerca desta constatação, afirma:

“Entendemos que, no caso de exame pericial, é preciso que o patamar mínimo de seis decigramas, ainda previsto, seja positivamente verificado para a configuração da infração administrativa descrita no art. 165 do CTB”.

Nesse seara, o artigo 277 fora intensamente alterado, passando a obrigar o condutor envolvido em acidente de trânsito ou alvo de fiscalização, por suspeitas de estar legal embriagado, ser obrigado a realizar testes, entre os quais, o de alcoolemia.

Nota-se que, o fato do artigo em tela trazer a obrigação do sujeito se submeter a exames de alcoolemia faz com que a doutrina imensamente majoritária debruce-se no sentido de que este é inconstitucional, tendo em vista o Princípio a Não-Autoincriminação. Com máxima vênia, entendemos que tal posicionamento mostra-se equivocado, uma vez analisando a origem do princípio em voga, em como do ordenamento jurídico como um todo.

Salienta-se, desta feita, que o debate acerca do Princípio a Não-Autoincriminação será objeto de estudo em capítulo futuro.

Nesse quadro, já em 2008 o legislador tenta, através da Lei 11.705/08 – A “Lei Seca” – novamente inovar na incessante busca pela tutela da sociedade. Desta feita, altera novamente o artigo 165, bem como o artigo 276, com a finalidade de fortalecer os mecanismos relacionados à sanção administrativa.

Neste diapasão, o artigo 165 inova nas penalidades correspondentes; além da multa já existente, previu o legislador também a suspensão do direito de dirigir por dose meses, bem como, previu a retenção do veículo até a apresentação do condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Com relação à alteração do art. 276, o legislador, desta vez buscou coerência com o artigo correspondente (art. 165), passando a estabelecer, *in verbis*: “Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código”, assim, diferentemente do que ocorrera na legislação de 2006, não se exige qualquer concentração etílica para configurar a sanção administrativa relativa.

Assim, exposta a linha temporal acerca da reprimenda administrativa, percebe que o legislador alterou seu entendimento ante à necessidade de comprovação do teor alcóolico para fins de punição, haja vista que em sua obra original, os artigos 165 e 276 traziam referida quantidade, qual seja, seis decigramas de álcool por litro de sangue, e, com as alterações provenientes das Leis 11.275/06 e 11.705/08, referido *quantum* deixou de ser exigido, aplicando-se penalidade tão-somente com a mera constatação da direção com vieses de embriaguez.

4.2. A QUESTÃO DA REPRIMENDA PENAL.

A Lei 9.503/07, dentro outras inovações, apresentou pela primeira vez um capítulo com a finalidade de cuidar dos crimes de trânsito, acerca deste fato, Honorato (2004, p.32) asseverou que o código conta com “uma parte geral e outra especial, com descrição de tipos penais de injusto relacionados ao trânsito, denominados crimes de trânsito propriamente ditos”.

Da legislação original do Código de Trânsito Brasileiro, trazido à baila em 1.997, o art. 306, que cuidava especificamente do crime de embriaguez do volante dispunha: “Dirigir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool

ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Desta feita, em breve análise aos elementos existentes no presente tipo, um, em especial chama atenção, qual seja “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Ponto pacífico na doutrina é o fato de que o artigo em tela se trata de um crime de perigo, todavia, divergiam os cientistas do direito sobre qual sua espécie.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes afirmava se tratar de um crime de perigo concreto indeterminado, assim dispunha e ressaltava a “necessidade da condução anormal, por meio de zig-zag ou mesmo por uma infração de trânsito no percurso da via pública” (*in* Reforma do Código de Trânsito (Lei 11.705/08): novo delito de embriaguez ao volante).

Fernando Fukassawa (1.998) *apud* Paulo Marcos Vargas (2.009, p. 44), por sua vez, adotava posição diferente. Segundo o autor, o crime de embriaguez ao volante era de perigo abstrato, ou seja, para ele não se fazia necessária qualquer comprovação de direção anormal por parte do condutor.

Outra questão deveras debatida ocorria no tocante à quantidade alcoólica necessária para se caracterizar o delito do artigo 306. Desta questão surgiam duas correntes distintas.

Primeira corrente, derivada da própria lei de trânsito, afirmava que, devido ao artigo 276, do Código de Trânsito Brasileiro, era necessário o *quantum* trazido de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Nota-se que por tal corrente, aplicava-se o Princípio da Legalidade³.

Segunda corrente, diversamente, corroborava pela inexistência de quantidade específica, uma vez que, *in casu*, busca-se analisar tão-somente se a quantidade ingerida pelo condutor teve ou não o condão de influenciar o correto funcionamento da atividade do sistema nervoso central, e, por via de consequência, reduzir sua capacidade motora, perceptiva e comportamental.

Há de se ressaltar que a Lei de 2006 pouco se ocupou com o delito de embriaguez ao volante. Neste sentido, Paulo Marcos Vargas (2009, p. 48) dispõe: “Trouxe apenas a inclusão do inciso V no parágrafo único do artigo 302 [...] tendo validade, também, para o artigo 303”.

³ Art. 5º [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim, a alteração de 2006 conferiu uma circunstância agravante para o caso do indivíduo envolvido em acidentes de trânsito com resultado lesão corporal culposa ou homicídio culposo, se este estivesse sob influência de substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.

Conforme explicitado no Capítulo anterior, a alteração trazida pela Lei 11.275/06 conferiu mais intensas transformações no artigo 277, o qual possibilita ao agente de trânsito realizar outras provas em direito admitidas, nos casos de embriaguez ao volante em que o condutor se recusar a realizar os exames previstos no “caput” do referido artigo; *in verbis*:

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

Cumpramos especificar que, quando da alteração de 2006, fora mantido o disposto no referente ao delito de embriaguez ao volante (art. 306), assim, para a configuração do delito em tela continuava necessário que “o condutor, além de encontrar-se sob influência de álcool ou outra substância de efeitos análogos, dirija expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” (Oliveira, 2007, *in Lei 11.275/06: aplica-se ao delito de embriaguez ao volante?*).

Diferentemente, porém, era o quadro referente à punição administrativa, neste sentido, o mesmo autor segue expondo:

“Basta que o motorista esteja conduzindo o seu veículo influenciado por álcool ou substância entorpecente, para que exista a consumação da infração do art. 165 do CTB, não sendo mais necessário que se atinja o nível de substância alcoólica superior a seis decigramas por litro de sangue, como era exigível antes da vigência da Lei nº 11.275/06”. Oliveira, 2007, *in Lei 11.275/06: aplica-se ao delito de embriaguez ao volante?*).

Importante conflito que se estabeleceu na doutrina, assim como ocorrera com relação às infrações administrativas, se deu com relação ao artigo 277. Conforme analisado em Capítulo anterior, referido artigo exige do condutor envolvido

em acidente, ao ainda alvo de fiscalização com suspeita de embriaguez, uma conduta ativa, no sentido de que ele precisa colaborar, submetendo-se a testes que possam vir a corroborar a tese de sua embriaguez.

Contudo, em análise topográfica do Código de Trânsito Brasileiro à época da alteração legislativa de 2006, percebe-se o fato de que a regra contida no artigo em análise (art. 277) insere-se no Capítulo XVII “Das Medidas Administrativas”. Assim, debruça-se a doutrina no sentido de que referida imposição legal é permitida apenas à luz da sanção administrativa, sendo inviável na esfera penal.

Ademais, há a questão da interpretação deveras amplificativa ao Princípio da Não-Autoincriminação, conferida pela doutrina e jurisprudência pátria de forma quase unânime.

Por fim, dois anos após, surge a Lei 11.705/08, a “Lei Seca”, entoada sob vozes que logravam “tolerância zero” na perigosa combinação existente entre ingestão de bebidas alcoólicas e direção de veículo automotor.

Nesse jaez, o legislador alterou o artigo 306 e, a nosso ver, por falta de técnica, acabou, mesmo carregado de boas intenções, realizando uma lei a qual protege o infrator, em face de toda a coletividade.

Assim, cabe ao doutrinador, ou seja, o pensador do direito, buscar soluções alternativas para se implantam atos que confirmam segurança à sociedade⁴.

Feita tais considerações essenciais para foco no ponto central do presente artigo, necessário se faz transcrever, *in verbis*, a nova redação do artigo 306, com as alterações da mencionada Lei 11.705/08:

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

Apontam-se tão logo duas alterações atinentes ao artigo em análise, frente à legislação original, datada de 1.997: a primeira refere-se à exclusão do

⁴ Dos embrionários estudos jurídicos, corriqueiros nas instituições de ensino, Sabe-se que a sociedade cedeu parcela de sua liberdade em troca de **efetiva** proteção estatal.

elemento “sob influência de álcool”. Desta forma, o crime que outrora era tido como sendo de perigo concreto, ganha a roupagem de crime de perigo abstrato.

De fato, neste aspecto, entendemos que andou bem o legislador, uma vez antecipando o momento em que o Estado pode praticar mecanismos no sentido de tutelar a sociedade em, na atual conjuntura, encontra-se, em análise crítica, desampara.

Neste sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, citando precedente da Ministra Ellen Gracie, afirmou em sede do HC 109269, julgado em setembro de 2.011: “é como o porto de armas. Não é preciso que alguém pratique efetivamente um ilícito com emprego da arma. O simples porte constitui crime de perigo abstrato porque outros bens estão em jogo” (*in* Jornal Estado de São Paulo. Quinta-feira, 03 de novembro de 2.011).

Entretanto, mesmo após referido parecer do Pretório Excelso, há doutrinadores que dão linhas inconstitucionais aos crimes de perigo abstrato, em face dos Princípios Constitucionais da Intervenção Mínima, da Ofensividade e da Proporcionalidade entre a conduta e a resposta penal, dentro do Estado Democrático de Direito.

Acerca da inconstitucionalidade referida, Celso Delmanto (2007, p. 43):

“Quanto aos crimes de perigo abstrato, entendemos que em um Estado Democrático de Direito são eles de questionável constitucionalidade, em face dos postulados constitucionais da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade ou razoabilidade entre a conduta e a resposta penal (ínsitos ao conceito de *substantive due process of law*). Verifica-se, assim, que a mera subsunção do fato ao tipo penal – antijuridicidade formal – não basta à caracterização devendo-se 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 a caracterização do injusto penal”.

Conquanto tal posicionamento, *data vênia*, tendo em vista o elevado número de acidentes de veículos com infimas lesões e óbitos, agregados ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, posicionamo-nos em sentido de que tal corrente não deve prosperar.

Além da alteração supra mencionada, outra confere grandes debates, qual seja: a exigência da concentração acima de seis decigramas de álcool por litro de sangue.

Conforme se demonstrará, mesmo o legislador tendo pretendido inibir o consumo de bebida alcoólica pelo condutor de veículo automotor e, concomitantemente, aduzir penalidades mais severas para tal infrator, acabou por engessar a aplicação da lei, criando uma lei que, em verdade, beneficia o infrator e deixa a sociedade completamente desprotegida.

Com relação ao *quantum* conferido pela Lei Seca necessário para conferir o delito de embriaguez ao volante, Humberto Fernandes de Moura (2008, p. 27):

“A exigência mínima de seus decigramas de álcool por litro de sangue, determinada pela atual redação do artigo 306 do CTB, como meio de prova a indicar que o motorista se acha impedido de dirigir o veículo, constituindo crime de violação à norma expressa, foi um equívoco do legislador que pretendia agravar penalmente a situação de quem bebe e dirige”.

É cristalino o fato de que, ao exigir uma quantidade mínima de concentração etílica no sangue, o legislador fez cair por terra toda e qualquer outra possibilidade de produção de prova em direito admitida para o caso concreto, tendo em vista que nenhuma outra modalidade probatória terá o condão de se aferir tal *quantum*.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou:

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

1. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sofreu significativas mudanças em sua estrutura típica, com o advento Lei n.º 11.705/08. Primeiro, esse delito passou a ser de **perigo abstrato**, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta. Em segundo lugar, incluiu-se a elementar referente à "concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas", tornando a imputação mais objetiva e precisa. Em seu texto original, o delito exigia, para sua configuração, apenas a comprovação de que o condutor do veículo dirigia sob a influência de álcool apta a comprometer a incolumidade de outrem. 2. **A nova redação do crime de embriaguez ao volante exige, para caracterizar a tipicidade da conduta, seja quantificado o grau de alcoolemia. Essa prova técnica é indispensável e só pode ser**

produzida, de forma segura e eficaz, por intermédio do etilômetro ou do exame de sangue. 3. Insta observar, aliás, que o parágrafo único do referido art. 306 remete ao Decreto n.º 6.488/08, que, por sua vez, regulamentou a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, sem mencionar a aferição meramente clínica. 4. Desse modo, em face do princípio da legalidade penal, revejo minha posição, a fim de reconhecer a atipicidade da conduta por ausência de elementar objetiva do tipo penal. 5. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso) (*STJ, 5ª Turma AgRg no Ag 1291648 / RS; Min. Relatora Laurita Vaz, j. 27/09/2011*).

Desta feita, nítida fica a necessidade da utilização do bafômetro para tal estabelecimento quantitativo e, novamente, devido à interpretação conferida pela doutrina pátria ao Princípio a Não-Autoincriminação, resta a impunidade.

Neste sentido, Renato Marcão (2008, p. 88) assevera sobre a imprescindibilidade de se auferir a quantidade legalmente determinada:

“[...] para que se tenha por autorizada a persecução criminal, será imprescindível produzir prova técnica indicando que o agente, na ocasião, se colocou a conduzir veículo na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”.

Assim, como inicialmente exposto em Capítulo anterior, enquadram-se em divergentes situações o crime de embriaguez ao volante e a sanção administrativa relacionada. Neste sentido, concisa e acertadamente, Luiz Flávio Gomes (2008, p.99), expoente doutrinador pátrio, narra: “Não se pode confundir a infração administrativa com a penal. Aquela pode ter por fundamento o perigo abstrato. Esta jamais”.

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS CORRELATOS.

Sem laivo de dúvidas, a questão principiológica abarca o direito pátrio hoje de modo ímpar. De fato, pelas raízes jurídicas brasileiras o tema “princípios” até pouco tempo atrás tinha nítido caráter secundário, uma vez não serem dotados de carga normativa nem, muito menos, força normativa.

Nesse cenário, os princípios eram trazidos na jurisprudência e doutrina como critério supletivo, todavia, atualmente, sobretudo após o julgamento do nepotismo no STF que culminou na Súmula Vinculante n. 13⁵, a qual contou com um julgamento eminentemente principiológico, o panorama em que se inserem os princípios, fora alterado.

Assim, entende-se necessário, sem qualquer intenção de se citá-los em sua totalidade, trazer à baila dois Princípios que servem como norte para se conferir interpretação diversa da atualmente admitida como verdadeira para os casos de crime de embriaguez ao volante.

5.1. DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Referido princípio, pouco comentado na doutrina galga-se na finalidade máxima do próprio Estado, qual seja, a preservação e manutenção da vida dos membros inseridos na respectiva sociedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 85), com extrema felicidade estabelece que “o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência”.

A supremacia do interesse público frente ao privado é o que se espera daqueles que sacrificaram, individualmente, parcelas de sua liberdade em prol de uma soberania nacional, tendo como órgão fiscalizador máximo o Estado, que avocara para si tal responsabilidade (Beccaria, 2002, p. 12).

Frente ao tema central do presente trabalho, é nítido o fato de que a sociedade encontra-se desprotegida frente uma lei mal feita que confere meios “legais” de o infrator sair impune, expondo toda a coletividade a perigo constante.

Nesta seara, a existência de um direito não pode, obliquamente, tornar-se um instrumento de abuso por parte do sujeito infrator. Neste sentido, nunca é

⁵ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

demais expor o raciocínio de Álvaro Lazzarini (1.999, p. 50) que aponta o fato de que “deve ser garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos de tal modo que o exercício dos direitos de cada um não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça, não perturbe o exercício dos direitos alheios”.

5.2. DO PRINCÍPIO A NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO.

Inicialmente, necessário esclarecer que a Lei Fundamental brasileira de 1.988 consagrou tão-somente o direito ao silêncio em seu rol de cláusulas pétreas – art. 5º, LXIII, CF – direito esse, indubitavelmente importante frente aos eventuais excessos de uma persecução estatal.

Entretanto, conforme explicita Marcelo Schirmer Albuquerque, mesmo com a restrição constitucional, a doutrina de modo quase uniforme confere à expressão “não produzir” caráter deveras amplo. Para essa grande parcela da doutrina, o sujeito alvo de um processo penal não pode ser obrigado, nem mesmo a participar minimamente do sentido de colaborar com as atividades probatórias. Neste sentido, não é obrigado a fornecer material para exame pericial. (2008, p. 3).

Ocorre que citada interpretação amplificativa acaba prejudicando a atuação do Estado na tutela penal, uma vez lhe retira instrumentos que, se fosse outro o entendimento conferido, facilmente comprovariam se o indivíduo é ou não transgressor da lei.

De fato, denota-se da Convenção Americana sobre Direito Humanos o princípio em tela, em seu art. 8º, 2º, “g”, que confere a toda pessoa acusada da prática delituosa o direito “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

O princípio em voga ganha exponencialmente os holofotes da mídia e é recitado em alto e bom tom pela grande massa social. Vozes entoadas se dirigem no sentido de que, por este princípio, “o indivíduo não é obrigado a produzir provas contra si mesmo”.

Assim, com relação à embriaguez ao volante, não obstante a esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência apontem para tal sentido, dispondo que o indivíduo infrator não é obrigado a fornecer material para

averiguação de real estado. Filiamo-nos em corrente oposta, ainda embrionária em sede de doutrina pátria, a qual confere ao princípio em tela um caráter mais restrito.

Todavia, é necessário salientar o fato de que o Processo Penal contemporâneo, diferentemente do que ocorrera tempo atrás, não pode ser visto como um meio de proteção do indivíduo frente a um Estado deveras opressor, assim como comumente ocorria frente ao arbítrio de um Direito Penal impregnado com o mal do absolutismo.

Nota-se, de outra banda, que o Estado Democrático de Direito vigente é responsável por caracterizar um sistema complexo referente à persecução penal. Neste sentido, o ilustre professor Marcelo Schirmer Albuquerque (2008, p. 9) dispõe:

“O Direito Penal, na ordem vigente, não deve ser visto como o grande inimigo da liberdade, mas como responsável pela missão ímpar de proteger os bens jurídicos mais importantes contra as agressões mais intensas, em que pesem as desvirtuações práticas”.

Juntamente ao Direito Penal, o Processo Penal atua de modo instrumental, visando, por óbvio, tutelar direitos fundamentais. Nesta lógica, este não pode ser rondado por atos que obstam, injustificadamente, a atividade probatória, sendo que o Processo (sobretudo o Processo Penal, haja vista cuidar de bens jurídicos de maior relevância) tem que estar habilitado para se desenvolver de forma a viabilizar o juízo de certeza do magistrado, respeitando-se o Devido Processo Penal.

Assim, não pode o cientista do Direito se olvidar do fato que a Justiça não está apenas em absolver quem deve ser absolvido, mas, igualmente, condenar quem deva ser condenado. (COUCEIRO, 2004, p.365).

Ora, as garantias processuais não podem se caracterizar como instrumentos a serviço do réu, mas sim, de conferir diretrizes para o devido exercício da jurisdição.

5.2.2. DO SURGIMENTO DO PRINCÍPIO A NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO.

A história remete o pesquisador ao período da baixa Idade Média, mais precisamente ao momento histórico considerado a “era das trevas” para o Processo Penal. Neste período, notadamente entre os séculos XII e XIII, a Igreja Católica, detentora de incrível poder, criava o Tribunal do Santo Ofício e o processo pelo sistema inquisitivo.

Tais criações fatalmente foram marcos de uma era de violência, que perdurou por séculos, transpassando o Período Medieval e culminando na Idade Moderna, regida pelas monarquias absolutas.

O surto causado pelo aumento demográfico ocorrido no fim do feudalismo trouxe consigo sérias consequências, exemplificadamente, guerra, fome, maior incidência de doenças. Essas, por sua vez instalaram um clima de tensão na sociedade, sobretudo entre a embrionária burguesia e a conservadora aristocracia.

Frente ao quadro de instabilidade narrado, aqueles que detinham o poder não viram alternativa senão intensificar práticas autoritárias, mormente, as inquisitórias.

O período sucessor, qual seja, o absolutismo, caracterizou-se por uma centralização política-legal, criando-se um mecanismo com finalidade quase que exclusiva de repressão das massas.

Neste novo período, a exemplo do que ocorrera em seu antecessor, optou-se por um sistema processual inquisitório, havendo, de tal sorte, a união das atividades persecutórias e de julgamento em um único órgão estatal.

Notadamente, a concentração dos atos pré e processuais em um mesmo órgão facilitavam manipulações nas provas a bel prazer de quem as conduziam.

Nesta conjuntura de completa inexistência de tutela de direitos fundamentais, passava-se a reconhecer a confissão como “rainha das provas”, sendo que, para a época, sua obtenção era válida, ainda que por meio cruel. (THUMS 2006, p. 202).

Observa-se de modo cristalino que o lapso temporal aqui narrado não conferia espaço para o silêncio do acusado, que era veementemente combatido através de práticas da autoridade no sentido de fazê-lo falar.

Conclui com brilhantismo Albuquerque (2008, p.22) afirmando:

“Foi assim, portanto, durante muitos séculos: ao acusado, objeto de um processo inquisitório, não se reconheciam quaisquer garantias em face do poder instituído, que lhe acusava e, violando sua integridade física, psíquica e moral, produzia as provas em seu desfavor para, ao final, sentenciar-lhe a uma pena que muitas vezes sequer comparava-se aos tratamentos degradantes já experimentados”.

No século XVI, fatos como os avanços científicos, a aversão às práticas autoritárias, e o rompimento com laços unicamente religiosos formaram as pedras de toque dos filósofos humanistas que, finalmente, tiveram força suficiente para aniquilar o sistema inquisitório.

O iluminismo burguês, no decorrer dos séculos XVII e XVIII, sentiu-se confortável em unir-se a tais ideais, sustentando assim o humanismo e o racionalismo, diametralmente opostos ao panorama pretérito.

Contraopondo-se ao Estado absolutista de outrora, os filósofos da época analisam o Estado como ente de poder limitado, reconhecendo os direitos naturais, atinentes ao homem e acima de todo e qualquer arcabouço legal.

Graças à figura de Leviatã, os pensadores da época traçavam os primeiros traços processuais que envolvem a proteção da dignidade humana e dos direitos naturais, até então, ignorados pelos detentores do poder.

Frente ao novo quadro instaurado e a evolução das garantias ao indivíduo, Thomas Hobbes, em 1.942, trás ainda que de forma embrionária, o Princípio a Não Autoincriminação:

“Da mesma forma, ninguém está obrigado, por pacto algum, a acusar a si mesmo, ou a qualquer outro, cuja eventual condenação vá tornar-lhe a vida amarga. Por isso, um pai não está obrigado a depor contra o filho, nem um marido contra a mulher, nem homem algum contra quem lhe proporciona sustento; pois é vão todo aquele testemunho que se supõe ser contra a natureza.” (HOBBS, 2002, p. 50).

O mesmo autor, após passados nove anos, em O Leviatã, traz à baila novamente o Princípio a Não-Autoincriminação:

“Se alguém for interrogado pelo soberano ou por sua autoridade, relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado a confessá-lo, porque nenhum homem, conforme mostrei no mesmo capítulo, pode ser obrigado por um acordo a acusar-se a si próprio”. (HOBBS, 2005, p.129).

Pelo contexto histórico que cercou o nascimento do Princípio a Não-Autoincriminação, analisa-se que, diferentemente do que prega a doutrina majoritária, referido instrumento nasceu devido à necessidade de se superar os abusos que assolaram a sociedade séculos a fio.

É justamente o que acertadamente assevera Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 207):

“Na perspectiva de sua origem, pode-se concluir que o nascimento do *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder”.

Buscavam os filósofos humanistas, com o Princípio a Não-Autoincriminação, tutelar a integridade física e mental dos acusados, não lhes conferir um atributo de defesa processual, tampouco uma possível estratégia utilizada em sua tese.

Desta forma, analisando a evolução histórica do princípio em voga e trazendo-o ao tema central do presente artigo, percebe-se que esta confere subsídio à ideia de que, uma vez compelido o cidadão a fornecer material para a necessária quantificação da prova etílica, esse fica subordinado a tal imposição, uma vez que situação em tela não se harmoniza com seus fundamentos institucionais.

Pode-se citar, ainda, José Barcelos de Souza (2005, p. 148) que conclui, sobre o Pacto de São José da Costa Rica, que “a proteção diz respeito precipuamente a declarações verbais”.

5.2.3. O PRINCÍPIO A NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO NO DIREITO COMPARADO.

De grande valia é o estudo realizado através do Direito Comparado de modo a expandir posicionamento sobre determinada matéria, bem como adquirir novos mecanismos de pensamento.

Neste sentido, faz-se necessária uma visita a legislações diversas da brasileira, cabe salientar, legislações de países com tradição em sede de direitos humanos e cristalina evolução dos institutos tanto de Direito Penal, quanto de Processo Penal.

Analisa-se, de tal forma, que o princípio *nemo tenetur se detegere*, na imensa maioria das vezes, nas legislações a serem analisadas, irão além do direito ao silêncio em interrogatório ou recusa a depor, privando-se, desta feita, de emitir declarações verbais.

Em que pese a legislação francesa não tenha talhado o princípio em voga com viés constitucional, há leis que impõem que, para certas infrações, dentre elas, para a embriaguez ao volante, é necessária análise de amostra sanguínea. Ademais, a recusa do condutor culmina em delito punível com detenção de até dois anos. (QUEIJO, 2003, p. 281).

Na Bélgica, em casos de flagrância, pode o Juiz da Instrução determinar intervenções corporais no acusado, ainda, fora tal situação, subsiste tal possibilidade, alterando-se tão-somente da autoridade competente para determinação do ato.

Portugal, por sua vez, vai além. Em seu corpo legislativo é admitido o direito ao silêncio – art. 343, 1 CPP português –, bem como, confere-se ao infrator possibilidade de não realizar exames corporais, entretanto, o próprio artigo 172, do mesmo *Codex* estabelece que tal ato será devidamente analisado pela autoridade competente, de modo que se esta entender como necessária a realização de determinada prova, essa será feita.

Interessante destacar a legislação dinamarquesa, nesta, o indivíduo sempre poderá ser constrangido a intervenções corporais, desde que haja, *in casu*, fundada suspeita de delito, desde que esse seja apenado com prisão de, no mínimo, 18 meses. Semelhantemente, na Noruega, desde 1.986, a intervenção será permitida se fundada a suspeita, bem como, o crime seja punível com pena privativa de liberdade.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto no decorrer do presente artigo, buscou-se trazer à baila a problemática trazida perante Lei Seca que, em diversas passagens, mostra-se fraca. Desta monta, percebe-se que a mera produção legislativa à toque de caixa, realizando simplesmente atividade de contraataque frente às ideias propagadas pela mídia, bem como às cada vez mais freqüentes manifestações populacionais não satisfazem plenamente a segurança coletiva.

Assim, no tocante ao delito de embriaguez ao volante, no momento em que o legislador conferiu *quantum* para se caracterizar tal delito, acabou, de modo oblíquo, por criar mecanismo de defesa – legal, mas imoral – para o infrator, sendo que, este, *ex vi legis*, não é obrigado a se submeter a intervenções corporais, seja através do bafômetro, seja através de exame de sangue.

Tendo em vista a precária criação normativa pátria, caberia, em tese, aos filósofos do Direito a tarefa de adequar o que fora positivado com as reais intenções do legislador.

Todavia, referente à embriaguez ao volante, tal situação não ocorreu, neste sentido, a doutrina acabou em interpretação da legislação voltada ao trânsito e, sobretudo, Princípio a Não-Autoincriminação, de modo deveras ampliativo, vindo apenas a corroborar com o entendimento de que o indivíduo não se veja compelido a ceder material para averiguação de eventual crime de embriaguez, mesmo que, desta forma, impeça o perfeito manuseio dos mecanismos probatórios a favor da persecução.

Logo, buscou-se, em capítulo específico, conferir análise mais restrita ao Princípio a Não-Autoincriminação, entendimento este que, conforme explicitado, mostra-se condizente com suas raízes.

A partir desta inovadora interpretação bandeirada por pequena parcela da doutrina pátria, o indivíduo se vê obrigado a ceder material em casos de possibilidade de embriaguez, uma vez que o princípio em voga guarda relação apenas ao direito ao silêncio, trazido no núcleo imodificável da Carta Magna, não à

defesas processuais, sendo, desta forma, instaurado em favor do infrator um mecanismo de defesa a seu favor.

Ademais, não se pode olvidar do Princípio da Supremacia da Ordem Pública que coloca a coletividade em grau de maior relevância frente a conduta do particular, desde modo, assevera-se que um direito do indivíduo não pode ser de maior monta do que o direito à segurança, atinente à coletividade, uma vez presente o Contrato Social e o próprio ato do Estado, em troca de parcela da liberdade de todos os indivíduos, avocar para si a prerrogativa de tutelar cada um.

Por fim, mas não menos relevante, trouxe experiências legislativas alienígenas, de direitos mais evoluídos que o pátrio, especialmente na salvaguarda de princípios constitucionais de direitos humanos. Fora percebido, em todos os casos em análise que o legislador, preocupado com a tutela coletiva dos demais indivíduos que se encontram inertes às situações de embriaguez ao volante, cria subsídios capazes de compelir o indivíduo infrator a ceder material, quando assim for necessário.

Ademais, vê-se na obrigação da coleta do material uma forma não simplesmente de se punir o infrator, mas sim de instaurar no sub-consciente dos cidadãos, *in totum*, o medo causado pela certeza de punição que tal obrigação causará, caso o indivíduo realmente esteja em estado de embriaguez.

Sabe-se que é o temor das consequências jurídicas que obsta a prática reiterada da conduta; em modo diverso, a ideia de que o legislador cochilou e, pior, segue em tal cochilo, de modo a não alterar a atual conjuntura que apenas confere mecanismos de defesa ao infrator, fomenta a prática desenfreada da mesma, elevando-se a condição de infrator acima da lei, em detrimento de uma coletividade que se mantém inerte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de Não Auto-Incriminação: extensão e limites.** Del Rey: Belo Horizonte. 2008.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2.002.

CINTRA, José Ricardo Rocha. **Sistema nacional de trânsito: Um estudo histórico.** Disponível em <http://www.transitobrasil.org/anexos/artigos/6.pdf> – Dia 30/04/2012, às 15h36min.

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

BRASIL. Decreto-Lei n. 2994 de 28 de janeiro de 1941. **Código Nacional de Trânsito.** Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislação/ListaTextoIntegral.action?id=8511> – Dia 02/05/2012 às 15h44min.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688 de 03 de outubro de 1941. **Lei de Contravenções Penais.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm Dia 02/05/2012, às 16h31min.

DAMÁSIO, Eduardo de Jesus. **Embriaguez ao volante: notas à Lei 11.705/08.** Disponível em <http://www.blog.damasio.com.br/?p=487> acessado em 07/05/2012 às 14h26min.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar.

GIGLIOTTI, Analice E BESSA, Marco Antonio. **Síndrome de Dependência do Álcool: critérios diagnósticos.** Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462004000500004; acessado em 24/04/12 às 15h15min.

GOMES, Luiz Flávio. **Embriaguez ao volante: Reforma do Código de Trânsito: lei n. 11.705/08.** Porto Alegre: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. N. 24.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão.** Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Philosophical rudiments concerning government and society.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã.** Tradução Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, Título original: Leviathan.

HONORATO, Cássio Mattos. **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro: análise das penalidades e das medidas administrativas cominadas na Lei n. 9.503/97.** São Paulo: Millennium, 2004.

Jornal Estado de São Paulo, C1, Quinta-feira, 03 de novembro de 2.011.

LEAL, José Lopes. **Controle jurídico-administrativo de embriaguez ao volante e o princípio da não auto-incriminação: estudo crítico da resolução n. 206/2006 do Contran.** Porto Alegre: Revista Jurídica, ano 55, n. 354. 2007.

LIMA, José Ricardo Rocha Cintra de. **Sistema Nacional de Trânsito – Um estudo histórico.** Disponível em <http://www.transitobrasil.org/anexos/artigos/6.pdf> Dia 09/05/2012, às 10h51min.

LIMA, Marcellus Polastri. **O processo penal nos crimes de trânsito.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MARCÃO, Renato. **Embriaguez ao volante: Exames de alcoolemia e teste do bafômetro: Uma análise do novo artigo 306, caput, da lei nº 9.503, de 23.09.1997 (Código de Trânsito Brasileiro).** Porto Alegre: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 24.

MARQUES, Ana Cecilia Petta Roselli. **O uso do álcool e a evolução do conceito de dependência de álcool e outras drogas e tratamento.** Revista IMESC nº 3, 2001. p.73-86. Disponível em <http://www.imesc.sp.gov.br/pdf/artigo%205%20-%20O%20USO%20DO%20C3%81LCOOL%20E%20A%20EVOLU%20C3%87%20-%20O%20DO%20CONCEITO%20DE%20DEPEND%20C3%8ANCIA%20DE%20C3%81LCOOL%20E%20OUTRAS%20DROGAS.pdf> Dia 09/05/2012, às 10h46min.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20 ed. Ver Atual até a Emenda Constitucional 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros.

OLIVEIRA, André Abreu de. **Lei nº 11.275/06: aplica-se ao crime de embriaguez ao volante?.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 12, n. 1401, 3 maio 2007](#) . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9833>>. Acesso em: 8 maio 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Noemia Alves de. **Embriaguez: Diagnóstico no Código Penal e Código de Trânsito Brasileiro.**

PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos e RIBEIRO, Dorival. **Código de trânsito brasileiro interpretado. 2ª ed.** São Paulo. Editoria Juarez de Oliveira, 2001, p. 1.

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

RAMSKOGLER K, WALTER H, HERTLIN I, RIEGLE A, GUTIERREZ K, LESCK OM. **Subgroups of Alcohol Dependence and their Specific Therapeutic Management: A Review and Introduction to the Lesck-Typology**. Disponível em www.isamweb.com./pages/pdfs/e-book%20Issue%202/Lesch.pdf – acessado em 26/04/2012, às 15h08min.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo, RT, 2007.

SOUZA, José Barcelos de. **“Bafômetro”, intervenções corporais e direitos fundamentais**. In: SOUZA, José Barcelos de. **Recursos, artigos e outros escritos: doutrina e prática civil e criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

TEIXEIRA, Renato Heitor. **Embriaguez ao volante e a questão da prova para fins da reprimenda administrativa e penal**. Disponível em http://www.acadepol.sc.gov.br/biblioteca_virtual/monografias_e_teses/Monografia_Renato_Heitor_Teixeira.pdf - às 15h32min, Dia 02/05/2012

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

VARGAS, Paulo Marcos. **A embriaguez ao volante frente à lei 11.705/08**. – Disponível em http://portal2unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao?Monografias_2009-A/Monografias_-_Marcos.pdf - acessado em 30/04/2012 – às 15h52min.

http://www.transitobr.com.br/index2.php?id_conteudo=9 – acessado em 30/04/2012