

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO

KENNEDY JOSUÉ GRECA DE MATTOS

**O USO DOS NUDGES NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE:
ALTERNATIVAS À INTERVENÇÃO PUNITIVA DO ESTADO PELA ECONOMIA
COMPORTAMENTAL**

CURITIBA
2023

KENNEDY JOSUÉ GRECA DE MATTOS

**O USO DOS NUDGES NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE:
ALTERNATIVAS À INTERVENÇÃO PUNITIVA DO ESTADO PELA ECONOMIA
COMPORTAMENTAL**

Tese apresentada ao Programa Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, área de concentração em Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Jurisdição e Democracia, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Profa. Dr. Allana Campos Marques Schrappe

Coorientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

CURITIBA

2023

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (UniBrasil), com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Mattos, Kennedy Josué Greca de
O uso dos nudges nos casos de embriaguez ao volante: alternativas à intervenção punitiva do estado pela economia comportamental. / Kennedy Josué Greca de Mattos. -- Curitiba, 2023.
205 f.

Orientador: Allana Campos Marques Schrappe
Tese (Doutorado) - UniBrasil, 2023.

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Nudge. 4. Economia Comportamental. I. Schrappe, Allana Campos Marques, orient. II. Título.

ATA DE DEFESA PÚBLICA DE TESE DE DOUTORADO

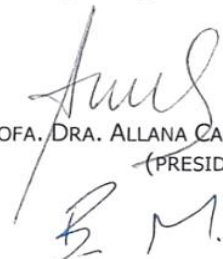
Aos 13 dias do mês de setembro de 2023, às 14h, na Sala 03, PPGD, Campus UniBrasil, Curitiba, Paraná, foi realizada Defesa Pública de Tese do Doutorando **KENNEDY JOSUÉ GRECA DE MATTOS**, no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, Área de Concentração Direitos Fundamentais e Democracia, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia, com o trabalho intitulado: **"O USO DOS NUDGES NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: ALTERNATIVAS À INTERVENÇÃO PUNITIVA DO ESTADO PELA ECONOMIA COMPORTAMENTAL DE THALER E SUNSTEIN"** orientado pela PROFA. DRA. ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE. A Banca Examinadora foi constituída pelos PROFESSORES DOUTORES: HELOISA FERNANDES CÂMARA, RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL, MARCOS AUGUSTO, PROF. DR. PAULO RICARDO SCHIER – PPGD / UNIBRASIL (MEMBROS), BRUNO MENESES LORENZETTO (COORDENADOR) e ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE (PRESIDENTE).

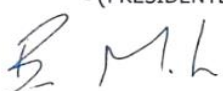
Resultado final atribuído ao candidato (Art. 105 – Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação em Direito do UniBrasil):

- () Reprovado
- () Aprovado com exigências
- (☒) Aprovado
- () Aprovado com láurea

Aprovação com exigências (Art. 105 – Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação em Direito do UniBrasil):

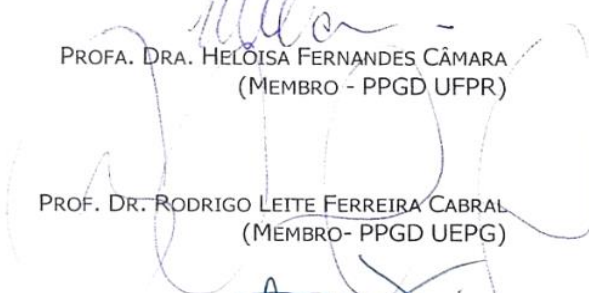
Eu, PROFA. DRA. ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE, Presidente da Banca e Orientadora do Projeto, lavrei a presente Ata que segue assinada por mim e pelos demais membros da Banca Examinadora.


PROFA. DRA. ALLANA CAMPOS MARQUES SCHRAPPE
(PRESIDENTE - PPGD UNIBRASIL)


PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO
(COORDENADOR – PPGD UNIBRASIL)


PROF. DR. PAULO RICARDO SCHIER
(MEMBRO- PPGD UNIBRASIL)


PROFA. DRA. HELOISA FERNANDES CÂMARA
(MEMBRO - PPGD UFPR)


PROF. DR. RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL
(MEMBRO- PPGD UEPG)


PROF. DR. MARCOS AUGUSTO MALISKA
(MEMBRO - PPGD UNIBRASIL)

Dedico essa tese aos meus pais José Djalma Ferreira de Mattos, a minha mãe Gerssy Greca Ferreira de Mattos, que me ensinaram a nunca deixar de estudar; A minha filha Stella Heller de Mattos, que representa a continuação aperfeiçoada do que sou; A minha amada esposa Marília, companheira de todas as horas, que sempre me incentivou a pesquisar, mais e mais, sobre o desafiador tema aqui desenvolvido.

AGRADECIMENTOS

As ideias foram construídas durante nossa pesquisa, as conclusões estão sendo expostas e a tese agora é apresentada. Há um tempo para tudo, para ler, para fichar os textos e obras, para refletir sobre novas ideias, para conceber e escrever sobre uma nova forma de pensar. Também é chegado o tempo de agradecimentos aquelas e aqueles, que de alguma forma contribuíram, para que fosse possível a apresentação desse trabalho de conclusão do doutorado.

Ser grato, significa dizer que se está satisfeito com o que se tem, não havendo mais lugar para preocupações com relação a fatos, que ainda não aconteceram e que, sem que abandonemos nossos sonhos, ainda estão por vir.

Fazer agradecimentos a alguma pessoa, também significa, efetivamente, promover o engrandecimento de alguém, que foi muito importante para o cumprimento de determinada missão.

Não posso deixar de agradecer a Deus, por me dar forças para essa tarefa árdua de estudar, por me socorrer quando por duas vezes durante esse doutorado, fui contaminado pelo vírus da Covid, ficando muito debilitado. Rogo a ele, que sempre me acompanhe.

Quero agradecer a todos as Professoras e Professores com os quais tive contato durante o doutorado, especialmente aos professores Paulo Schier e Marcos Augusto Maliska pela inspiração e incentivo durante o longo caminho da minha formação.

Quero agradecer a Professora Dra. Allana Campos Marques Schrappe e ao Professor Dr. Bruno Meneses Lorenzetto pela valorosa orientação, fornecendo luzes adequadas para que a pesquisa fosse concluída.

Quero agradecer a minha filha Stella, que sempre esteve atenta ao desenvolvimento da pesquisa, me aconselhando e me amparando nos momentos de frustração.

Agradecer a minha amada Marília, que inúmeras vezes ouviu minhas ideias, fazendo pertinentes indagações e que sempre me ofereceu seu carinho.

Agradecer as amigas e amigos, colegas de pesquisa, que me acompanharam na construção e publicação de vários artigos.

Agradecer a minha amiga Camila Salgueiro da Purificação Marques, Coordenadora do Curso de Direito da Unifacear, que sempre me incentivou a estudar,

me substituindo em sala de aula, me dando oportunidade de promover eventos e artigos em coautoria.

Agradecer as minhas colegas e amigas Andréia Vaz, Tais Martins, Camila Crucinski, também pela coautoria em vários artigos construídos e publicados.

Agradecer aos Professores Desembargador José Laurindo de Souza Neto e Bruno Mauricio, pela coautoria em artigo construído e publicado

Agradecer a minha amiga Michelle Cristina Walter, pelo apoio e incentivo que dela recebi.

Agradecer ao Edgar Barbosa, Sandra Dias, Clayton, Flávia, Fran, Sérgio, Guieseler, Luciane e tantos outros amigos e colegas que me incentivaram nos momentos difíceis. Também aos demais companheiros e parentes que compreenderam minha ausência, enquanto me dedicava à realização dessa audaciosa tarefa, de aprender mais sobre o direito e os seres humanos.

A palavra final, então, é gratidão.

Debaixo da ponte da justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. E seria bom que o juiz fosse capaz de reviver em si para compreendê-los, cada um desses sentimentos: experimentar a prostração de quem rouba para matar a fome ou o tormento de quem mata por ciúmes; ser sucessivamente (e, algumas vezes, ao mesmo tempo) inquilino e locador, meeiro e proprietário de terras, operário em greve e industrial. - Piero Calamandrei

RESUMO

A presente tese tem como tema o uso de *nudges* nos casos de embriaguez ao volante sob o viés do direito penal mínimo e do garantismo processual. O problema da presente pesquisa consiste especificamente na seguinte questão: como os *nudges* podem ser utilizados nas situações de embriaguez ao volante no fomento de um direito penal mínimo? Do mesmo modo, o objetivo principal da presente tese é, justamente, identificar quais são os possíveis usos dos *nudges* para resolver as situações de embriaguez ao volante, evitando a intervenção estatal e mantendo as garantias fundamentais respeitadas. A hipótese da presente tese é que os *nudges* podem ser usados para evitar a intervenção estatal punitiva nos casos de embriaguez ao volante – auxiliando a produção probatória para o judiciário – e por meio da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal. A embriaguez ao volante tem um impacto significativo na segurança pública e existem poucas estratégias eficazes para reduzir o comportamento de risco, de modo que a ampliação da punição também se mostra ineficaz. Assim, o presente estudo tem fundamental relevância, visto que justamente busca por alternativas que alterem o comportamento do condutor, respeitando sua liberdade e dignidade, com a finalidade de conscientizá-lo e, do mesmo modo, incentivá-lo a auxiliar os atores do processo penal na resolução do conflito sem intervenção estatal punitiva. Para verificar tais pontos, o itinerário a ser percorrido é o seguinte. Em primeiro lugar, é preciso identificar o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro nas situações de embriaguez ao volante em seu aspecto material (Capítulo 1). Em segundo lugar, há que se identificar o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro nas situações de embriaguez ao volante em seu aspecto processual (Capítulo 2). Por fim, é preciso identificar os fundamentos da economia comportamental e a função dos *nudges* nas situações de embriaguez ao volante após o cometimento do delito. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, tendo por base os autores da criminologia crítica como Baratta e Zaffaroni, bem como os autores da economia comportamental, a saber, Thaler e Sunstein.

Palavras-chave: Nudges; Economia Comportamental; Direito Penal Mínimo; Embriaguez ao Volante.

ABSTRACT

The present thesis deals with the use of nudges in cases of drunk driving from the perspective of minimal criminal law and procedural guarantees. The problem addressed in this research specifically consists of the following question: how can nudges be used in cases of drunk driving while promoting minimal criminal law? Similarly, the main objective of this thesis is to identify possible uses of nudges to solve cases of drunk driving, avoiding state intervention and respecting fundamental guarantees. The hypothesis of this thesis is that nudges can be used to avoid punitive state intervention in cases of drunk driving - aiding the production of evidence for the judiciary - and through conditional suspension of the process and non-prosecution agreements. Drunk driving has a significant impact on public safety and there are few effective strategies to reduce risky behavior, so increasing punishment is also ineffective. Therefore, this study is of fundamental relevance, as it seeks alternatives that can alter the driver's behavior, respecting their freedom and dignity, in order to raise awareness and encourage them to assist the actors in the criminal process in resolving the conflict without punitive state intervention. To verify these points, the itinerary to be followed is as follows. Firstly, it is necessary to identify how Brazilian legal system operates in cases of drunk driving in its material aspect (Chapter 1). Secondly, it is necessary to identify how the Brazilian legal system operates in cases of drunk driving in its procedural aspect (Chapter 2). Finally, it is necessary to identify the foundations of behavioral economics and the role of nudges in cases of drunk driving after the commission of the offense. The methodology used was bibliographic research, based on critical criminology authors such as Baratta and Zaffaroni, as well as behavioral economics authors, namely Thaler and Sunstein.

Keywords: Nudges; Behavioral Economics; Minimum Criminal Law; Drunk Driving.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 A TIPIFICAÇÃO E O CONTROLE DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.	17
1.1 A TIPIFICAÇÃO DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	19
1.1.1 Breves considerações acerca da formação do Código de Trânsito Brasileiro e suas principais alterações	19
1.1.2 Análise do tipo penal incriminador da embriaguez ao volante	25
1.1.3 Discussão acerca da classificação do crime de embriaguez ao volante como perigo concreto ou abstrato	28
1.2 TEORIAS DOS BENS JURÍDICOS PENAIIS E A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	36
1.3 O CONTROLE DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE SOB A CRIMINOLOGIA CRÍTICA	45
1.3.1 Perspectivas da criminologia crítica	46
1.3.2 O controle do crime de embriaguez ao volante e a limitação do poder do Estado	50
2 MEIOS DE PROVA DA EMBRIAGUEZ E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	54
2.1 INTRODUÇÃO AO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E À JUSTIÇA RESTAURATIVA	56
2.1.1 A constitucionalização do processo penal e o garantismo	57
2.1.2 A justiça restaurativa e a embriaguez ao volante	64
2.2 SISTEMA DE PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	69
2.2.1 Sistema de provas no processo penal brasileiro	69
2.2.2 A produção de provas nas situações de embriaguez ao volante	81
2.3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	88
3 OS NUDGES COMO ALTERNATIVAS PARA O PROCESSO PENAL EM CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	94
3.1 OS NUDGES E A ECONOMIA COMPORTAMENTAL	96
3.1.1 Fundamentos da economia comportamental	98
3.1.2 Arquitetura da Escolha	116
3.1.3 O paternalismo libertário	120
3.1.4 O que são <i>nudges</i>	126

3.1.5 Classificação dos nudges de acordo com Sunstein	129
3.2 O USO DOS NUDGES NO CENÁRIO BRASILEIRO	135
3.2.1 O uso dos <i>nudges</i> nos casos de embriaguez ao volante	141
3.2.3 A suspensão condicional do processo como um nudge	146
3.2.4 O acordo de não persecução penal como um nudge.....	150
3.2.5 A função dos nudges no desencarceramento e a justiça restaurativa	152
3.2.5.1 A justiça restaurativa e os nudges.....	155
CONSIDERAÇÕES FINAIS	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	181

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, o automóvel se tornou um fenômeno de massa em todo o mundo, transformando-se em artigo de consumo e símbolo de status social. Esse impulso foi causado pelo forte aparato de propaganda das economias capitalistas, que destacavam a mobilidade individual e a prosperidade material sem precedentes¹. De acordo com os estudos de Tapia-Granados, de 1950 a 1995, a produção mundial anual de automóveis cresceu de 11 para 53 milhões de unidades². Nos Estados Unidos da América (EUA), entre 1970 e 1988, o volume do tráfego aumentou de 1,78 trilhões de quilômetros percorridos por veículos para 3,24 trilhões. Apesar do aumento global da frota de veículos, o sistema viário e o planejamento urbano não acompanharam esse crescimento. Ainda em conformidade com Tapia-Granados, além da poluição sonora e atmosférica, o aumento do tempo de percurso e os engarrafamentos são responsáveis pela crescente agressividade dos motoristas e pela decrescente qualidade de vida nas cidades³.

Em 1964, foi conduzido um estudo em Michigan, nos Estados Unidos, chamado Grand Rapids Study, que controlava casos de motoristas alcoolizados e revelou que esses motoristas corriam um risco muito maior de acidentes de trânsito em comparação com motoristas com alcoolemia zero. O risco aumentava significativamente à medida que a concentração de álcool no sangue aumentava⁴. Novos estudos realizados nas décadas de 80⁵, 90⁶ e em 2002⁷ corroboraram e aprimoraram esses resultados, o que permitiu a definição de limites autorizados de concentração de álcool no sangue e no hálito em muitos países por meio de legislação. As pesquisas demonstraram que o risco relativo de acidente começa a

¹ MARÍN, Leticia; QUEIROZ, Marcos S. "A atualidade dos acidentes de trânsito na era da velocidade: uma visão geral". **Cadernos de Saúde Pública**, v. 16, p. 7-21, 2000, p. 8.

² TAPIA GRANADOS, José A. La reducción del tráfico de automóviles: una política urgente de promoción de la salud. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 3, p. 137-151, 1998.

³ *Ibidem*.

⁴ BORKENSTEIN, RF. et al. **The role of the drinking driver in traffic accidents**. Bloomington, IN, Department of Police Administration, Indiana University, 1964.

⁵ MCLEAN, AJ. Holubowycz OT. "Alcohol and the risk of accident involvement". In: Goldberg L, ed. **Alcohol, drugs and traffic safety. Proceedings of the 8th International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety**, Stockholm, 15–19 junho de 1980. Estocolmo, Almqvist & Wiksell International, 1981: 113–123

⁶ HURST, PM, Harte D, Frith WJ. "The Grand Rapids dip revisited". **Accident Analysis and Prevention**, 1994, 26:647–654.

⁷ CROMPTON RP et al. **Crash risk of alcohol-impaired driving**. In: Mayhew DR, Dussault C, eds. **Proceedings of the 16th International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety**, Montreal, 4–9 de agosto de 2002. Montreal, Société de l'assurance automobile du Québec, 2002:39–44

aumentar significativamente a partir de uma alcoolemia de 0,04 g/dl e, ao atingir 0,10 g/100 ml, o risco de acidente em relação à alcoolemia zero é cerca de 5 vezes maior. Por outro lado, uma concentração de 0,24 g/100 ml de álcool no sangue representa um risco mais de 140 vezes maior do que com alcoolemia zero.

Acidentes de trânsito são uma das principais causas de morte e lesões graves em todo o mundo, e dirigir embriagado é um fator de risco significativo associado a esses acidentes. A ingestão de álcool afeta a coordenação motora, o tempo de reação e a tomada de decisão do motorista, prejudicando a capacidade de operar um veículo com segurança. Estudos, como os indicados acima, demonstraram que mesmo uma pequena quantidade de álcool no sangue pode comprometer a habilidade do motorista de conduzir o veículo de forma segura, e o risco de acidente aumenta consideravelmente com a concentração de álcool no sangue.

De acordo com dados divulgados pelo Ministério da Saúde, em 2020 morreram 33.497 pessoas no trânsito brasileiro⁸. Apesar de representar uma queda de 9% em relação ao ano anterior, quando houve 36.096 mortes, o número ainda é alarmante e reflete a necessidade de medidas efetivas para a redução dos acidentes de trânsito no país. Entre os fatores que contribuem para esses números estão o desrespeito às leis de trânsito, a falta de educação e conscientização dos motoristas e pedestres e a combinação de álcool e direção. As mortes no trânsito não afetam somente as vítimas e suas famílias, mas têm impacto também na saúde pública e na economia do país.

O álcool afeta as habilidades cognitivas e motoras do motorista, aumentando o risco de perda de controle do veículo e de colisões. Além disso, a embriaguez ao volante também pode levar a penalidades legais, incluindo multas, perda da carteira de motorista e até mesmo prisão. A lei que estabeleceu o tipo penal da embriaguez ao volante é o Código de Trânsito Brasileiro, especificamente na seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

⁸ CZERWONKA, Mariana. "Dados preliminares de 2021 mostram tendência de queda no número de mortes no trânsito brasileiro". **Portal do Trânsito**, 2022, disponível em <<<https://www.portaldotransito.com.br/noticias/fiscalizacao-e-legislacao/estatisticas/dados-preliminares-de-2021-mostram-tendencia-de-queda-no-numero-de-mortes-no-transito-brasileiro/>>>. Acesso em 22 jan. 2023.

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor⁹.

Cabe destacar que este artigo de lei foi implantado desde o nascimento do referido código em 1997, mas que passou por diversas alterações legislativas. Desde o início, uma das finalidades do Código de Trânsito Brasileiro de 1997 era gerenciar e reduzir a incidência de infrações de trânsito através do fortalecimento das sanções aplicáveis. Com o passar dos anos, as alterações legislativas se tornaram mais rigorosas, seja por especificar e diminuir o limite tolerável de quantidade de álcool no sangue, seja por aumentar a pena para o delito. De todo modo, como sugere Ogama¹⁰, desde a criação do Código de Trânsito, passando pelas alterações legislativas, o objetivo do legislador era aumentar o rigor das penalidades relacionadas à condução sob efeito de álcool no trânsito.

No entanto, essa abordagem é completamente oposta ao pensamento criminológico atual, que considera que medidas desse tipo são apenas paliativas e não resolvem de forma alguma o problema do conflito penal na sociedade. Isso confirma-se ao observar que mesmo com o aumento da punição, não houve efetiva diminuição do número de acidentes de trânsito envolvendo embriaguez ao volante, conforme as estatísticas acima apontadas.

Em um Estado democrático de direito, a intervenção penal deve ser o último recurso a ser utilizado porque a aplicação da pena é uma forma de violência institucional que implica na restrição de direitos e na repressão. Isso significa que o poder punitivo do Estado deve ser usado apenas quando outras formas de solucionar o conflito não foram bem-sucedidas.

De acordo com Roxin¹¹, a intervenção penal deve ser limitada às situações em que a prevenção geral e a prevenção especial da pena são necessárias. A prevenção geral tem o objetivo de dissuadir outros indivíduos de cometer crimes semelhantes, enquanto a prevenção especial busca ressocializar o criminoso e prevenir que ele volte a cometer delitos.

⁹ BRASIL. **Lei nº 9503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

¹⁰ OGAMA, William Oguido. “Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro: do Texto Original às Mudanças Surgidas com o Advento da Lei n. 12.760/12”. **UNOPAR Cient. Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 201-209, set. 2014, p. 206.

¹¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos**: Estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

A proteção dos bens jurídicos é um dos objetivos do direito penal nesse formato de Estado, conforme mencionado por Baratta¹². Isso significa que o direito penal deve ser usado para proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, como a vida, a liberdade, a propriedade e a integridade física e moral.

Além disso, é preciso limitar o poder punitivo do Estado. Isso significa que a aplicação da pena deve ser proporcional ao delito cometido e deve respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, incluindo o direito à defesa, o direito à presunção de inocência e o direito à dignidade humana.

Assim, a intervenção penal deve ser o último recurso a ser utilizado, e o direito penal deve ser usado para proteger os bens jurídicos e limitar o poder punitivo do Estado. A aplicação da pena deve ser proporcional ao delito cometido e deve respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Vale ressaltar que Baratta é um defensor do Direito Penal Mínimo, corrente da Criminologia Crítica que busca minimizar a aplicação de penas e reformular o modelo de controle social baseado no conceito de livre desenvolvimento da pessoa humana¹³. A presente tese parte desse marco teórico, por isso entende, como Baratta¹⁴, que a batalha pela contenção da violência estrutural é igualmente a luta pela promoção dos direitos humanos. Por isso, segue-se a corrente da criminologia crítica, preceituada por Baratta e Zaffaroni.

Inclusive, de acordo com a criminologia crítica, a criminalidade não é uma característica intrínseca de certos indivíduos, mas uma determinação social atribuída a eles por meio de um critério duplo: a) seleção dos bens jurídicos protegidos penalmente e dos comportamentos que ofendem esses bens; b) seleção dos indivíduos estigmatizados a partir daqueles que infringem a lei penal¹⁵. Assim, afirma-se que a criminalidade é distribuída de forma desigual na sociedade, pois é influenciada por interesses regulados por um sistema socioeconômico que gera indivíduos mais vulneráveis - e são esses indivíduos que são punidos com maior efetividade e rigor.

¹² BARATTA, Alessandro. **Principios de derecho penal mínimo**. Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam, p. 299-333, 2004, p. 299.

¹³ SILVA, Flávia Augusta Bueno; ROCHA, Luiz Carlos. A criminologia crítica e o direito penal mínimo: avanços e retrocessos. **Revista de Psicologia da UNESP**, São Paulo, 11(2), 2012, p. 5.

¹⁴ BARATTA, 2004, p. 303.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 161.

É importante destacar que o Direito Penal Mínimo tem como fundamento a proteção da dignidade humana. Isso porque, para que haja uma manutenção efetiva da paz, é necessário que o ser humano esteja no cerne dos fundamentos jurídicos do Estado, a fim de que sejam proibidos apenas os comportamentos considerados intoleráveis, lesivos ou que gerem dano social ao afetar bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade.

É evidente que o crime de embriaguez ao volante é alvo de crescente punição por parte do Estado, o que reflete a intenção do legislador de ampliar as possibilidades de sanção diante de uma conduta que ameaça a incolumidade pública. No entanto, tal abordagem se mostra incompatível com os princípios do direito penal mínimo, que busca priorizar a proteção da dignidade humana e proibir apenas os comportamentos que gerem danos sociais significativos.

Vê-se que criminalização da embriaguez ao volante resultou em uma maior incidência de punição, mas não solucionou o problema social subjacente ou garantiu a efetiva proteção do bem jurídico em questão. Além disso, é importante reconhecer que o direito penal deve ser a última instância a ser utilizada na resolução de conflitos, não um mecanismo punitivista.

Também no âmbito processual, há que se destacar que o processo penal, ao longo da história, esteve fortemente ligado a governos autoritários e adotou um modelo inquisitivo de funcionamento, no qual não havia espaço para as garantias individuais. No entanto, com a constitucionalização do direito, o processo penal passou por transformações significativas, se tornando democrático e acusatório¹⁶.

O próprio processo penal já é por si só uma garantia individual, pois assegura ao acusado o direito à defesa e à proteção de seus direitos. Com o modelo de processo penal democrático e acusatório, o acusado tem a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos e de participar ativamente do processo, podendo confrontar as acusações e produzir provas em sua defesa. Isso garantiria um julgamento justo e imparcial, evitando condenações injustas e abusos por parte do Estado.

¹⁶ KNOPFHOLZ, Alexandre. "A necessária - e já tardia - constitucionalização do processo penal". **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, Ano 2 - Número 2, ago. 2017, pp. 1-40, p. 1.

Com o processo penal passando por um processo de constitucionalização, há diversos autores que consideram que a corrente de pensamento mais apropriada é o garantismo, inventado por Ferrajoli (1989). Isso porque o garantismo defende a proteção das garantias fundamentais dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado, garantindo um processo penal justo e equilibrado. O objetivo é assegurar a aplicação da lei de forma equitativa e proporcional, evitando a violação dos direitos e garantias fundamentais dos acusados, bem como assegurando o devido processo legal. Também nesse sentido caminha o recorte da presente tese.

Além do garantismo, existem outros modelos de pensamento que criticam o modelo tradicional de processo penal. Entre eles, há um movimento chamado de Justiça Restaurativa que propõe um novo modelo de justiça criminal, focado no envolvimento efetivo das pessoas e na reparação dos danos causados pelo conflito, em vez de se concentrar apenas nos prejuízos causados pelo Estado ou ao Estado. Também a presente tese se posiciona no sentido de identificar o enquadramento da justiça restaurativa nos casos de embriaguez ao volante.

A justiça restaurativa é considerada uma alternativa relevante, pois as próprias conferências restaurativas – forma de estratégia própria a essa corrente de pensamento - podem ser vistas como um *nudge*, uma vez que funcionam como um estímulo para a mudança do comportamento do motorista.

Contudo, destaca-se que a aplicação dessas técnicas alternativas só se faz necessária porque a intervenção punitiva do Estado se demonstra falível. Mesmo as regras do processo penal precisam ser respeitadas, independentemente da aplicação de estratégias alternativas. Nos casos de embriaguez ao volante

De acordo com a Lei 12.760/2012¹⁷, a comprovação do nível de álcool no sangue para a configuração do crime pode ser feita através de testes de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova permitidos. No entanto, em conformidade com a principiologia constitucional, o motorista tem o direito de recusar-se a realizar tais testes. A partir dessa principiologia é que se desenvolve o sistema de provas brasileiro.

¹⁷ BRASIL. Nova Lei Seca. **Lei 12.760**. Altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Publicada no Diário Oficial da União de 21.12.2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

Segundo Fernandes¹⁸, o sistema de provas no direito processual penal brasileiro é essencial para assegurar a justiça e a equidade no processo penal. Ele define as normas para a produção, valoração e avaliação das provas, além de permitir que as partes apresentem suas provas de maneira justa e equilibrada. Assim, destaca-se que esse sistema de provas está diretamente relacionado com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Em casos de crime de embriaguez ao volante, as provas podem ser produzidas na fase pré-processual, durante a abordagem do indivíduo alcoolizado, onde será oferecida a realização de exames para verificar o nível de álcool no sangue. No entanto, o condutor tem o direito de se recusar a realizar tais testes, em conformidade com o princípio *nemo tenetur se detegere*.

A produção de provas para a constatação de agente embriagado durante a condução de veículo automotor é amplamente regulamentada em âmbito administrativo e jurídico, conforme o art. 306, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro. Além disso, o agente acusado tem o direito constitucional de produzir contraprovas para comprovar sua inocência e contestar eventuais provas produzidas em seu desfavor¹⁹.

Destaca-se que a Constituição Federal do Brasil é fundamentada na dignidade da pessoa humana, que é a base dos direitos e garantias individuais. Isso significa que a presunção é de inocência e a culpa deve ser comprovada somente mediante o devido processo legal. Por essa razão, quando se trata de uma situação onde é necessário realizar o teste do etilômetro, não é possível presumir que o motorista estava alcoolizado e nem é permitido obrigá-lo a produzir prova contra si mesmo²⁰.

A negativa do motorista em realizar o exame clínico não pode ser considerada uma prova circunstancial de embriaguez, que o julgador pode levar em consideração para determinar a responsabilidade ou a inocência do motorista. No entanto, é crucial destacar que a recusa não significa automaticamente culpa, e que a evidência final da embriaguez deve ser baseada em provas concretas e comprovadas, seguindo o

¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 71-72.

¹⁹ JUNIOR COUTINHO, Bazílio de Alvarenga; ZULIANI, Danilo Cinti. Breves considerações sobre a constatação da embriaguez ao volante. **Revista JurisFIB**. Vol. V. ISSN 2236-4498. São Paulo: 2014.

²⁰ GONÇALVES, Antonio Baptista. "O bafômetro e a embriaguez no volante: análise constitucional e aspectos penais". **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 13-38, abr. 2013, p. 22.

devido processo legal. Além disso, o princípio do direito de não autoincriminação é um elemento essencial para garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos individuais. Há, assim, uma ambiguidade na aplicação do regramento processual penal no que tange ao crime de embriaguez ao volante, visto que se impõe a realização do teste do etilômetro ao mesmo tempo em que se oferta a recusa.

A exploração teórica ou a resolução dessa ambiguidade não são objetos da presente pesquisa, pois o que se torna premente é a diminuição da intervenção punitiva do Estado, resguardando os direitos fundamentais dos indivíduos, limitando e evitando a atuação estatal.

Em vez de simplesmente punir, é necessário buscar alternativas que priorizem a educação, a conscientização e o respeito aos direitos humanos. Ao seguir esse raciocínio, é possível criar um modelo de controle social mais justo, inclusivo e humano, que valorize a dignidade de todas as pessoas.

Nesse sentido, acredita-se que é possível propor soluções alternativas à intervenção punitiva do Estado, como mudanças na legislação ou o uso de mecanismos comportamentais para incentivar a mudança que devem ser responsáveis. A presente tese visa explorar essa última opção, por meio do uso de *nudges* desenvolvidos pela economia comportamental.

A regulação estatal tem uma longa história e todas as organizações políticas estabelecem regras de comportamento para a coletividade, com maior ou menor grau de interferência. Recentemente, as instituições governamentais começaram a utilizar a Economia Comportamental como uma ferramenta para alcançar objetivos sociais relacionados ao bem-estar coletivo²¹.

A economia comportamental argumenta que muitas das decisões e comportamentos humanos não são puramente racionais, e que certos contextos decisórios podem levar as pessoas a tomar decisões equivocadas que não estão alinhadas com seus próprios objetivos. A partir dessa perspectiva, as políticas públicas podem adotar estratégias que levem em consideração aspectos da tomada de decisão que normalmente são negligenciados, para influenciar e promover comportamentos benéficos, sem limitar a liberdade de escolha do cidadão. É possível

²¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DOMINGUES, Victor Hugo. "Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança". **Rev. Bras. Polit. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 456-471, p. 459.

pensar nessa mesma perspectiva para incentivar os cidadãos a auxiliar na prestação jurisdicional, especialmente no que diz respeito ao quesito probatório, que é um aspecto crucial nos casos de embriaguez ao volante.

A economia comportamental é um ramo da economia que estuda como as pessoas tomam decisões em situações econômicas e sociais. Ela parte do pressuposto de que os seres humanos não agem de forma inteiramente racional em suas escolhas, mas são influenciados por fatores psicológicos, sociais e emocionais. A economia comportamental se utiliza de conceitos e teorias da psicologia, sociologia e outras disciplinas para entender como as pessoas tomam decisões e como isso pode ser aplicado em políticas públicas e práticas empresariais. Dessa forma, a economia comportamental busca entender como as pessoas tomam decisões na prática, considerando as limitações cognitivas, emocionais e sociais que afetam a tomada de decisão²².

Dentre as principais ideias da economia comportamental, podemos destacar:

- 1) a importância dos vieses comportamentais, visto vieses são desvios sistemáticos na tomada de decisão que podem afetar as escolhas das pessoas. A economia comportamental busca entender como esses vieses afetam as escolhas e como é possível corrigi-los ou minimizá-los;
- 2) A valorização do contexto decisório, dado que a economia comportamental entende que as decisões não são tomadas em um vácuo, mas são influenciadas pelo contexto em que são feitas. Assim, é importante levar em consideração o contexto para entender as decisões tomadas pelas pessoas;
- 3) a ênfase na importância da emoção, posto que a economia comportamental entende que as emoções têm um papel importante na tomada de decisão, muitas vezes sobrepujando a racionalidade. Por isso, é importante entender como as emoções afetam as escolhas das pessoas;
- 4) a importância do comportamento social, pois a economia comportamental entende que as escolhas das pessoas são influenciadas pelo comportamento social, ou seja, pela forma como as pessoas ao redor tomam suas decisões. Por isso, é importante levar em consideração o comportamento social para entender as escolhas das pessoas.
- 5) a valorização da liberdade de escolha, já que a economia comportamental entende que é importante respeitar a liberdade de

²² TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

escolha das pessoas, mesmo ao se tentar influenciar seu comportamento. Por isso, é importante utilizar estratégias que não restrinjam a liberdade de escolha do indivíduo²³.

A economia comportamental identifica que as decisões humanas muitas vezes são tomadas de forma irracional ou influenciadas por fatores externos, e que os indivíduos podem não estar cientes dessas influências. Nesse contexto, a intervenção estatal pode ser justificada para proteger as pessoas de decisões prejudiciais que elas possam tomar. Portanto, a economia comportamental pode ser utilizada para identificar os fatores que influenciam as decisões dos indivíduos e desenvolver intervenções estatais que visem a proteger as pessoas de decisões prejudiciais.

Por trás da economia comportamental está a ideia do paternalismo libertário, que é uma corrente teórica que busca conciliar a liberdade individual com a proteção do bem-estar da pessoa. Em outras palavras, essa teoria sustenta que, em certas circunstâncias, é justificável que outras pessoas ou instituições restrinjam a liberdade de uma pessoa em seu próprio interesse. No entanto, essa interferência deve ser mínima e limitada apenas a proteger a liberdade da pessoa em questão. O objetivo é garantir que as pessoas tenham a liberdade de escolha, mas que também sejam protegidas de escolhas que possam prejudicá-las.

Diferentemente do paternalismo tradicional, no qual governantes ou especialistas decidem o que é melhor para as pessoas, o paternalismo libertário valoriza a autonomia individual e a capacidade das pessoas de tomar suas próprias decisões. No entanto, os paternalistas libertários reconhecem que fatores externos, como falta de informação, preguiça ou falta de autocontrole, podem influenciar as pessoas e levá-las a fazer escolhas que não são as melhores para si mesmas. Por isso, os paternalistas libertários buscam ajudar as pessoas a fazer escolhas melhores, sem impor suas preferências pessoais ou interferir em suas liberdades individuais. Isso é feito por meio de intervenções suaves, tais como fornecer informações claras e relevantes, tornar as opções mais visíveis ou fáceis de acessar ou oferecer incentivos para comportamentos mais saudáveis ou responsáveis²⁴.

²³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: um pequeno empurrão. Alfragide: Lua de Papel, 2018.

²⁴ *Ibidem*, p. 19.

Na aplicação dessa teoria ao processo penal, o paternalismo libertário poderia justificar a intervenção estatal para evitar comportamentos que coloquem em risco a vida e a segurança das pessoas, como no caso da embriaguez ao volante.

Assim, as ideias da economia comportamental podem ser utilizadas no processo penal em casos de embriaguez ao volante para incentivar comportamentos responsáveis e reduzir a ocorrência de delitos. Uma abordagem possível seria o uso de "*nudges*", ou empurrões comportamentais, que são intervenções indiretas que influenciam as escolhas dos indivíduos de maneira sutil e não coercitiva.

Por exemplo, em vez de simplesmente punir os infratores, o Estado poderia adotar medidas que facilitem a tomada de decisões responsáveis pelos motoristas. Outra abordagem seria o uso de incentivos positivos, como a proposição do acordo de não persecução penal ou da suspensão condicional do processo. Esses incentivos podem ser usados para incentivar comportamentos responsáveis e, assim, reduzir a ocorrência de delitos relacionados à embriaguez ao volante.

Em ambos os casos, as estratégias comportamentais visam influenciar a tomada de decisão dos indivíduos de maneira sutil, sem limitar sua liberdade de escolha ou recorrer a medidas punitivas. Dessa forma, com o uso de *nudges*, é possível incentivar comportamentos responsáveis e prevenir a ocorrência de delitos, sem comprometer os direitos individuais e a dignidade humana.

Aponta-se que um *nudge* é uma intervenção suave ou um empurrãozinho que é feito para ajudar as pessoas a tomar decisões melhores ou mais informadas, sem impor a escolha ou interferir diretamente na liberdade de escolha individual. Em outras palavras, um *nudge* é uma maneira de influenciar o comportamento humano de forma não-coercitiva, mas que ajuda as pessoas a fazerem escolhas mais alinhadas com seus próprios objetivos ou com objetivos mais amplos da sociedade²⁵.

O conceito de *nudge* foi desenvolvido por Richard Thaler e Cass Sunstein, em seu livro "*Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*", publicado em 2008. Eles propuseram que, ao invés de impor regulamentações e restrições aos indivíduos, os governos poderiam criar incentivos e intervenções que levassem as pessoas a escolherem comportamentos mais saudáveis, seguros e responsáveis.

²⁵ THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. **Nudge**. Improving decisions about health, wealth, and happiness. Penguin, 2009. p. 6-7.

Assim, o nudge é uma técnica da economia comportamental que visa influenciar o comportamento humano de forma sutil, sem impor restrições ou proibições à liberdade de escolha. É uma estratégia que pode ser utilizada por instituições públicas e privadas para alcançar seus objetivos específicos, como aumentar a adesão a programas de saúde, incentivar práticas mais sustentáveis ou melhorar a aderência a políticas públicas.

Uma das principais vantagens do nudge é que ele pode ser implementado com custos relativamente baixos, tornando-o uma opção viável para instituições que buscam alcançar resultados com recursos limitados. Além disso, a taxa de efetividade do nudge é considerada alta, uma vez que se baseia na compreensão das decisões humanas e dos fatores que influenciam o comportamento, permitindo que sejam desenvolvidas intervenções mais precisas e eficazes.

Através das teorias comportamentais dos "empurrões", o Estado pode agir como um incentivador para determinadas condutas, sem obrigá-las. Isso é feito através de mecanismos que dão a sensação de benefício ao indivíduo que adota essa conduta.

No contexto de diversos meios de prova disponíveis atualmente para verificar a embriaguez, a aplicação do *nudge* positivo pode ser pensada através de estratégias comunicativas. Isso porque pode tornar a intervenção na apuração das infrações mais eficaz e, indiretamente, influenciar a conduta dos motoristas em geral. Destacam-se, especialmente, como *nudges*, mecanismos já instituídos do processo penal, a saber, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

A suspensão condicional do processo pode ser considerada um *nudge* nos casos de embriaguez ao volante porque, ao oferecer a possibilidade de suspensão do processo mediante o cumprimento de certas condições, o instituto funciona como um incentivo para que o réu adote comportamentos mais responsáveis no futuro.

Nesse sentido, as condições impostas para a suspensão do processo, como a obrigação de comparecer a audiências, a prestação de serviços à comunidade e a realização de cursos de reciclagem, podem funcionar como empurrões para que o réu adote comportamentos mais responsáveis no trânsito e evite cometer novas infrações.

Além disso, a possibilidade de suspensão do processo também pode funcionar como um incentivo para que o réu admita sua culpa e coopere com as autoridades, o que pode contribuir para uma solução mais rápida e eficiente do caso.

Assim, a suspensão condicional do processo pode ser vista como um mecanismo de incentivo comportamental que busca reduzir a recorrência de comportamentos negativos e promover a mudança de comportamento em direção a uma conduta mais responsável e segura no trânsito.

Também, o acordo de não persecução penal pode ser considerado um *nudge* nos casos de embriaguez ao volante, pois tem o potencial de influenciar o comportamento dos motoristas que cometem esse tipo de infração. Ao oferecer a possibilidade de encerrar a investigação criminal sem a necessidade de enfrentar um processo penal, o acordo pode incentivar esses motoristas a assumir a responsabilidade pelos seus atos e a tomar medidas para reparar o dano causado.

Além disso, o acordo de não persecução penal pode funcionar como um incentivo para que os motoristas evitem a reincidência. Ao cumprir as condições acordadas, como a prestação de serviços comunitários ou a reparação do dano causado, o motorista pode evitar a abertura de um processo penal e preservar sua imagem. Isso pode incentivar esses motoristas a adotar comportamentos mais responsáveis ao volante e a evitar cometer novas infrações.

Dessa maneira, o acordo pode ser considerado um *nudge* positivo nos casos de embriaguez ao volante, pois oferece uma alternativa para o encerramento da investigação criminal que pode incentivar os motoristas a assumir a responsabilidade pelos seus atos e a adotar comportamentos mais responsáveis no futuro.

Ao oferecer a possibilidade de suspender o processo penal ou de não oferecer denúncia, desde que o investigado cumpra certas condições, como reparação do dano causado ou prestação de serviços comunitários, esses institutos buscam soluções alternativas à punição tradicional. Dessa forma, o Estado busca incentivar o comportamento positivo por parte dos acusados, sem a necessidade de aplicar uma sanção penal rigorosa. Assim, o Estado busca incentivar comportamentos responsáveis e conscientes, evitando assim a intervenção punitiva.

Dessa forma, tanto a suspensão condicional do processo quanto o acordo de não persecução penal auxiliam em evitar a intervenção punitiva do Estado, incentivando o comportamento positivo por parte dos acusados e buscando soluções alternativas à punição tradicional. Além disso, esses institutos podem contribuir para desafogar o Judiciário e para preservar a imagem dos investigados, especialmente daqueles sem antecedentes criminais.

Vê-se, dessa maneira, que a embriaguez ao volante tem um impacto significativo na segurança pública e que existem poucas estratégias eficazes para reduzir o comportamento de risco, de modo que a ampliação da punição também se mostra ineficaz. Assim, o presente estudo tem fundamental relevância, visto que justamente busca por alternativas que alterem o comportamento do condutor, respeitando sua liberdade e dignidade, com a finalidade de conscientizá-lo e, do mesmo modo, incentivá-lo a auxiliar os atores do processo penal na resolução do conflito sem intervenção estatal punitiva.

Por todo o exposto nessa introdução, fica evidente que a presente tese tem como tema o uso de *nudges* nos casos de embriaguez ao volante sob o viés do direito penal mínimo e do garantismo processual. Portanto, o problema da presente pesquisa consiste especificamente na seguinte questão: como os *nudges* podem ser utilizados nas situações de embriaguez ao volante no fomento de um direito penal mínimo?

Do mesmo modo, o objetivo principal da presente tese é, justamente, identificar quais são os possíveis usos dos *nudges* para resolver as situações de embriaguez ao volante, evitando a intervenção estatal e mantendo as garantias fundamentais respeitadas.

A hipótese da presente tese é que os *nudges* podem ser usados para evitar a intervenção estatal punitiva nos casos de embriaguez ao volante— auxiliando a produção probatória para o judiciário — e por meio da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal.

Destaca-se que esta tese se pauta pela metodologia da revisão bibliográfica que, conforme Lakatos e Marconi²⁶, consiste no levantamento da bibliografia sobre o problema investigado com finalidade ampla, que, no caso, do presente estudo, consiste em responder à questão levantada e delimitar a problemática, com a intenção de sustentar a hipótese de tese acima pontuada.

Para verificar tais pontos, o itinerário a ser percorrido é o seguinte. Em primeiro lugar, é preciso identificar o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro nas situações de embriaguez ao volante em seu aspecto material (Capítulo 1), isto é, será necessário compreender a tipificação da embriaguez ao volante (Tópico 1.1), a interpretação dogmática da embriaguez ao volante a partir das teorias dos bens

²⁶ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1992, p. 44-45.

jurídico-penais (Tópico 1.2) e o funcionamento do controle do crime de embriaguez ao volante sob a perspectiva da criminologia crítica (Tópico 1.3).

Em segundo lugar, há que se identificar o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro nas situações de embriaguez ao volante em seu aspecto processual (Capítulo 2). Assim, é necessário identificar o recorte de que parte a presente tese do ponto de vista processual, que é o paradigma constitucional, de modo que o primeiro tópico (Tópico 2.1) consiste em uma introdução ao processo penal constitucional (Tópico 2.1.1) e à justiça restaurativa (Tópico 2.1.2). Em seguida, será necessário traçar a estrutura do sistema de provas no direito penal brasileiro (Tópico 2.2.1), especificamente nos casos de embriaguez ao volante (Tópico 2.2.2). Por fim, será necessário analisar o uso do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detergere*) e sua problematização no processo penal nos casos de embriaguez ao volante (Tópico 2.3).

Por fim, é preciso identificar os fundamentos da economia comportamental (Tópico 3.1.1), para afunilar na compreensão do paternalismo libertário (Tópico 3.1.2) que é o pilar teórico por trás dos *nudges*, então buscar-se-á, após isso, justamente identificar o que são *nudges* (Tópico 3.1.3). Após essa fundamentação será possível verificar os possíveis usos dos *nudges* nos casos de embriaguez ao volante, visando traçar as situações existentes nas quais já se utilizam os *nudges*, especialmente nas políticas públicas (Tópico 3.2.1) e, após, os seus possíveis usos nos casos de embriaguez ao volante (Tópico 3.2.2). Por fim, há que se destacar a função dos *nudges* no desencarceramento partindo do princípio da intervenção mínima no direito penal e processual penal (Tópico 3.3), pontuando a posição das ideias de justiça restaurativa nessa discussão (Tópico 3.3.1).

A título de antecipação da conclusão, cabe destacar o seguinte. A presente pesquisa propõe o uso de *nudges* como uma alternativa eficaz para lidar com o problema da embriaguez ao volante. Em vez de confiar apenas em punições e intervenções estatais, os *nudges* da economia comportamental são apresentados como uma abordagem promissora. Essas intervenções não coercitivas têm o objetivo de influenciar o comportamento das pessoas de maneira previsível, sem impor sanções significativas.

Conclui-se, portanto, ao fim da pesquisa, que, no contexto da embriaguez ao volante podem ser utilizadas estratégias de incentivo. Dentre essas estratégias, está

o fornecimento de informações sobre as consequências das escolhas do condutor. Além disso, reforços positivos, como a suspensão condicional do processo ou acordos de não persecução penal, podem ser oferecidos como nudges.

1 A TIPIFICAÇÃO E O CONTROLE DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.

No ano de 1678, a primeira “máquina de rolamento autônoma” foi inventada por Ferdinand Verbiest, na China. Tratava-se de uma espécie de carro movido a vapor, construído como um brinquedo para o imperador: o primeiro automóvel²⁷. Em seguida, outros projetos foram desenvolvidos por vários construtores de nacionalidades diferentes ao longo dos anos, até que em 1886 Karl Benz patenteou o primeiro carro²⁸.

Dez anos depois, em 1896, foi registrado o primeiro acidente de trânsito. Um automóvel atropelou Oridget Driscoll a seis quilômetros por hora. Fukussawa²⁹, aponta para o fato que mesmo após mais de um século desse primeiro evento ainda existem acidentes de trânsito. Isto porque, para o autor, enquanto houverem carros haverá também acidentes e, assim, imagina que no futuro os tribunais ainda tratarão da violação do cuidado quando ocorre um acidente de trânsito.

No Brasil, o primeiro carro chegou com Santos Dumont em 1891, que o dirigia em São Paulo. Mais tarde, em 1895, o primeiro automóvel chegou no Rio de Janeiro, com José do Patrocínio. Dois anos depois, Patrocínio e Bilac se envolveram no primeiro acidente automobilístico registrado, quando perderam o controle do veículo e bateram em uma árvore³⁰.

Em 2012, mais de cem anos depois desse primeiro acidente, o Brasil se tornou o país com mais mortes de trânsito no mundo, com 60.752 pessoas mortas e 352.495 pessoas com permanente invalidez devido a acidentes de trânsito³¹. Já em 2020, segundo dados divulgados pelo Ministério da Saúde, morreram 33.497 pessoas no trânsito³². No mesmo período, em São Paulo foram registrados 12.470 acidentes nos

²⁷ LUCENDO, Jorge. **Las Edades del Automóvil**: Historia del Automóvil. Jorge Lucendo, 2019, p. 9.

²⁸ BAILEY, Diane. **How the Automobile Changed History**. ABDO, 2015, p. 6.

²⁹ FUKASSAWA, Fernando. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2015, p. 21.

³⁰ ANDRADE DE MELO, Victor. O AUTOMÓVEL, O AUTOMOBILISMO E A MODERNIDADE NO BRASIL (1891-1908) **Revista Brasileira de Ciências do Esporte**, vol. 30, núm. 1, septiembre, 2008, pp. 201-203 Colégio Brasileiro de Ciências do Esporte Curitiba, Brasil, p. 193-194.

³¹ FUKUSSAWA, 2015, p. 22.

³² CZERWONKA, 2022.

quais suspeita-se que os motoristas estivessem dirigindo embriagados, de acordo com os dados levantados pelo DNIT e INFOSEG de São Paulo³³.

A condução de veículo automotor por condutor embriagado é um fenômeno social que tem a potencialidade de produzir acidentes de trânsito. Diante dessa potencial ameaça a bens jurídicos, há a regulação estatal desse fenômeno, feita por meio de instrumentos legislativos e de práticas executivas que visam a redução das lesões a bens jurídicos.

De acordo com Zaffaroni³⁴, a regulação estatal do fenômeno criminal é baseada na lógica da punição, ou seja, a ideia de que é preciso punir os indivíduos que cometem delitos para proteger a sociedade e dissuadir outros de cometer crimes semelhantes. No entanto, essa lógica da punição, que muitas vezes se manifesta de modo arbitrário e seletivo, especialmente em relação às minorias étnicas e sociais, gera altas taxas de encarceramento e morte, além de se manifestar de modo arbitrário e seletivo.

Assim, ainda segundo o autor, a alta taxa de encarceramento ocorre porque o sistema penal muitas vezes é usado como a única resposta para os problemas sociais, como a pobreza, a violência e a exclusão social. Essa abordagem ignora as causas subjacentes desses problemas e trata seus sintomas, em vez de suas raízes. Como resultado, muitas pessoas acabam sendo presas por delitos menores e não violentos, o que sobrecarrega o sistema penal e leva a uma superlotação das prisões.

Retoma-se que o problema da presente pesquisa consiste na seguinte questão: “como os nudges podem ser utilizados nas situações de embriaguez ao volante no fomento de um direito penal mínimo?”. Contudo, antes de tentar responder a essa questão, é preciso, em primeiro lugar, identificar o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro nas situações de embriaguez ao volante, tanto em seu aspecto material (Capítulo 1) quanto processual (Capítulo 2). Para isso, será necessário, em primeiro lugar, compreender três pontos principais: a tipificação da embriaguez ao volante (Tópico 1.1), a interpretação dogmática da embriaguez ao volante a partir das teorias dos bens jurídico-penais (Tópico 1.2) e o funcionamento

³³ ILHARA, Rafael. “Pesquisa mostra que 42% das mortes no trânsito em SP são causadas por suspeita de embriaguez ao volante”. **G1**, São Paulo. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/09/17/pesquisa-mostra-que-42percent-das-mortes-no-transito-em-sp-sao-causadas-por-suspeita-de-embriaguez-ao-volante.ghtml>>. Acesso em 22 jan. 2023.

³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 23.

do controle do crime de embriaguez ao volante sob a perspectiva da criminologia crítica (1.3). É o itinerário que será percorrido neste capítulo.

1.1 A TIPIIFICAÇÃO DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

O presente tópico tem por finalidade identificar a estrutura do tipo penal da embriaguez ao volante dentro do sistema punitivo fundado no Código de Trânsito Brasileiro em 1997. Para tanto, será necessário retomar a formação do Código de Trânsito Brasileiro (Tópico 1.1.1), analisar especificamente o tipo penal incriminador da embriaguez ao volante (Tópico 1.1.2), passando pela discussão se se trata de crime de perigo concreto ou abstrato (Tópico 1.1.3) para, por fim, verificar qual é o bem jurídico tutelado pelo referido tipo penal (Tópico 1.1.4).

1.1.1 Breves considerações acerca da formação do Código de Trânsito Brasileiro e suas principais alterações

O Código de Trânsito Brasileiro foi criado em 1997. No corpo da lei, já havia a previsão de algumas infrações penais, dentre as quais constava a embriaguez ao volante. Contudo, houve diversas alterações legislativas, especialmente a Lei 11.705/08 e a Lei 12.760/2012, que alteraram o tipo penal da embriaguez ao volante. O presente tópico visa identificar e analisar o sentido dessas alterações.

Cabe destacar, em primeiro lugar, que a Lei 9.053/1997, o Código de Trânsito Brasileiro, foi implementada, segundo Pereira³⁵, para “garantir um trânsito mais humano e seguro”. Isto porque, ainda segundo a autora, o contexto em que a referida Lei foi elaborada era de aceleração tecnológica - o que promoveu o aprimoramento de estradas, a melhora na qualidade dos veículos e a facilitação ao acesso à compra de automóveis.

Também, vale pontuar que antes da Lei 9.053/1997 houve outras legislações de trânsito. Antes de 1941, não havia um Código nacional de trânsito e esse aspecto era regulado pelas legislações locais. Foi somente em 1941, com o Decreto-Lei 2.994,

³⁵ PEREIRA, Márcia de Andrade. **O novo código de trânsito brasileiro**: impactos no trânsito urbano e outros aspectos. Dissertação (mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos - Universidade de São Paulo, 1999 p. 42. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18137/tde-26012018-182140/publico/Dissert_Pereira_MarciaA.pdf Acesso em: 22 jan. 2023.

de 28 de janeiro, que o trânsito passou a ser regulado nacionalmente. Em seguida, com a Lei 5.108/1966, criou-se o Código Nacional de Trânsito, que estabeleceu o primeiro Sistema Nacional de Trânsito. Contudo, Pereira³⁶ indica que tais legislações foram elaboradas em períodos autoritários e, por conta disso, não tiveram eficaz aderência popular.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, produto do processo de redemocratização do Brasil, diversas legislações foram reformuladas de modo a adequar sua estrutura aos fundamentos e valores do país. Dentre elas está o Código de Trânsito Brasileiro de 1997, que foi objeto de revisão por comissão especial formada pelo Ministério da Justiça em 1991. Segundo Pereira, dentre os temas mais discutidos estavam:

A descentralização da administração do trânsito, passando parte da gestão para os municípios; o aumento no rigor na punição dos motoristas, com o estabelecimento de penas para crimes de trânsito como evadir-se de um acidente sem auxiliar a vítima ou dirigir alcoolizado; elevação do valor das multas; (...).³⁷

Importante para a presente pesquisa destacar que desde a sua formulação o Código de Trânsito Brasileiro de 1997 tinha por uma de suas finalidades a gestão e diminuição da ocorrência de crimes de trânsito por meio do aumento da punição. Este aspecto será debatido especificamente nos tópicos 1.2 e 1.3 deste capítulo.

Segundo Capez³⁸, anteriormente à publicação do Código de Trânsito de 1997, a conduta respectiva a embriaguez no volante era considerada apenas contravenção penal, mas devido estatísticas que comprovavam que mais de 70% dos acidentes de trânsito se davam em razão da ingestão de bebidas alcoólicas ou de outras substâncias inebriantes, passou a ser considerada crime.

Rodrigues³⁹ afirma que, no contexto da segurança viária, houve uma preocupação crescente com a diminuição dos casos de acidente de trânsito causados por motoristas embriagados. Para atingir esse objetivo, foram adotadas medidas que visavam uma maior penalização e fiscalização das condutas consideradas típicas, como dirigir sob efeito de álcool ou outras drogas.

³⁶ *Ibidem*, p. 42.

³⁷ *Ibidem*, p. 43.

³⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 4: legislação penal especial — 12. ed. — São Paulo: Saraiva, 2017. p. 328.

³⁹ RODRIGUES, Éderson José. **O crime de embriaguez ao volante e seu impacto na sociedade**. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Erechim, pp. 57, 2018, p. 10.

Ainda segundo o autor, essas medidas incluíram a criação de leis mais rigorosas que aumentaram as penas para quem comete crimes de trânsito, bem como a intensificação das operações de fiscalização e controle nas estradas e vias urbanas. Além disso, foram implementadas campanhas de conscientização sobre os riscos da condução de veículos sob efeito de álcool, com o objetivo de mudar a cultura de tolerância em relação a essa prática.

A lógica por trás dessas medidas é que, conforme o autor, ao aumentar a penalização e a fiscalização das condutas típicas, os motoristas ficariam mais conscientes dos riscos envolvidos em dirigir sob efeito de álcool, e isso reduziria o número de acidentes de trânsito. No entanto, a efetividade dessas medidas ainda é objeto de debate entre os especialistas em segurança viária.

De todo modo, indica-se que na data de sua publicação, o Código de Trânsito Brasileiro, seguindo a lógica de aumento no rigor da punição, estabeleceu onze crimes⁴⁰, dentre os quais consta o de “embriaguez ao volante”. Aponta-se que a questão da embriaguez é abordada em dois âmbitos, a saber, administrativo e criminal. Com as alterações legislativas, também os dois âmbitos foram alterados.

No aspecto administrativo, o texto legal previa originalmente que:

Art. 165. 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. 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. 277⁴¹.

Com a Lei nº 11.275/2006 houve uma alteração do referido artigo, que passou a prever o tipo da seguinte forma “dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”⁴². Nesse sentido, retirou-se a quantidade mínima de bebida ingerida, de modo que a penalidade administrativa seja fixada independentemente da quantidade de substâncias no sangue.

⁴⁰ São eles: 1) homicídio culposo; 2) lesão corporal culposa; 3) omissão de socorro; 4) fuga de local de acidente; 5) embriaguez no volante; 6) violação de proibição de dirigir; 7) participar de “racha”; 8) dirigir sem permissão ou habilitação; 9) entrega de direção a pessoas sem permissão ou habilitação para dirigir; 10) direção perigosa; 11) fraude processual.

⁴¹ BRASIL, Lei nº 9503/1997.

⁴² BRASIL. **Lei nº 11.275 de 7 de fevereiro de 2006**. Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11275.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

Posteriormente, com a Lei 11.705/2008, o artigo passou a ter a seguinte redação:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
Infração - gravíssima;
Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;
Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.⁴³

Com isso retirou-se a dependência física e psíquica do caput e alterou-se a penalidade, fixando o prazo de suspensão em 12 meses.

Por fim, a última alteração legislativa ocorreu com a Lei 12.760/2012.

Art. 165. [...] Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.
Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.
Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.⁴⁴

Com isso, manteve-se o caput lei anterior, mas modificou-se a penalidade, especificamente a multa foi aumentada de 5 para 10 vezes. Também previu que a retenção ocorrerá nos termos do art. 270 do mesmo diploma e modifica o parágrafo único para que a multa em dobro seja aplicada em caso de reincidência dentro de até 12 meses.

Almeida Sobrinho⁴⁵ afirma que, no Brasil, ocorreram mudanças legislativas com o objetivo de tornar mais rigorosa a penalização administrativa para inibir a condução de veículos após a ingestão de bebida alcoólica. Anteriormente, as punições administrativas para essa infração eram relativamente brandas e pouco eficazes para dissuadir os motoristas de dirigir embriagados.

Com as alterações legislativas, a penalização administrativa foi modificada para torná-la mais rigorosa. Foram estabelecidas multas mais elevadas e a suspensão

⁴³ BRASIL. **Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

⁴⁴ BRASIL. Lei 12.760/2012.

⁴⁵ ALMEIDA SOBRINHO, José. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. 1º edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012. p. 435.

imediate do direito de dirigir por um período de 12 meses, além da possibilidade de apreensão do veículo. Além disso, foi instituído o exame de alcoolemia, também conhecido como "teste do bafômetro", como uma prova de constatação da infração.

Essas mudanças na legislação tiveram como objetivo principal coibir a prática de condução de veículos sob efeito de álcool, que é uma das principais causas de acidentes de trânsito no Brasil e em todo o mundo. Ao tornar mais rigorosas as punições administrativas para essa infração, o poder público busca desestimular os motoristas a dirigir após a ingestão de bebida alcoólica, com o intuito de reduzir o número de acidentes e de mortes no trânsito. Do ponto de vista penal, o texto original da lei de 1997 previa o seguinte:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:
Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor⁴⁶.

De acordo com essa redação, o indivíduo que trafegasse sob a influência de álcool ou outra substância análoga, expondo a incolumidade de outrem a dano, cometeria o crime de embriaguez ao volante. A pena para essa conduta seria de seis meses a três anos, multa e proibição de obter permissão ou habilitação.

Com a Lei 11.705/2008, a redação passou a ser a seguinte:

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:
[...].
Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo⁴⁷.

Com essa alteração, especificou-se que o indivíduo que conduzisse veículo automotor após ingestão de bebida alcoólica ou qualquer outra substância psicoativa cometeria crime de embriaguez ao volante se o teor no sangue fosse igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue. Também estabeleceu a competência do Poder Executivo para estipular a equivalência entre testes de alcoolemia distintos.

Também alterou o Código de Trânsito Brasileiro a Lei 12.760/2012, que trouxe a seguinte redação:

⁴⁶ BRASIL, Lei 9503/1997.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 11.705/2008.

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

[...]

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

24

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo⁴⁸.

Com essa alteração retirou-se a quantidade mínima de decigramas de álcool no sangue, o que, segundo Rodrigues⁴⁹, indica uma preocupação em reprimir mais o crime.

Destaca-se que nessa alteração legislativa, a constatação das condutas deve ser confirmada por meio da verificação da concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar ou, então, por sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora. No mesmo sentido, também passou a ser possível aferir os resultados por meio de exames, perícia, vídeo e outros meios de prova, desde que seguindo a disciplina do CONTRAN.

Por fim, a última alteração ocorreu com a Lei 12.971/2014, que modificou os parágrafos 2 e 3 do art. 306 do CTB.

Art. 306. [...]

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

25

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo⁵⁰.

Com essa alteração, permitiu-se que a verificação seja obtida com testes de alcoolemia ou toxicológicos, bem como exames clínicos, perícia, vídeo, prova

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9503/1997

⁴⁹ RODRIGUES, 2018, p.24.

⁵⁰ BRASIL, Lei 9503/1997.

testemunhal ou outras provas. Também se estabeleceu que o dever ao CONTRAN de dispor sobre a equivalência dos testes de alcoolemia ou toxicológicos.

Cabe também destacar que antes da Lei n. 12.760/2002, só era configurado o crime de embriaguez ao volante caso a condução do veículo fosse em via pública. A redação do art. 306, após a referida Lei, abandonou este critério, visto que não consta na elementar. Dessa forma, para o crime ser configurado basta que a condução do veículo seja verificada em qualquer local público ou no interior de propriedade privada, desde que atendidas as condições elementares. Na interpretação de Marcão⁵¹ representa ampliação no alcance da possibilidade de punição.

Na opinião de Ogama⁵², em todas as leis supracitadas é possível verificar que a intenção do legislador foi tornar mais rigorosas as punições com relação à embriaguez no trânsito. Isso pode ser verificado, conforme pontuado pelo autor, desde a exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 11.705/2008, que ressalta que a urgência da aprovação do projeto se dá pelo alto índice de consumo de álcool que é causa de milhões de mortes no mundo.

O autor também afirma que essas alterações legislativas advieram em decorrência do que chama de “populismo midiático”, que consiste na divulgação pela mídia da ideia de que mais leis penais, mais prisões e maior rigor nas leis resultariam em menos crimes, maior prevenção e menor criminalidade⁵³.

Em outras palavras, Ogama aponta que a intenção do legislador ao tornar mais rigorosas as punições relacionadas à embriaguez no trânsito é reduzir o alto índice de consumo de álcool que é causa de milhões de mortes no mundo. Além disso, o autor argumenta que tais mudanças na legislação foram motivadas pelo chamado “populismo midiático”, que defende que leis penais mais rigorosas e maior punição reduziram a criminalidade. Contudo, esse tipo de raciocínio é totalmente contrário ao pensamento criminológico contemporâneo, que acredita que esse tipo de medida é somente paliativa e não resolve em nada o problema do conflito penal em sociedade – conforme será explorado nos tópicos 1.2 e 1.3.

1.1.2 Análise do tipo penal incriminador da embriaguez ao volante

⁵¹ MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 174.

⁵² OGAMA, 2014, p. 206.

⁵³ *Ibidem*, p. 207.

Este tópico consiste na análise do tipo penal incriminador da embriaguez ao volante presente na legislação atual. Nesse sentido, trata-se da análise do modo como a doutrina constrói o referido tipo penal. Por isso, a bibliografia utilizada para tal desígnio é majoritariamente de livros doutrinários.

Marcão⁵⁴ afirma que a embriaguez no volante consiste em crime doloso, comum, vago, comissivo, formal e de perigo abstrato. Para o autor, o sujeito ativo é “qualquer pessoa que se ponha a conduzir veículo automotor, habilitada ou não, na medida em que se trata de crime comum. Não exige qualquer qualidade especial do agente”⁵⁵.

Capez⁵⁶, especifica que o sujeito ativo é a pessoa que dirige o veículo automotor, mas que essa pessoa deve ter a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas ou estar sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência – justamente conforme estabelecido pelo art. 306, do CTB.

Em outras palavras, para identificar o sujeito ativo seria necessária a existência de um elemento principal: a) concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas; ou b) a utilização de qualquer outra substância entorpecente que venha a determinar dependência.

Por outro lado, o sujeito passivo, segundo Capez⁵⁷, consiste primeiramente na coletividade, visto que o bem jurídico tutelado é de interesse público, mas secundariamente considera-se como sujeito passivo também a vítima. Para Marcão⁵⁸ o sujeito passivo é vago e diz respeito à toda coletividade de pessoas que compõem a sociedade brasileira.

Quanto ao tipo subjetivo, Fukassawa⁵⁹ interpreta crime só é cometido dolosamente, com vontade livre e consciente de dirigir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada devido a influência de álcool ou outra substância psicoativa que gere dependência. Marcão⁶⁰ também compartilha a mesma interpretação, e afirma que, apesar de o dolo não ser presumido, para que incida o tipo basta que o agente pratique a conduta, independentemente da finalidade.

⁵⁴ MARCÃO, 2015, p. 172.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 172.

⁵⁶ CAPEZ, 2017, p. 330.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 330.

⁵⁸ MARCÃO, 2015, p. 173.

⁵⁹ FUKASSAWA, 2015, p. 281.

⁶⁰ MARCÃO, 2015, p. 174.

Mota et al⁶¹ afirmam que se trata de crime doloso pois existe a vontade de pôr a sociedade em risco ou de assumir o risco. Os autores rememoram que o dolo é caracterizado por dois elementos, cognitivo (consciência) e volitivo (vontade). Assim, mesmo que um indivíduo não saiba que determinado ato é ilícito, ainda se pode lhe imputar a consequência jurídica prevista no tipo.

Isto é, mesmo sem compreender a ilicitude do fato, o autor pode sofrer a respectiva sanção penal do crime de embriaguez ao volante, já que a teve consciência de agir de modo desarrazoado. Mas essa consciência é necessária, como afirma Jesus:

É necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está realizando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que da conduta pode derivar o resultado, que há ligação de causa e efeito entre eles. Por fim, o dolo requer vontade de concretizar o comportamento e causar o resultado. Isso nos crimes matérias e formais⁶².

Vale pontuar, também, que o objeto material é o veículo⁶³ conduzido. Sendo que conduzir significa “dirigir, colocar em movimento mediante acionamento dos mecanismos do veículo”⁶⁴.

A partir da Lei 12.760 de 20 de dezembro de 2012, o crime de embriaguez ao volante passou a ser configurado quando o veículo automotor, além de ser conduzido em via pública, é conduzido em qualquer local público ou mesmo no interior de propriedade privada⁶⁵.

Capacidade psicomotora significa a “integração das funções motoras e psíquicas. São psicomotoras as partes do cérebro que presidem as relações com os movimentos dos músculos”⁶⁶, em outras palavras, é a coordenação entre as funções motoras e psíquicas, em que o cérebro é responsável por comandar os movimentos dos músculos de forma integrada às funções cognitivas.

⁶¹ MOTA, Camila; MARCOLINO, Diego; RIBEIRO, Maria Clara; SCAFUTTO, Lorena. HOMICÍDIO POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE? **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 9, n. 2, p. 12-12, 2017. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/73> Acesso em: 28 jan. 2023.

⁶² JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2009.

⁶³ O termo “veículo automotor” é conceituado no Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro como “todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreender os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulem sobre trilhos (ônibus elétrico)”. BRASIL, Lei 9503/1997.

⁶⁴ MARCÃO, 2015, p. 174.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 174.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 176.

O autor destaca que para que o crime de embriaguez ao volante seja configurado, não é necessário que a capacidade psicomotora esteja suprimida, mas basta que esteja alterada, isto é, fora da normalidade. Contudo, essa alteração deve ser comprovadamente advinda do consumo de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência⁶⁷.

Ainda, vale pontuar, em conformidade com Fukassawa⁶⁸, que o delito é consumado instantaneamente, no momento em que o autor dirigir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada devido a influência de álcool ou outra substância psicoativa que gere dependência.

O delito em questão é o crime de condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa que gere dependência, previsto no Código de Trânsito Brasileiro. De acordo com essa lei, esse crime é considerado consumado no momento em que o condutor dirige o veículo com a capacidade psicomotora alterada, ou seja, quando a influência da substância interfere na coordenação dos movimentos e nas funções cognitivas do cérebro que comandam esses movimentos. Essa alteração pode ser comprovada por meio de exames clínicos, testes de alcoolemia ou outros meios previstos em lei. É importante destacar que, mesmo que não haja a ocorrência de acidentes ou danos materiais, a conduta já configura o crime, pois o risco à segurança no trânsito é considerado elevado nesses casos.

Feita essa análise do tipo incriminador e dos seus elementos de funcionamento, passa-se a discussão doutrinária de fundo, que não é propriamente objeto da presente pesquisa, mas que se mostra relevante para a dogmática: crime de perigo concreto ou abstrato?

1.1.3 Discussão acerca da classificação do crime de embriaguez ao volante como perigo concreto ou abstrato

O dano ou o perigo são a razão essencial de todos os crimes, segundo Pimentel⁶⁹. Os crimes de homicídio e lesão corporal em sua modalidade culposa (arts. 302 e 303) são crimes de dano, porque sempre há ofensa à incolumidade individual.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 176.

⁶⁸ FUKASSAWA, 2015, p. 281.

⁶⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro, **Crimes de mera conduta**, Ed. Rev. dos Tribunais, 1968, p. 85.

São crimes nos quais atenta-se contra o bem jurídico vida, integridade corporal ou saúde. Também é de dano o crime doloso de racha qualificada, pelo mesmo motivo. Por outro lado, todos os demais crimes do Código de Trânsito Brasileiro são crimes de perigo, sobretudo os previstos nos arts. 306, 308, 309 e 311⁷⁰.

Vale pontuar que essa classificação é feita com base na “intensidade de ataque ao bem jurídico tutelado pela norma”⁷¹. Os crimes de dano ou lesão pressupõem que haja dano, mas não há a necessidade que esse dano ocorra. Os crimes de perigo pressupõem que haja apenas perigo de dano, de modo que se configura pelo simples risco de produção do dano.

Dentro dessa classificação, distingue-se ainda quais desses crimes são de maior ou menor probabilidade de dano. Os crimes de perigo abstrato ou presumido consistem em crimes nos quais a conduta descrita por si só já gera a probabilidade de acontecimento do evento - o perigo é presumido e não necessita de comprovação. Os crimes de perigo concreto ou efetivo são os que podem produzir um dano concreto ao bem jurídico, contudo, esse perigo não é presumido e precisa ser provado.

O perigo é abstrato se a possibilidade de dano a um determinado bem jurídico é presumida pelo legislador em um fato e o perigo é concreto se a possibilidade de dano a um determinado bem jurídico deva ser verificada como subsistente na realidade a propósito de um dado fato⁷².

Dessa forma, o autor afirma que entre dano potencial e perigo de dano há somente uma diferença de graus. Isto porque considera-se perigosa uma situação que pode gerar dano. Assim, para o autor, quando o legislador utiliza a expressão “dano potencial” trata-se de perigo de dano.

No texto original do Código de Trânsito, datado de 1997, era necessária prova da ocorrência de perigo concreto. Contudo, com a Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, o art. 306 teve sua redação alterada e deixou de exigir a ocorrência do perigo concreto, sendo assim é suficiente o perigo abstrato. Para Marcão⁷³ a conduta de conduzir veículo sob as condições previstas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, por si só, já gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado. Dessa forma, o perigo gerado pela conduta é suficiente para que seja imposta a penalização.

⁷⁰ FUKASSAWA, 2015, p. 95.

⁷¹ *Ibidem*, p. 96.

⁷² *Ibidem*, p. 97.

⁷³ MARCÃO, 2015, p. 178-179.

Sob essa redação, a infração penal se dirigiria a um perigo concreto, visto que haveria a necessidade de risco à incolumidade física de algum indivíduo⁷⁴.

Contudo, com as alterações legislativas passa a ser considerado crime de perigo abstrato:

[...]. Tendo em vista a redação do mencionado dispositivo legal, o crime de embriaguez ao volante não poderia ser considerado crime de perigo abstrato ou concreto. Nos crimes de perigo abstrato o risco é presumido pelo legislador, não permitindo prova em sentido contrário (basta à acusação provar a realização da conduta). Já os crimes de perigo concreto exigem, caso a caso, a demonstração da real ocorrência de probabilidade de dano a pessoa certa e determinada. A acusação, portanto, deveria provar que uma pessoa, seja outro condutor, passageiro, transeunte ou qualquer presente no local, esteve exposta a sério e real risco de dano em consequência da conduta do motorista. [...]. Com o advento da Lei n. 11.705/2008, de acordo com a nova redação determinada pela Lei n. 12.760, de 20 de dezembro de 2012, passou-se a tipificar a conduta de “conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”. Portanto, de acordo com a nova redação legal, não é mais necessário que a conduta do agente exponha a dano potencial a incolumidade de outrem, bastando que dirija embriagado, pois presume-se o perigo. Assim, não se exigirá que a acusação comprove que o agente dirigia de forma anormal, de forma a colocar em risco a segurança viária. Basta a prova da embriaguez. [...]⁷⁵.

Em outras palavras, o autor explica que, de acordo com a redação do artigo que tipifica o crime de embriaguez ao volante, não é possível enquadrá-lo como um crime de perigo abstrato ou concreto. Nos crimes de perigo abstrato, o risco é presumido pelo legislador e não pode ser contestado pela defesa, enquanto nos crimes de perigo concreto, é necessário comprovar a existência de um risco real e imediato a uma pessoa específica.

Com a mudança na redação da lei, não é mais necessário provar que a conduta do motorista embriagado colocou em risco a integridade física de terceiros, pois a mera condução do veículo com capacidade psicomotora alterada é considerada suficiente para configurar o crime. Dessa forma, a acusação não precisa comprovar que o motorista estava dirigindo de forma anormal, colocando em risco a segurança viária, basta provar que ele estava embriagado. Em outras palavras, presume-se o perigo na conduta do motorista embriagado, não sendo mais necessário demonstrar que a sua conduta colocou em risco a integridade física de terceiros.

Assim, foi com a Lei 11.705/2008 que o delito ganhou nova classificação, devido a nova redação do dispositivo. Por isso, inclusive, houve a uniformização do

⁷⁴ RODRIGUES, 2018, p. 15.

⁷⁵ CAPEZ, 2017, p. 328-329.

entendimento corroborado na 5ª Turma do STJ⁷⁶, de que o crime é de perigo abstrato⁷⁷.

A tutela antecipada de bens jurídicos é abordada especificamente por Roxin na sua obra “A proteção de bens jurídicos como função do direito penal”⁷⁸. Nessa obra, inclusive, o autor cita como exemplo de necessidade de antecipação de punibilidade a condução de veículos em estado de embriaguez e o estelionato de seguros, ambos os quais no Código Penal Alemão são crimes de perigo abstrato⁷⁹.

Para o autor, o aspecto mais fundamental visado por um injusto penal é a geração de riscos não permitidos, e não propriamente a produção de um resultado⁸⁰. É da primazia do risco sobre o resultado que se origina a teorização acerca de crimes de perigo abstrato, pois, por meio destes, a lesão ao bem jurídico é evitada antecipadamente, sem que seja necessário aguardar o resultado para que seja feita a intervenção penal.

Assim, a principal finalidade do direito penal é evitar riscos que não são permitidos pela sociedade, independentemente da produção ou não de um resultado danoso. Por isso, é importante que sejam tipificados como crimes não apenas as condutas que efetivamente causem danos, mas também aquelas que apresentem potencial risco de lesão ao bem jurídico protegido. Nesse contexto, surgem os chamados crimes de perigo abstrato, que permitem a intervenção penal antes mesmo da ocorrência de um dano efetivo, na medida em que se antecipa a prevenção de riscos.

Seguindo essa ideia, Bottini⁸¹, defende que os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo direito penal com o mecanismo da tutela antecipada do perigo abstrato são somente os bens jurídicos difusos, pois, em sua opinião, interesses individuais devem ser tutelados por crimes de perigo concreto.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 575**. Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo. Terceira seção, Brasília-DF 22 jun. 2016. DJe. 27/06/2016.

⁷⁷ OGAMA, 2014, p. 273.

⁷⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 28.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 41.

⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. Revista dos Tribunais, 2007.

Explica Oliveira⁸² que os bens jurídicos podem ser protegidos tanto pelos crimes de perigo concreto quanto de perigo abstrato. A diferença é que a titularidade do bem jurídico dos crimes de perigo abstrato é difusa, como justamente é o caso do crime de embriaguez no volante, em que o titular do bem jurídico é a coletividade.

Assim, a explicação doutrinária se baseia na diferença entre a titularidade do bem jurídico nos crimes de perigo abstrato e nos crimes de perigo concreto. Nos crimes de perigo abstrato, como o crime de embriaguez ao volante, o bem jurídico afetado é difuso, ou seja, não pertence a uma pessoa ou grupo específico, mas sim à coletividade como um todo. Nesses casos, a lesão ao bem jurídico ocorre pelo simples fato de o agente praticar a conduta perigosa, independentemente da ocorrência de um resultado danoso concreto. A ideia é prevenir antecipadamente o risco à coletividade, sem esperar que um dano efetivo seja causado.

Já nos crimes de perigo concreto, a lesão ao bem jurídico só ocorre se houver efetivamente um dano ou perigo de dano a um bem jurídico individualizado, pertencente a uma pessoa ou grupo específico. Nesses casos, a intervenção penal ocorre somente após a ocorrência do dano ou perigo de dano, ou seja, o resultado é o elemento central do tipo penal.

No caso do crime de embriaguez ao volante, a lesão ao bem jurídico protegido (a segurança viária e a incolumidade pública) é difusa e pertence à coletividade, o que justifica a tipificação como crime de perigo abstrato. O objetivo é prevenir o risco à segurança viária, sem que seja necessário aguardar a ocorrência de um resultado danoso para intervir penalmente. Contudo, há que se esclarecer qual é o bem jurídico tutelado.

1.1.4 Bem jurídico tutelado pelo tipo penal da embriaguez ao volante

O objeto/bem jurídico tutelado é, segundo Marcão⁸³, a segurança no trânsito, que visa a “preservação da incolumidade pública”, direito fundamental previsto no art. 5º da CF, em seu caput. Para Fukassawa⁸⁴, também o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública referente à segurança no trânsito de veículos.

⁸² OLIVEIRA, Lucimara Aparecida Silva Antunes de. “Crimes de perigo abstrato como meio para proteção de bens jurídicos”. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 61, nº 192, p. 19-64, jan./mar. 2010, p. 51.

⁸³ MARCÃO, 2015, p. 173.

⁸⁴ FUKASSAWA, 2015, p. 268.

A ingestão de álcool que provoque a desestabilização do condutor é punível penalmente pois gera perigo para a incolumidade pública⁸⁵. Sobre isso, explica Gonçalves:

O art. 5º, caput, da Constituição Federal assegura que todos os cidadãos têm direito à segurança. O art. 1º, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro estabelece que “o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos ...”, e em seu art. 28 dispõe que o motorista deve conduzir o veículo “com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”. É fácil concluir, portanto, que a segurança viária é o objeto jurídico principal do delito. O direito à vida e à saúde constituem, em verdade, a objetividade jurídica secundária do tipo penal.⁸⁶

Em outras palavras, de acordo com o autor, a segurança viária é o principal objeto jurídico do delito de embriaguez ao volante. Isso significa que a proteção da vida e da saúde dos indivíduos é uma consequência da garantia da segurança no trânsito. O direito à segurança é assegurado pela Constituição Federal e pelo Código de Trânsito Brasileiro, que impõem ao motorista a responsabilidade de conduzir o veículo com atenção e cuidados necessários para garantir a segurança no trânsito. Portanto, a proteção da vida e da saúde não é o objetivo principal do delito, mas sim uma consequência da garantia da segurança no trânsito. Sendo assim, o objetivo principal da tipificação é a proteção da segurança viária, mas, com isso, secundariamente, protege-se a vida e a saúde, especialmente no que se refere ao perigo inerente à conduta praticada pelo condutor.

Há que se pontuar que o significado de bem jurídico que aqui se adota é o de Roxin, que o conceitua como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”⁸⁷.

Assim, as circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade, ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos, se referem aos fatores ou propósitos que são essenciais para a construção de um ambiente seguro e justo para todos os indivíduos. Isso implica a criação de

⁸⁵ *Ibidem*, p. 273.

⁸⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 214.

⁸⁷ ROXIN, 2006, p. 18-19.

políticas públicas, leis e instituições que garantam a proteção da vida, da saúde, da liberdade e dos demais direitos fundamentais dos cidadãos.

Essas circunstâncias e finalidades são indispensáveis para a realização de uma sociedade justa e equitativa, que assegure a todos os seus membros uma vida digna e respeitosa. É através da implementação de políticas públicas e da criação de instituições que se torna possível proteger e promover esses direitos fundamentais, garantindo a segurança e a liberdade de todos os indivíduos. A proteção desses direitos é uma responsabilidade do Estado e da sociedade como um todo, e é essencial para o bem-estar e o desenvolvimento humano.

Com isso, tem-se que os bens jurídicos não são somente ficções, pois advém de circunstâncias reais dadas ou finalidades reais que operam para a garantia dos direitos humanos e civis. Outrossim, seguindo o raciocínio do autor, a função do Direito Penal é justamente a proteção dos bens jurídicos⁸⁸.

Toma-se por base, acompanhando Roxin, o modelo teórico do Estado Democrático. Modelo este no qual “as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”⁸⁹. Com esse argumento, o autor desenvolve que os instrumentos jurídico-penais têm uma dupla função: a) garantir condições individuais necessárias à coexistência pacífica e livre; b) promover instituições adequadas para essa finalidade.

Com esse último ponto, além de afirmar que as instituições devem ser voltadas para a garantia das condições individuais acima descritas, também se deduz que as instituições têm limites de atuação. Retoma-se que a função do direito penal é a proteção dos bens jurídicos, de modo que não é admissível – dentro do modelo teórico do Estado democrático – que existam crimes que não protejam bens jurídicos.

Ferrajoli⁹⁰ afirma, justamente, que o direito penal é como um remédio a ser usado somente em último caso e que os delitos devem somente existir para a proteção dos bens jurídicos, de modo que não deve haver relevância jurídica penal os delitos de mera desobediência.

⁸⁸ Existem outros autores, como JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Tradução: Gerséia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. 142 p., que afirmam que a função do direito penal é a reafirmação da existência da norma. Contudo, a presente tese posiciona-se alinhada, especificamente quanto à função do direito penal, à corrente de Roxin. *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 17.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 440.

O autor sustenta uma posição filosófica que chama de constitucionalismo multidimensional, na qual defende que a tese positivista da separação entre direito e moral deve ser mantida conjuntamente com a existência de direitos fundamentais positivados. Dessa maneira, todo o ordenamento jurídico deve estar orientado pela Constituição, especialmente pelos direitos fundamentais que resguardam as garantias universais que emanam do ser humano, como posto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁹¹.

No que se refere ao garantismo penal, vale pontuar que Ferrajoli, fundador dessa corrente de pensamento, compreende que:

Garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.⁹²

Nesse sentido, pode-se extrair as seguintes ideias acerca do garantismo para esse autor. Em primeiro lugar, para ele, o garantismo é um modo de estruturar as normas seguindo a estrita legalidade, isto é, estabelecendo que um crime deve ser previamente disposto em lei e que punições correspondentes somente podem existir por crimes positivados, respeitando o Estado Democrático de Direito – que se manifesta no plano cognitivo, político e jurídico. Ainda, epistemologicamente, o garantismo é considerado um sistema cognitivo na medida em que estabelece critérios objetivos para a aplicação do direito penal. Também, é um sistema de poder mínimo porque o poder punitivo do Estado é sempre limitado e utilizado somente em último caso. No nível político é considerado como uma técnica que busca reduzir a violência e maximizar a liberdade dos cidadãos, isto é, tenta conciliar o controle social com a preservação dos direitos e liberdades individuais. No plano jurídico, o garantismo é um conjunto de restrições impostas ao Estado, que visam limitar seu poder punitivo e garantir os direitos dos cidadãos. Nesse sentido, um sistema penal garantista seria aquele que estivesse em conformidade com essas três diretrizes: a)

⁹¹ LAVALLE, César Collin; DA SILVA, Pedro Manenti Vieira. “O constitucionalismo multidimensional: a democracia sob o positivismo crítico de Ferrajoli”. **Revista Eletrônica Multidisciplinar Unifacear**, Araucária, vol. 1, ano 11, abril de 2022.

⁹² FERRAJOLI, 2006, p. 684.

respeitar a estrita legalidade; b) limitar o poder punitivo do Estado; c) garantir a liberdade e os direitos dos cidadãos.

O bem jurídico tutelado pelo crime da embriaguez ao volante é a incolumidade pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, que independe da produção do resultado. Viu-se que tanto o bem jurídico quanto o seu titular são vagos, o que leva a questionar, justamente se não se trata da tipificação de um crime que envolve a conduta de mera desobediência. Greco⁹³ aponta, inclusive, que o principal problema, do ponto de vista teórico, com os bens jurídicos coletivos é que justificam incriminações que não seriam, a princípio, justificáveis por bens jurídicos individuais.

Nesse sentido, a tipificação do crime de embriaguez no trânsito serve para proteger um bem jurídico ou, então, é somente um dos instrumentos de expansão do poder punitivo?

Dessa maneira, para compreender melhor o funcionamento do crime de embriaguez ao volante e sua legitimidade enquanto crime de perigo abstrato, há que se perscrutar as teorias dos bens jurídicos-penais, no intuito de inquirir o estatuto material do crime de embriaguez no volante.

1.2 TEORIAS DOS BENS JURÍDICOS PENAIS E A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Este tópico tem por objetivo identificar a estrutura das teorias dos bens jurídicos penais e suas funções na dogmática penal. Para isso, retoma-se que o marco de que se parte é o Estado democrático de Direito, pois justamente é a orientação política do Estado brasileiro.

Sob esse signo, o Direito Penal tem a função de assegurar uma coexistência livre e pacífica entre as pessoas, conforme Roxin⁹⁴. estabelece. Por outro lado, a norma penal, quando opera para garantir essa proteção, age com violência. Machado⁹⁵ destaca que o “Direito Penal é, em si, violência, pois todas as suas formas de intervenção são dessa natureza”. Segundo a autora, essa característica faz com

⁹³ GRECO, Luís. “Bens jurídicos coletivos”. **Revista de concorrência e regulação**, Lisboa, ano II, n. 7 e 8, n. especial luso-brasileiro, jul.-dez. 2012, p. 352-353.

⁹⁴ ROXIN, 2006, p. 17.

⁹⁵ MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. “Bens jurídico-penais e o direito penal moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos”. **Revista Brasileira de Direito**, 12(2): 166-179, jul.-dez. 2016, p. 166.

que o direito penal seja dúbio porque na medida em que tutela bens de uns, fere de outros.

Desde sua origem, a função do direito penal está vinculada à proteção de interesses subjetivos, por estes serem valores relevantes para o homem, advindos de sua essência, e independentes mesmo da ordem jurídica⁹⁶. Tratava-se, segundo Machado⁹⁷, de “colocar os interesses humanos em primeiro plano, e não interesses religiosos ou estatais”. O conceito de delito no século XVIII, elaborado por Feuerbach, considerava que no núcleo de todo crime estava um direito subjetivo a ser protegido. Nesse sentido, o Estado somente poderia incriminar condutas que violassem direitos subjetivos e gerassem dano à sociedade. A principal crítica a sua teoria era de que crimes que não ofendiam direitos subjetivos também eram punidos, como os crimes contra a honestidade, além de não haver previsão de direitos coletivos⁹⁸.

Numa breve pontuação histórica, que auxiliará na compreensão das teorias dos bens jurídicos penais, sem a pretensão de desenvolver uma pesquisa propriamente em história do direito, cabe indicar que com o positivismo científico, que se desenvolveu sobretudo no século XIX, os direitos naturais foram, de certo modo, desvalorizados, isto porque havia a proeminência da “metodologia empirista de observação controlada dos fatos” e isso fez com que a limitação do poder positivo fosse reelaborada. A partir disso, Birnbaum pode conceituar o conteúdo material do bem jurídico e Binding avançar no mesmo⁹⁹.

Foi Birnbaum que, em 1834, publicou um estudo sobre a tutela da honra no qual estabeleceu, pela primeira vez, o conceito de bem jurídico. Para este autor, não são os direitos que sofrem lesão, mas o bem em sua realidade existencial, isto é, num crime de homicídio, por exemplo, não é o direito subjetivo à vida que é lesionado, mas a vida mesmo¹⁰⁰.

A partir desse conceito de bem jurídico, Binding estabeleceu que o conteúdo do bem jurídico é definido pela norma, isto é, o bem jurídico, para esse autor, é tudo aquilo é o legislador considerar relevante para a vida em coletividade. A maior crítica

⁹⁶ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 122, 2010, p. 20

⁹⁷ MACHADO, 2016, p. 167.

⁹⁸ GODOY, 2010, p. 22.

⁹⁹ MACHADO, 2016, p. 167.

¹⁰⁰ GODOY, 2010, p. 23.

a essa posição é de que a criação de crimes fica concentrada na mão do legislador, que está autorizado a agir arbitrariamente¹⁰¹.

Na contramão de Binding, o alemão von Litz afirma que os bens jurídicos não são produtos da norma, mas produtos da realidade social. Com essa concepção, o autor direciona a concepção de direito penal ao abandono do formalismo jurídico e elabora o conceito de bem jurídico a partir do positivismo sociológico¹⁰².

Para Machado¹⁰³, o positivismo sociológico trouxe o esvaziamento do conceito de bem jurídico. A autora afirma que para essa corrente de pensamento o bem jurídico não é útil à proteção da sociedade e se apresenta apenas como um fundamento metafísico que deveria ser afastado.

Por outro lado, na primeira década do Século XX, no Brasil, pela influência de Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, houve a crítica ao sociologismo com a elaboração do que chamou de Dogmática Penal. A Dogmática Penal, conforme explica Andrade¹⁰⁴, é um braço da Dogmática Jurídica que tem por matrizes teóricas o iluminismo liberal e o tecnicismo jurídico. Machado¹⁰⁵ destaca que o conceito de bem jurídico para essa escola está próximo da concepção de von Litz, isto é, aparece sob o prisma legislativo e sem apreciação valorativa e social.

Em seguida, foi com a Escola de Kiel que se criou o bem jurídico subjetivo, de modo que o delito se tornou “a violação de um dever para com o sadio sentimento do povo”¹⁰⁶. De acordo com a autora, isso gerou uma anulação dos limites do exercício do poder punitivo, pois o Estado passou a estar subordinado à comunidade do povo.

Machado¹⁰⁷ ainda prossegue e indica que após a Segunda Guerra Mundial nasceram duas vertentes principais de pensamento que visavam retomar o “conteúdo material de bens jurídico-penais”, a saber: a) vertente constitucionalista; b) vertente sociológica - as quais estabelecem os bens jurídicos como essenciais para a existência humana em comunidade.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 24-25.

¹⁰² GOMES, Carla Silene. “Bem jurídico e teoria constitucional do direito penal”. **Delictae** Vol. 4, Nº6, Jan.-Jun. 2019, p. 254.

¹⁰³ MACHADO, 2016, p. 167-168.

¹⁰⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da desilusão**. Rio de Janeiro, Revan, 2012, p. 239-240.

¹⁰⁵ MACHADO, 2016, p. 168.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 168.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 168.

Segundo Godoy¹⁰⁸, as teorias sociológicas partem do pressuposto de que o bem jurídico está situado na realidade social e tem uma função sistêmica no ordenamento. Ainda segundo a autora, para essa corrente de pensamento, aliás, a finalidade do direito penal não é de proteção dos bens jurídicos, mas de assegurar a validade e a vigência das normas. Assim, os pensadores dessa vertente não estavam preocupados em formular um conceito material de bem jurídico.

Por outro lado, a corrente constitucionalista estabeleceu a preocupação em criar critérios impostos ao legislador para limitar sua arbitrariedade no momento de invenção do ilícito¹⁰⁹. Essa vertente parte do pressuposto que nos Estados Democráticos de Direito a proteção dos direitos fundamentais advém da ordem constitucional. Sob esse viés, um dos papéis da Constituição é justamente limitar a atuação do Direito Penal¹¹⁰.

Assim, para a tendência constitucionalista, a hierarquia constitucional representa um padrão de referência para valoração social. É sob esse viés que nasce a teoria dos bens jurídico-penais sob o ponto de vista constitucional. E, como o fundamento do pensamento constitucionalista é a dignidade da pessoa humana, a dignidade da pessoa humana passou a ser também fundamento legislativo. Assim, o elemento principal da política criminal, sob esse viés, é a pessoa humana passa¹¹¹.

Outrossim, os bens jurídicos tornam-se o ponto focal do Direito Penal, é o que leva Roxin a afirmar que “a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido”¹¹².

Esse trecho de Roxin faz referência à ideia de que a criminalização de um comportamento deve ter como fundamento a proteção de um bem jurídico relevante para a sociedade. Caso contrário, seria uma espécie de terror estatal, uma intervenção arbitrária na liberdade individual sem justificativa plausível.

Assim, o Estado não pode simplesmente proibir comportamentos aleatórios e ameaçar com sanções penais, sem que haja um fundamento legítimo para isso. É

¹⁰⁸ GODOY, 2010, p. 30.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹¹⁰ GOMES, 2019, p. 233.

¹¹¹ MACHADO, 2016, p. 168.

¹¹² ROXIN, 2006, p. 16.

necessário que haja uma finalidade justificável por trás da proibição, como a proteção da vida, da saúde, da integridade física ou do patrimônio das pessoas.

Portanto, a ideia central é que a intervenção penal só é justificável quando se baseia em objetivos legítimos, que buscam garantir uma sociedade segura e livre para todos, e não apenas para a proteção de interesses particulares ou meramente simbólicos.

Com isso, a doutrina passou a vincular a função penal com também a função do Estado. Isto porque baseia-se em dois pressupostos: a) os direitos fundamentais estão previstos normativamente e precisam ser tutelados pelo Estado; b) ocorrem lesões recorrentes aos direitos fundamentais e cabe ao Estado punir.

Assim, sob essa perspectiva, o conceito de crime deve estar também pautado na proteção dos valores referentes à dignidade humana e com a racionalidade de que a intervenção penal é o último recurso a ser usado¹¹³. Por isso Andrade¹¹⁴ afirma que “a tutela de bens jurídicos que define simultaneamente a função do direito penal e marca os limites de legitimidade de sua intervenção”, em outras palavras a proteção dos bens jurídicos é o que define o papel do direito penal, ao mesmo tempo em que estabelece os limites de sua intervenção legítima.

Assim, “a legitimidade do Direito Penal está condicionada à realização da função que declara cumprir”¹¹⁵, isto é, o Direito Penal somente é legítimo se age protegendo os bens jurídicos e o *jus puniendi* é utilizado somente para tal finalidade.

É o que também afirma Mir Puig¹¹⁶ quando diz que o Direito Penal e um Estado social democrático de direito deve assegurar a proteção efetiva de todos os membros da sociedade, sendo que essa proteção deve se manifestar sobretudo pela prevenção de delitos – entendidos como condutas consideradas danosas aos bens jurídicos dos cidadãos.

Assim, o Direito Penal somente deve ser utilizado quando haja lesão de um bem jurídico identificado anteriormente, não para proteger interesses de grupos no poder. Por isso que Machado¹¹⁷ considera que o fundamento e limite para a intervenção penal é a teoria dos bens jurídicos-penais. Para Baratta (2004, p. 299), a

¹¹³ ROXIN, 1997, p. 51.

¹¹⁴ ANDRADE, 2012, p. 389.

¹¹⁵ MACHADO, 2016, p. 168.

¹¹⁶ MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la pena y teoria del delito em el estado social y democrático de direito**. Barcelona: Bosch, 1982, p. 30.

¹¹⁷ MACHADO, 2016, p. 169.

intervenção penal deve ser sempre limitada pelos direitos humanos, que exercem dupla função: a) função negativa de limitação da intervenção penal; b) função positiva de definição do objeto possível de tutela do direito penal. Para o autor, o aspecto fundamental dessa leitura é a necessidade de contenção da violência punitiva.

Para esse autor, a pena é um modo de manifestação da violência institucional, limitação de direitos e repressão. Também afirma que os órgãos da justiça criminal não representam e nem tutelam interesses comuns a toda sociedade, mas somente de um grupo restrito, dominante e privilegiado. Com isso, o funcionamento da justiça penal é seletivo e não respeita integralmente a proteção dos bens jurídicos, pois que a punição é dirigida a somente uma parte da sociedade. Do mesmo modo, o sistema de justiça criminal acaba por produzir mais problemas do que realmente os resolver, pois em vez de compor conflitos ele os reprime. Então, o sistema de justiça criminal é inadequado para desenvolver as funções as quais lhe são atribuídas¹¹⁸.

Vale pontuar que Baratta é defensor do Direito Penal Mínimo, corrente da Criminologia Crítica que defende a busca pela minimização da aplicação de penas e pela reformulação do modelo de controle social pautado pela concepção de livre desenvolvimento da pessoa humana¹¹⁹. Por isso, o autor insiste que “a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta que pela afirmação dos direitos humanos”¹²⁰.

A partir dessa formulação, pode-se afirmar, seguindo Baratta¹²¹, que a teoria dos bens jurídicos penais pode ser analisada sob duas perspectivas: a) extrasistemática, na qual se verificam as condições de produção da norma a nível ideológico e político; e b) intrasistemática, que verifica a interpretação exegética e dogmática, especialmente com relação ao fundamento do injusto e à sistemática e de garantia. Para a presente pesquisa, que, nesse ponto, busca compreender a interpretação dogmática do crime de embriaguez no trânsito, vale explorar os aspectos da perspectiva intrasistemática.

O autor inicia afirmando que até então pareciam não haver problemas com a teoria do bem jurídico e nem com suas funções, destacadas entre uma função imanente ao sistema de direito penal positivo e uma função extrasistemática¹²².

¹¹⁸ BARATTA, 2004, p. 300-302.

¹¹⁹ SILVA; ROCHA, 2012.

¹²⁰ BARATTA, 2004, p. 303.

¹²¹ *Ibidem*, p. 304.

¹²² *Ibidem*, p. 57.

A primeira função consiste na interpretação teleológica das normas penais e sua construção sistemática, que tem por resultado a antijuridicidade formal como uma violação da norma social correspondente ao tipo delitivo e antijuridicidade material como lesão posta em perigo do interesse protegido. Para haver responsabilidade penal, afirma Baratta¹²³, é preciso que as duas formas de antijuridicidade sejam realizadas.

Em outras palavras, para que uma pessoa seja considerada responsável penalmente, é necessário que ela tenha cometido tanto a antijuridicidade formal quanto a material. Essa interpretação teleológica das normas e sua construção sistemática é fundamental para definir a função do direito penal e também para estabelecer os limites da sua intervenção.

A segunda função consiste em um critério de valoração do sistema positivo e da política criminal. Para o autor, não existe sob essa função uma correlação entre antijuridicidade formal e material, de modo que, sob esse viés, se admite que o legislador penal deixe de tutelar interesses merecedores de proteção ou tutelar interesses que não merecem¹²⁴.

O autor afirma que essa duplicidade de funções sequer tem uma terminologia unívoca, mas apesar das diferenças terminológicas, o pensamento penal alemão estabeleceu distinção clara entre os “níveis de construção” na teoria do bem jurídico. Trata-se, segundo o autor, da operação em dois níveis: a) nível ideológico e político, que consiste na “individualização das condições necessárias (e/ou suficientes) de produção de normas penais”; b) nível exegético e dogmático que aborda a interpretação e a sistematização teleológica das normas¹²⁵.

Dentre os vários aspectos explorados por Baratta¹²⁶, Machado¹²⁷ destaca principalmente a função intrassistemática de garantia, que consiste na capacidade que o bem jurídico tem de limitar a atividade legislativa do Estado, especificamente impede a criminalização de condutas que outras esferas do direito respondem suficientemente à violação do valor protegido. Trata-se de limite axiológico previsto pela Constituição, fundamentado nos princípios da fragmentariedade e

¹²³ *Ibidem*, p. 57.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 58.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 58.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 304.

¹²⁷ MACHADO, 2016, p. 169.

subsidiariedade. Fatos os quais a esfera cível, administrativa ou de outra ordem são suficientes para regulação não devem ser afetados pela esfera penal¹²⁸.

Essa ideia advém da passagem do Estado de Democrático De Direito somente garantístico para o Estado Social, no qual as normas ao mesmo tempo em que tem cunho intervencionista assistencial também são limitadas pelo Estado de Direito.

Dessa maneira, o bem jurídico opera como um conceito limite para a norma penal material, de modo que o legislador, ao elaborar o tipo penal, deve respeitar o limite estabelecido pelo bem jurídico.

Nesse sentido, quando se pensa sob a função intrasistemática da teoria do bem jurídico na elaboração de um tipo penal, é preciso, conforme Machado¹²⁹ pensar em dois aspectos: a) fundamento da infração; b) critério de classificação das espécies de infrações.

Do primeiro aspecto deduz-se que o objeto de tutela do Direito penal é o bem jurídico, de modo que o injusto, a repressão e a interpretação devem se pautar por ele. Assim, somente pode ser punido o indivíduo que praticou conduta lesiva a bens jurídicos.

Dessa ideia advém dois princípios: a) princípio da lesividade; b) princípio da ofensividade. Quanto ao primeiro princípio, cabe pontuar que tem a finalidade de proibir que um tipo penal seja fundamentado por desejos, sentimentos, opiniões ou aspirações. Além disso, também serve para proibir a incriminação de atos preparatórios e autolesões. Também proíbe que alguém seja punido por aquilo que faz, isto é protege o estado existencial de cada um e direciona o direito penal ao fato, não ao autor. Por fim, também proíbe que condutas que não afetem bem jurídicos sejam incriminadas. O princípio da ofensividade, por sua vez, estabelece que condutas que não violam valores não devem ser incriminadas¹³⁰.

Dessa maneira, é evidente que tais diretrizes estão diretamente vinculadas com o princípio da intervenção mínima, que expressa, justamente a necessidade de um limite ao poder punitivo do Estado. Retoma-se que essa ideia de intervenção

¹²⁸ MIR PUIG, 1982, p. 39.

¹²⁹ MACHADO, 2016, p. 170.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 171.

mínima advém da própria noção de Estado social democrático de direito, que visa o maior bem-estar social seguindo os postulados valorativos constitucionais¹³¹.

Machado¹³² afirma que os doutrinadores do Direito penal moderno acreditam que o conceito de bem jurídico não deve se restringir somente à função de limitação do *jus puniendi*, mas também estar apto a criar novos bens jurídicos, reconhecendo novos valores emergentes. Aliás, ao analisar julgados, a autora conclui que a função de limitação que o bem jurídico deve exercer “resta comprometida” e que

Os princípios da ofensividade e da lesividade como critério de limitação do legislador não são levados em consideração, de modo que a proporcionalidade esquadrihada pela sistematização não é observada. E com a programação criminalizante estendida, o sistema penal não consegue reprimir todas as condutas que define como criminosas, restando na própria falácia.¹³³

Assim, esses princípios são importantes limitações ao poder de criminalização do Estado, pois exigem que somente sejam criminalizadas condutas que causem efetiva lesão ou ameaça a um bem jurídico relevante. No entanto, muitas vezes esses princípios são ignorados, resultando em uma programação criminalizante excessiva e desproporcional, que não consegue reprimir todas as condutas definidas como criminosas. Isso leva a uma falácia do sistema penal, que se torna incapaz de cumprir sua função de proteger efetivamente os bens jurídicos da sociedade.

O bem jurídico foi concebido inicialmente como um modo de limitação do poder punitivo do Estado, contudo passou a legitimar a ampliação do Direito Penal. Isto leva a autora a crer que é preciso uma reforma no modo em como formular a teoria dos bens jurídicos, que deve se pautar pelos direitos humanos.

Pela sua análise histórica e utilizando-se de jurisprudências exemplificativas, a autora finaliza afirmando que “a dogmática não pode ser pautada na teoria dos bens jurídicos, porque, como visto leva à expansão do sistema punitivo”¹³⁴. Para a autora, a pauta de ordem devem ser os direitos humanos, que devem servir como limites para a intervenção penal. O bem jurídico não deve servir de justificativa para ampliação da ordem penal, deve servir para limitar a intervenção por meio dos direitos humanos.

¹³¹ DIAS, Fábio Freitas. “O princípio da intervenção mínima no contexto de um Estado social e democrático de direito”. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 9, n. 1, p. 203-214, jan./jul. 2008, p. 210.

¹³² MACHADO, 2016, p. 171.

¹³³ *Ibidem*, p. 176.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 176.

Para Baratta¹³⁵, o desafio que existe ao direito penal é ser coerente com os princípios garantistas. De acordo com o autor, seria necessário reduzir e transformar o direito penal de acordo com esses princípios, de modo a aplicar uma técnica de limitação da violência.

Gonçalves & Lavallo¹³⁶ explicam que a categoria do bem jurídico foi forjada sob premissas liberais que tinham por finalidade limitar o poder punitivo do Estado. Contudo, os autores apontam que há teóricos que consideram que a teoria do bem jurídico parte de premissas que implicam em desdém pela democracia.

Os autores ainda esclarecem que a Lei Fundamental dá ao legislador a capacidade de escolher quais condutas devem ser consideradas injustas, para realizar o controle social, e passíveis de criminalização. A atividade legislativa, nesse sentido aparece como muito ampla e sem freios a não ser as diretrizes de produção normativa¹³⁷.

O crime de embriaguez ao volante é fundado na ideia de perigo e seu bem jurídico e seu titular são vagos. Além disso, com alterações legislativas passou a ser mais rigoroso e houve ampliação na possibilidade de aplicação da pena do tipo. Ora, isso ocorreu justamente porque a criação de um crime que tenha por fundamento as teorias dos bens jurídicos está suscetível a arbitrariedade do legislador, de modo que não há efetiva limitação do poder punitivo do Estado no momento de criação do tipo penal.

1.3 O CONTROLE DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE SOB A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Este tópico tem por objetivo analisar o crime de embriaguez ao volante sob a perspectiva da criminologia crítica. Para isso será necessário, em primeiro lugar, identificar do que se trata a criminologia crítica, qual seu marco teórico e seus pressupostos, especialmente a partir de Zaffaroni. Em seguida será feita a análise do crime de embriaguez ao volante e sua relação com o poder punitivo do Estado.

¹³⁵ BARATTA, 2004, p. 88.

¹³⁶ GONÇALVES, Guilherme Henrique; LAVALLE, César Collin. “Afinal, por que precisamos conservar alguma concepção de bem jurídico?”. IN. **Direito Penal e Filosofia da Linguagem**: ação, intencionalidade e norma penal. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 143-144.

¹³⁷ GONÇALVES; LAVALLE, 2022, p. 144.

1.3.1 Perspectivas da criminologia crítica

Para iniciar a investigação sob o prisma da criminologia crítica é preciso identificar o que essa corrente compreende por sociedade, pessoa, Estado, direito penal, função do direito penal e pena. Para isso lançar-se-á mão das explicações de Zaffaroni em seu texto *Culpabilidade e Vulnerabilidade*, de 2004.

O marco teórico de que parte Zaffaroni¹³⁸ é a “concepção conflitivista da sociedade”, que consiste em compreender a sociedade como um grupo de pessoas que interagem e estabelecem relações de conflito e cooperação. Assim, o autor compreende a vida social como um jogo de relações que podem ter um resultado negativo (conflito) ou positivo (cooperação).

Sob esse marco teórico, pessoa significa todo ser humano e instituições são “processos predeterminados ou estabilizados de decisão de conflitos”¹³⁹. O Estado, para o autor, é uma instituição importante, mas que se distingue da sociedade. O Estado tem o poder de decidir conflitos por meio do Estado de direito (disposições legais igualitárias) ou Estado de polícia (decisões arbitrárias).

Porém, para o autor, não existem Estados de direito em sentido puro, porque sempre, em seu interior, resguardam um Estado de polícia que aparece quando o Estado de direito está debilitado. Há, para o autor, uma dialética entre Estado de direito e Estado de polícia, por meio da qual o Estado de polícia visa a ampliação do poder punitivo e o Estado de direito visa conter essa ampliação.

O direito penal distingue-se da legislação penal e do exercício do poder punitivo. Para o autor, direito penal significa “discurso doutrinário que tem por objeto a programação do exercício do poder jurídico de contenção do poder punitivo (a *ciência* ou *saber* jurídico penal) e o treinamento acadêmico dos operadores e das agências jurídicas”¹⁴⁰.

Assim, o discurso doutrinário mencionado tem como objetivo orientar o exercício do poder jurídico que visa conter o poder punitivo, ou seja, busca orientar as práticas do sistema jurídico penal para que sejam aplicadas de forma justa e proporcional, evitando abusos e arbitrariedades. Esse discurso envolve a construção

¹³⁸ ZAFFARONI, E. R. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. Tradução Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 31-48, 2004, p. 31.

¹³⁹ ZAFFARONI, 2004, p. 31.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 31.

de um conhecimento teórico sobre o direito penal, que é compartilhado e transmitido por meio da formação acadêmica de operadores do direito e agências jurídicas. O foco está em garantir que as decisões no âmbito do direito penal sejam baseadas em critérios objetivos e justos, seguindo o Estado de Direito, e não em decisões arbitrárias que podem ferir direitos fundamentais dos indivíduos.

Dentro dessa concepção de direito penal, o autor estabelece que sua função é programar a contenção e reduzir o exercício do poder punitivo juridicamente. Sob essa função, o direito penal aparece como um desdobramento do direito constitucional, assim como para os outros autores acima mencionados. Essa função de contenção não legitima o direito penal, segundo o autor, mas apenas é entendida como um fato de poder¹⁴¹.

Disto, o autor afirma que a concepção de pena seria entendida como “expressão de um fato de poder que é mister conter e reduzir, porém não é necessário legitimar”¹⁴². Dessa maneira, para Zaffaroni, a pena não deve ser entendida como algo que precisa ser legitimado, mas sim como uma resposta necessária e justa diante de uma conduta considerada criminosa. Assim, segundo o discurso que Zaffaroni não legitima, o objetivo da pena, portanto, não é apenas punir o infrator, mas também prevenir a ocorrência de novos crimes, ressocializar o condenado e reparar os danos causados à vítima e à sociedade como um todo. A pena deve ser aplicada de forma racional e técnica, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e respeitando os direitos fundamentais do acusado.

Ainda, o autor estabelece que para a realização dessa contenção do poder punitivo pelo direito penal é preciso que seja fixado um sistema. Isto porque “trata de administrar equitativamente um poder limitado e para isso deve delinear um programa racional, em cuja elaboração são imprescindíveis os elementos da dogmática jurídico-penal”¹⁴³. Em outras palavras, para Zaffaroni, seguindo a teoria agnóstica, que visa a redução de danos, o poder de punir deve ser limitado e equitativamente administrado pelo Estado. Para isso, é necessário que o Estado estabeleça um programa racional e consistente para a aplicação da pena, que leve em consideração princípios e normas estabelecidos pela dogmática jurídico-penal. Essa abordagem defende que a aplicação da pena deve ser orientada por critérios objetivos e justos, que garantam a

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 32.

¹⁴² *Ibidem*, p. 32.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 32.

proteção dos direitos individuais e coletivos, bem como a segurança e a estabilidade do sistema jurídico como um todo.

Todas essas definições advêm da criminologia crítica como forma de pensamento, modo de formular os problemas que envolvem o pensamento criminológico, sociológico e jurídico quanto a questão criminal¹⁴⁴.

Para Andrade¹⁴⁵, a Criminologia de base crítica tem papel fundamental de “decifração dos enigmas do controle” com a finalidade de alterar os rumos antidemocráticos que se desenvolvem. Isto porque, para a autora, o controle penal no capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal¹⁴⁶ está preocupado com a estabilização da ordem e com o controle da criminalidade, além de envolver elementos sociais como o desemprego, o aumento da pobreza e a exclusão social.

Para essa decifração dos enigmas do controle é necessário, segundo a autora, um diálogo transdisciplinar entre os saberes que buscam captar as transformações sociais, justamente pelos fenômenos sociais não serem exclusivos de avaliação de uma área do saber, mas passíveis de múltiplas interpretações¹⁴⁷.

Sob essa perspectiva, a autora afirma que para compreender o controle do crime é necessário captar como ocorrem as transformações na sociedade, como ocorre a produção de subjetividades, qual a gradação entre normalidade e desvio, cidadania e criminalidade, ordem e desordem. Para compreender a ordem, é necessário perscrutar os limiares da desordem¹⁴⁸ que estão vinculados com as movimentações sociais e econômicas.

Carvalho¹⁴⁹ afirma que a criminologia crítica parte de alguns pressupostos específicos, a saber: 1) a crítica aos fundamentos e pressupostos da criminologia positivista; 2) a crítica aos fundamentos e pressupostos do direito penal dogmático; 3) a crítica ao funcionamento das instituições do sistema punitivo; 4) crítica ao sistema político-econômico que funda o sistema punitivo.

¹⁴⁴ BARATTA, 2004, p. 97-98.

¹⁴⁵ ANDRADE, 2012, p. 9-10.

¹⁴⁶ A autora afirma que vivemos o que chama de “capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal”, visão a partir da qual a interpretação predominante sobre o fator gerador de insegurança individual coletiva estabelece que o maior inimigo é a criminalidade violenta de rua. *Ibidem*, p. 7.

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 7.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 7.

¹⁴⁹ CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. In. JUNIOR, Celso Naoto Kashiura; JUNIOR, Oswaldo Akamine; MELO, Tarso de. **Para a crítica do direito**: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Outras Expressões, 2015, p. 276.

Quanto ao primeiro ponto, o autor afirma que para estabelecer uma crítica aos fundamentos e pressupostos da criminologia positivista é necessário negar os modelos consensuais de sociedade – o que é justamente que Zaffaroni¹⁵⁰ faz ao partir da ideia de uma sociedade conflitivista. Também é necessário negar o postulado causal do delito e a visão patológica do delinquente. Do mesmo modo, é preciso negar que a criminologia se constitua como uma ciência e que seja neutra. Também nega o uso de critérios metodológicos para constatação da criminalidade, como o uso de dados estatísticos ou descrição do ambiente carcerário¹⁵¹.

Para empreender a crítica aos fundamentos do direito penal dogmático, do segundo ponto, o autor afirma que é necessário negar discursos de igualdade e imparcialidade na constituição de bens jurídicos e também há que se negar que a pena tenha um caráter positivo ou útil.

A respeito do terceiro ponto, para operar a crítica ao funcionamento das instituições do sistema punitivo, é preciso demonstrar como o controle penal é seletivo e demonstrar a contradição entre as funções declaradas pelo direito penal e as existentes no sistema penal¹⁵², como também aponta Andrade¹⁵³.

Por fim, para empreender a crítica ao sistema político-econômico que funda o sistema punitivo é necessário denunciar que o sistema penal auxilia na manutenção do sistema capitalista e demonstrar, justamente, a dependência entre o sistema político-econômico e o sistema punitivo¹⁵⁴.

Portanto, são essas as perspectivas de que parte a criminologia crítica para compreender o fenômeno do crime. Vale pontuar que a presente pesquisa toma orientação as bases da criminologia crítica, mas não visa empreender propriamente uma investigação que envolva a análise do sistema político-econômico, nem demonstrar o funcionamento do controle punitivo. Esses aspectos são, como dito, elementos de orientação para a condução do trabalho, que tem por escopo identificar meios de resolução de conflitos criminais que envolvam a embriaguez ao volante por meio dos *nudges* com a finalidade de evitar a intervenção punitiva do Estado.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, 2004, p. 31.

¹⁵¹ CARVALHO, 2015, p. 276.

¹⁵² *Ibidem*, p. 276.

¹⁵³ ANDRADE, 2012.

¹⁵⁴ CARVALHO, 2015, p. 276.

1.3.2 O controle do crime de embriaguez ao volante e a limitação do poder do Estado

O presente tópico visa compreender o funcionamento do controle do crime pela teoria do direito penal e a função de limitação do poder punitivo do Estado, a partir de Zaffaroni e Baratta, e sua incidência sobre o crime de embriaguez ao volante.

Há que se iniciar retomando que para a criminologia crítica, segundo Baratta¹⁵⁵, a criminalidade não é uma característica inerente a certos indivíduos, mas uma determinação social atribuída a estes indivíduos por meio de um critério duplo: a) seleção dos bens jurídicos protegidos penalmente e dos comportamentos que ofendem esses bens; b) seleção dos indivíduos estigmatizados a partir daqueles que infringem a lei penal. É o que leva o autor a afirmar que a criminalidade é distribuída de forma desigual na sociedade, pois gira em torno de interesses regulados por um sistema socioeconômico que gera indivíduos mais vulneráveis – são estes indivíduos, portanto, os que são punidos com maior efetividade e rigor.

A tipificação de uma determinada conduta e a consequente criação de um delito é sempre tributária de uma teoria do delito. Para Zaffaroni¹⁵⁶, “toda teoria do direito penal, e como parte dela, toda teoria do delito, é tributária de uma teoria da pena”, isto é, há uma relação direta direito penal, delito e pena que dá unidade sistemática a teoria do direito penal.

Há sempre um vínculo entre delito e sua consequência, isto é, a pena. A partir disso é que, em conformidade com Zaffaroni¹⁵⁷, se estabelece a base da “sentencing”, “Strafzumessung” e “individualización judicial de la pena”, a dosimetria da pena. Esse vínculo o autor chama de conexão punitiva.

Nenhuma teoria do direito penal pode prescindir de uma conexão punitiva, ou seja, não pode pretender que o conteúdo do antijurídico de um ilícito indique diretamente a quantidade da pena, porque pressuporia a falta de humanidade, ou seja, a igualdade e imputabilidade de todos os seres humanos. Por isso, todas se valem de uma *conexão punitiva*.¹⁵⁸

Nesse trecho, Zaffaroni afirma que nenhuma teoria do direito penal pode desconsiderar a necessidade de uma conexão punitiva, que é uma relação

¹⁵⁵ BARATTA, 2002, p. 161.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, 2004, p. 32.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 33.

estabelecida entre o ilícito cometido e a quantidade da pena aplicada. Ele argumenta que essa conexão não pode ser baseada unicamente no conteúdo do antijurídico do ilícito, pois isso seria desumano e ignoraria a igualdade e imputabilidade de todos os seres humanos. Em vez disso, as teorias do direito penal recorrem à conexão punitiva como um meio de estabelecer uma relação justa entre o ilícito e a pena aplicada.

Em outras palavras, é impossível que haja a punição direta de um ilícito, pois para que o conteúdo do ilícito considere a humanidade das pessoas é necessário que haja uma justificativa causal na imputação de uma pena, uma conexão punitiva.

De acordo com o autor, há dois modos de construir a conexão punitiva: a) dentro da própria teoria do delito; b) dentro da teoria da pena, reduzindo a teoria do delito ao puro ilícito.

O autor identifica as construções conceituais do positivismo e, em seguida, com a inserção da ética clássica no direito penal. Também verifica as vertentes advindas dessas duas formas de pensar e relaciona com a limitação do poder punitivo do Estado. Por fim, conclui que:

A disparidade de critérios de construção da conexão punitiva, sua diferente localização e os incomparáveis conceitos ensaiados em torno dela, alertam sobre a dissolução do discurso penal. Ainda que nem todos os ensaios de construção da conexão punitiva conservem vigência na doutrina contemporânea, seu mostruário expressa a frenética busca de um conceito que não se logra configurar nem, tampouco, estabilizar¹⁵⁹.

Nesse trecho, o autor aborda a questão da conexão punitiva, que é a relação entre a gravidade do ilícito cometido e a quantidade de pena aplicada. Ele afirma que todas as teorias do direito penal necessitam dessa conexão punitiva, mas há uma disparidade de critérios e conceitos na sua construção. Essa falta de consenso entre as diferentes teorias indica a dissolução do discurso penal, ou seja, a dificuldade em se estabelecer uma base teórica sólida e coerente para a aplicação da pena. Mesmo que algumas dessas teorias não sejam mais vigentes na doutrina atual, a busca por um conceito estável e consistente continua sendo uma preocupação constante.

O autor afirma que “a sociologia põe em xeque a doutrina jurídico-penal demonstrando-lhe que separa o *dever ser* de *ser* até limites intoleráveis”¹⁶⁰. Isto porque indica a seletividade do poder punitivo e do sistema penal na sua manifestação na realidade.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 34-35.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 35.

Para Baratta¹⁶¹, o funcionamento da justiça penal é seletivo tanto na criação de bens e proteção de interesses quanto na ação de criminalização. Na visão do autor, esse modo de funcionamento seletivo demonstra como o direito penal, apesar de haver comportamentos socialmente reprováveis distribuídos por todos os estratos sociais, está direcionado sobretudo contra classes populares.

Diante disso, a doutrina penal se vê obrigada a admitir essa seletividade como parte da normalidade do poder punitivo, o que provoca, segundo Zaffaroni¹⁶², “um esvaziamento ético na doutrina jurídico-penal”. Não há legitimidade ética, então, na reprovação porque é destinada somente a alguns selecionados.

Para o autor, se se segue esse rumo, corre-se o risco que o direito penal perca estatuto científico e torne-se somente uma “tecnologia de decisão de casos sustentada por uma teoria do conhecimento cega a qualquer dado da realidade”¹⁶³. Por isso o autor afirma que “A opção entre negar esses dados ou aceitar que serve a um poder, que somente é útil ao prestígio do poder, é inadmissível”¹⁶⁴.

Dessa maneira, se o direito penal se limitar a seguir apenas o dever ser, sem levar em consideração a realidade social, corre o risco de perder sua credibilidade científica e se tornar apenas uma técnica de decisão de casos apoiada por uma teoria do conhecimento cega aos fatos da realidade. O autor considera essa opção inadmissível, pois negar os dados da realidade ou aceitá-los apenas para servir ao poder é inaceitável. O direito penal deve ter um compromisso com a justiça e com a realidade social em que está inserido.

Diante desses pontos, Zaffaroni¹⁶⁵ sugere a necessidade de uma reconstrução da teoria do direito penal a partir de outra perspectiva. Para ele, a perspectiva conceitual positiva do direito penal consiste em considera-lo a partir de sua capacidade de limitação do poder punitivo do Estado, é aí, segundo o autor, que reside a legitimidade do direito penal como saber.

Para o autor, existe uma idolatria sobre teorias que legitimam o poder punitivo como se fosse um “ídolo onipotente adorado por muitos fanáticos”¹⁶⁶. Dessa maneira,

¹⁶¹ BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo**: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Tradução Francisco Bissoli Filho. Revista Doutrina Penal, Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 3-22, 1987, p. 4.

¹⁶² ZAFFARONI, 2004, p. 35.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 35.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 35-36.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 36.

o autor propõe uma teoria agnóstica da pena, que parta justamente do pressuposto que o direito penal tem uma função limitadora que serve para preservar o Estado constitucional de direito.

Contudo, como o presente trabalho parte da concepção do direito penal mínimo, não será desenvolvida essa concepção de pena nos seus pormenores. Por outro lado, vale ressaltar a ideia da função limitadora do direito penal, com a finalidade de preservação do Estado constitucional de direito.

Retoma-se que o direito penal mínimo tem como pilar, justamente, o princípio da dignidade humana. Isto porque para que haja uma precisa manutenção da paz é preciso que o ser humano esteja no centro dos fundamentos jurídicos do Estado, de modo que somente sejam proibidos os comportamentos considerados como intoleráveis, lesivos ou que gerem dano social ao ferir bens jurídicos fundamentais a vida em comunidade. O ponto principal é que a aplicação do direito penal ocorra somente em últimas circunstâncias¹⁶⁷.

Contudo, quando se trata do crime de embriaguez no volante, vê-se que o bem jurídico da incolumidade pública é vago e, mediante as transformações legislativas operadas desde a publicação do Código de Trânsito Brasileiro em 1997, há a clara intenção do legislador de ampliar a possibilidade de punição. Em consequência dessas alterações legislativas no tipo penal, há maior incidência de punição – o que não significa que o problema social existente tenha sido confrontado de maneira eficaz ou o bem jurídico tenha sido efetivamente protegido, mas somente que há maior incidência do poder punitivo do Estado.

Como pontuado, sustenta-se que o direito penal é instância que deve ser aplicada somente em último caso. Quando se trata da embriaguez ao volante, não é o que ocorre – conforme desenvolvido no capítulo seguinte.

Existem diversas maneiras de defender o direito penal mínimo com relação ao crime de embriaguez ao volante, como a proposição de outras alterações legislativas. Contudo, em vez de propor alterações legislativas ou novas intervenções estatais, a presente tese visa justamente encontrar alternativas à intervenção punitiva do Estado, especificamente através do mecanismo dos *nudges* elaborado pela economia comportamental.

¹⁶⁷ JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni; DE LAZARI, Rafael José Nadim; DE LUCA, Guilherme Domingos. Direito penal mínimo: a teoria do equilíbrio da norma penal. **REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM**-ISSN 1984-7866, v. 10, n. 01, p. 245-258, 2017, p. 10-11.

Porém, antes de formular o uso dos *nudges* nas situações de embriaguez ao volante, é necessário investigar também o funcionamento do processo penal nesses casos, para que restem claros todos os aspectos da aplicação do referido tipo penal.

2 MEIOS DE PROVA DA EMBRIAGUEZ E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

De acordo com o Registro Nacional de Acidentes e Estatísticas de Trânsito (Renaest), em 2022 ocorreram 681.406 acidentes de trânsito no Brasil, dentre os quais houve 12.983 óbitos¹⁶⁸. Gonçalves¹⁶⁹ afirma que um dos fatores que mais geram acidentes de trânsito é o álcool.

Dirigir sob influência de álcool é uma infração de trânsito estabelecida tanto em regulamentos de circulação em países europeus quanto no Brasil. Além disso, é uma das principais causas de acidentes de trânsito, pois o álcool afeta a percepção e capacidade crítica do motorista, tornando-o incapaz de prever situações de forma defensiva¹⁷⁰.

As infrações mais comuns incluem excesso de velocidade, atropelamento de pedestres, direção contrária ao permitido, descumprimento de sinalização, dirigir na contramão e ultrapassagens inadequadas. O número de acidentes causados pelo álcool é maior à noite, especialmente nos fins de semana, e, em 76% desses casos, o álcool está relacionado direta ou indiretamente ao acidente¹⁷¹.

Diante disso, o legislador criou medidas para combater a embriaguez no volante, especialmente as destacadas no Código de Trânsito Brasileiro. A embriaguez ao volante é crime previsto, na referida lei, no art. 306, em que há a definição do tipo penal. Para averiguar a embriaguez, geralmente os agentes responsáveis utilizam testes de sobriedade, como o teste do bafômetro, que mede a quantidade de álcool

¹⁶⁸ BRASIL. Ministério da Infraestrutura, Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, Sistema Nacional de Registro de Veículos/RENAVAM, **RENAEST - Registro Nacional de estatísticas e acidentes de trânsito**. Brasília: Ministério da Infraestrutura, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transito/arquivos-senatran/docs/renaest>> Acesso em: 4 fev. 2023.

¹⁶⁹ GONÇALVES, 2013, p. 14.

¹⁷⁰ HOFFMANN, Maria Helena; CARBONELL, Enrique; MONTORO, Luis. Álcool e segurança-epidemiologia e efeitos. **Psicologia: Ciência e profissão**, v. 16, p. 28-37, 1996, p. 31.

¹⁷¹ HOFFMANN, 1996, p. 31.

no ar expirado pelo condutor. Outra prova comum é o exame de sangue, que mede a quantidade de álcool no sangue – como verificado no tópico 2.2.2.

Além disso, os agentes também podem observar o comportamento e a conduta do motorista para determinar se ele está sob influência de álcool. Por exemplo, pode-se observar se o motorista tem dificuldades para falar, andar, equilibrar-se ou realizar tarefas simples. Também é comum a realização de testes psicológicos para avaliar a capacidade do motorista de responder a estímulos.

As provas coletadas durante uma parada por embriaguez ao volante são admissíveis como evidências em processos judiciais. No entanto, cabe destacar que essas provas devem ser coletadas de forma correta e conforme as normas legais para que sejam válidas (tópico 2.2.1). Além disso, o motorista tem o direito de recusar os testes, o que gera consequências legais (tópico 2.3).

Viu-se no capítulo anterior, especificamente no tópico 1.1.1, que, diante da repetição do fenômeno social do acidente de trânsito envolvendo condutor embriagado, sempre é levantada a questão sobre a necessidade de um maior rigor penal na legislação de trânsito.

Diante disso, questiona-se acerca da inserção das condutas dolosas em acidentes de trânsito, para que tais condutas sejam inseridas no Código Penal para serem mais reprimidas. Além disso, questiona-se sobre a impunidade do condutor que, mesmo que esteja claramente embriagado, pode recusar-se a realizar o teste do etilômetro, o que exige pensar os direitos e garantias do ponto de vista constitucional¹⁷².

Para Gonçalves¹⁷³, independentemente da discussão normativa é necessário que haja uma campanha de sensibilização efetiva unida a uma mudança na cultura nacional em relação ao consumo de bebidas alcoólicas, pois senão, de acordo com o autor, a discussão normativa não terá efeitos - já que as sanções não modificam o comportamento e nem previnem futuros danos.

Contudo, o autor pontua que mesmo com as medidas adotadas pelo Governo Federal para lançar uma campanha de conscientização pública e adotar uma abordagem mais rígida para detectar e punir a direção alcoolizada, o número de

¹⁷² *Ibidem*, p. 13.

¹⁷³ *Ibidem*.

acidentes de trânsito que envolvem embriaguez no volante não diminuiu significativamente¹⁷⁴.

Isto é, apesar do aumento no rigor das punições, não houve alteração significativa nas estatísticas que demonstrassem efetiva alteração no comportamento do condutor em casos de embriaguez ao volante. Justamente a presente tese busca uma alternativa de resolução das situações de embriaguez ao volante no fomento de um direito penal mínimo.

No capítulo anterior, investigou-se a respeito do funcionamento do direito penal material, passando pela interpretação dogmática da embriaguez ao volante a partir das teorias dos bens jurídico-penais, para o funcionamento do controle do crime de embriaguez ao volante sob a perspectiva da criminologia crítica. No presente capítulo, visa-se compreender o aspecto processual que envolve o referido tipo penal. Para isso, é necessário destacar de início que a perspectiva da presente tese, no que tange ao processo penal, parte do paradigma constitucional, de modo que o primeiro tópico (2.1) consiste em uma introdução ao processo penal constitucional (2.1.1) e à justiça restaurativa (2.1.2). Em seguida, será necessário traçar a estrutura do sistema de provas no direito penal brasileiro (2.2.1), especificamente nos casos de embriaguez ao volante (2.2.2). Por fim, será necessário analisar o uso do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e sua problematização no processo penal nos casos de embriaguez ao volante (2.3).

2.1 INTRODUÇÃO AO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E À JUSTIÇA RESTAURATIVA

O presente tópico tem por objetivo identificar a lógica de funcionamento do Código de Processo Penal brasileiro, que se apresenta como uma legislação paradoxal – na medida em que ao mesmo tempo em que foi forjada em tempos autoritários, com um *modus operandi* também autoritário, também é regida pelos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal. Para isso, será necessário identificar como ocorreu a constitucionalização do processo penal e o papel do garantismo nessa transformação.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 18.

Além de identificar o garantismo, também há que se pontuar outra corrente alternativa de pensamento, que consiste na justiça restaurativa. Isto porque o objetivo do presente trabalho é, justamente, buscar por outros modos de resolução dos conflitos que envolvem o crime de embriaguez ao volante. Por isso, será necessário discorrer sobre os vetores de orientação da justiça restaurativa e questionar se é possível pensar sua incidência em situações como as de embriaguez no trânsito.

2.1.1 A constitucionalização do processo penal e o garantismo

Afirma-se que a história do processo penal é marcada, de modo geral, por uma dicotomia: ora almeja a segurança social e ora visa a proteção do indivíduo e dos direitos fundamentais.

Fernandes¹⁷⁵ afirma que essa dicotomia pode ser traduzida pelo confronto entre eficiência e garantismo, mas que são elementos complementares. Essa complementariedade se expressa na necessidade de meios efetivos para que órgãos de persecução penal promovam a segurança social ao mesmo tempo em que é necessária prever as garantias aos réus¹⁷⁶.

Ao longo da história, segundo Knopfholtz¹⁷⁷ o processo penal esteve, na maior parte das vezes, associado a governos autoritários. Operava um modelo inquisitivo de funcionamento e não havia espaço para as garantias individuais. Foi com a constitucionalização do direito, segundo o autor, que o processo penal deixou de ser autoritário e inquisitivo e passou a ser democrático e acusatório, sendo o próprio processo já uma garantia individual. Contudo, apesar desse movimento de constitucionalização, ainda há complicações em sua expressão no Brasil, especialmente porque, como aponta o autor, a legislação infraconstitucional é ainda autoritária, pois advém do regime totalitário do Estado Novo da era Vargas.

Em muitos países, foram incluídas regras de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo contra o Estado nos sistemas jurídicos, principalmente

¹⁷⁵ FERNANDES, 2010, p. 19.

¹⁷⁶ RIBEIRO, Rochelle Pastana. Penas e medidas cautelares patrimoniais no processo penal: em busca da eficiência do sistema persecutório para a segurança social. **Revista da AGU**, v. 9, n. 25, p. 301-338, 2010, p. 307.

¹⁷⁷ KNOPFHOLTZ, 2017, p. 1.

após as guerras mundiais. Isso foi feito devido à necessidade de proteger os direitos fundamentais do ser humano contra o Estado¹⁷⁸.

Segundo Sarlet¹⁷⁹, os direitos fundamentais são aqueles garantidos a todos os indivíduos independentemente de suas características ou circunstâncias. São direitos inerentes à pessoa humana e não podem ser negados ou limitados, nem mesmo pelo Estado. Alguns exemplos incluem liberdade de expressão, direito à vida, à segurança e à igualdade perante a lei.

Para esse autor, os direitos fundamentais são um conjunto de direitos que se consideram essenciais para garantir a dignidade, liberdade e igualdade das pessoas, sendo inerentes à condição humana. Esses direitos são reconhecidos pela maioria dos países, geralmente em suas constituições, e possuem um caráter universal, ou seja, são aplicáveis a todas as pessoas, sem discriminação.

Dessa forma, os direitos fundamentais representam uma proteção mínima que o Estado deve garantir a todas as pessoas, independentemente de suas características ou circunstâncias pessoais, sociais ou econômicas. São considerados direitos irrenunciáveis e inalienáveis, ou seja, não podem ser renunciados ou cedidos a terceiros.

Os direitos fundamentais abrangem diversas áreas, como direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de grupos vulneráveis e direitos difusos. A sua garantia e proteção é uma responsabilidade do Estado, que deve criar leis e políticas públicas que garantam o seu cumprimento.

Então, o Estado é responsável por garantir e proteger esses direitos fundamentais. No entanto, em algumas situações, o próprio Estado pode representar uma ameaça a esses direitos¹⁸⁰. Por isso, a inserção de regras garantistas nos ordenamentos jurídicos é crucial para proteger o indivíduo contra o Estado. Essas regras estabelecem limites para a ação estatal e garantem que o processo penal seja conduzido de maneira justa e equitativa.

O processo penal é uma das áreas do direito onde os direitos fundamentais são mais ameaçados. O processo penal tem como objetivo assegurar a justiça penal

¹⁷⁸ FERNANDES, 2010, p. 19.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 60.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, 2004, p. 5.

e, ao mesmo tempo, proteger os direitos dos indivíduos envolvidos. Dessa forma, a inserção de regras garantistas no processo penal é crucial para garantir que os direitos fundamentais sejam protegidos, mesmo em situações em que o Estado age como acusador ou julgador. Assim, o processo penal é uma arena onde a dicotomia entre eficiência e garantismo é constantemente desafiada e os direitos fundamentais precisam ser protegidos e equilibrados.

O principal bem que o processo penal lida é a liberdade do ser humano. Por conta disso, o processo penal é o reflexo de como um Estado de determinado período histórico lida com os direitos e garantias do suspeito ou acusado. Num Estado autoritário, o processo penal gira em torno exclusivamente do interesse do Estado e está ligado à discricionariedade do julgador como vetor processual. Em um Estado liberal, por outro lado, o processo penal gira em torno da proteção das garantias do acusado¹⁸¹. Isto é o que leva Roxin, Arzt & Tiedemann¹⁸² a afirmar que “o processo penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”.

No processo penal, há uma disputa de interesses entre o Estado, que busca punir crimes, e o indivíduo, que deseja evitar medidas que limitem sua liberdade. Em outras palavras, há uma oposição entre a vontade do Estado de impor punições por meio do processo penal e o direito do indivíduo de proteger sua liberdade contra qualquer restrição ou privação imposta pelo Estado.

Assim, seguindo Fernandes¹⁸³, pode-se afirmar que o processo penal não é apenas uma ferramenta técnica, mas também reflete os valores políticos e ideológicos de uma sociedade. Em determinado momento da história, ele reflete as diretrizes básicas do sistema político do país. A busca por equilíbrio entre dois interesses fundamentais é constante: por um lado, assegurar ao Estado meios para aplicar sua autoridade punitiva; por outro, garantir aos indivíduos instrumentos para proteger seus direitos fundamentais e preservar sua liberdade.

É por isso que, segundo o autor, a relação entre processo e Estado deve estar sempre vinculada aos textos constitucionais e aos princípios processuais. Por isso, o processo penal deve implementar as normas jurídicas previstas da Constituição, sendo o Direito Processual Constitucional um campo de estudo à parte.

¹⁸¹ FERNANDES, 2010, p. 21-22.

¹⁸² ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 155.

¹⁸³ FERNANDES, 2010, p. 22.

As Constituições atuais permitem que haja estabilidade e variabilidade, isto é, mantém-se a segurança jurídica ao mesmo tempo em que valores histórico-sociais ainda são considerados ao longo do tempo. Para o Knopfholtz¹⁸⁴, isso representa que as normas abertas constitucionais são eficazes contra as “intempéries da pós-modernidade”. Por isso, o autor reitera que é necessário que os valores previstos constitucionalmente sejam irradiados para o restante da legislação infraconstitucional.

Atualmente, observa-se a incidência dos efeitos promovidos pela Constituição onde há uma busca pelo resgate dos valores sociais fundamentais e pela efetividade dos direitos constitucionais. Sob esse viés, para que o processo penal possa ser considerado legítimo e válido, é imprescindível que esteja de acordo com a Constituição e seus valores principiológicos.

Diante desse contexto constitucional, o processo não é apenas um instrumento técnico, mas expressa uma esfera ética, visto que sua estrutura passou a comportar os mecanismos constitucionais de defesa do Estado democrático de direito e das garantias individuais.

A democracia opera como um jogo no qual as regras devem ser garantidas de forma crítica e de acordo com a Constituição¹⁸⁵, pois direitos fundamentais, incluindo as normas processuais sob esse viés, na concepção de Rosa & Silveira Filho¹⁸⁶, não são negociáveis ou transigíveis – eles precisam ser defendidos.

Retoma-se, portanto, que há um vínculo direto entre processo penal e Constituição, que consiste justamente na necessidade mútua de proteção dos direitos fundamentais. Knopfholtz¹⁸⁷ vê esse vínculo tão estreito que chega a afirmar que o direito processual penal é uma forma de direito constitucional aplicado, visto que operaria sobretudo para a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Santana¹⁸⁸ pondera, por outro lado, que o ponto de partida para construir um modelo processual penal é equilibrar a proteção do cidadão com a eficiência e funcionalidade do sistema jurídico penal.

¹⁸⁴ KNOPFHOLTZ, 2017, p. 2.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2021.

¹⁸⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009, p. 71.

¹⁸⁷ KNOPFHOLTZ, 2017, p. 11.

¹⁸⁸ SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de garantia, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005, p. 268.

De todo modo, o ponto principal para o processo penal constitucional, portanto, é a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo e a aplicação eficiente dos institutos processuais. Contudo, essa aplicação efetiva tem por limite os próprios direitos fundamentais do acusado.

É por isso que, diante desse contexto de constitucionalização do processo penal, autores como Ferrajoli¹⁸⁹ afirmam que a corrente de pensamento mais adequada é o garantismo. Destaca-se que o garantismo é corrente de pensamento que surgiu na Itália, ao fim da década de 1970, sendo seu inventor justamente o teórico Luigi Ferrajoli¹⁹⁰.

Na explicação de Boschi¹⁹¹, o garantismo se manifesta pela exigência de que o poder punitivo do Estado opere em obediência ao devido processo legal e aos princípios constitucionais vinculados ao Estado democrático de direito, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob esse viés, o próprio processo penal é por si só uma garantia constitucional. Conforme Pacelli de Oliveira¹⁹², a ordem atual requer que o processo penal seja mais do que apenas um meio para aplicar a lei penal, mas também um instrumento de proteção do indivíduo em relação ao Estado. Assim, a ordem atual, em termos de processo penal, requer que esse não seja apenas um instrumento para aplicar a lei penal e punir os infratores, mas também um meio para proteger os indivíduos contra possíveis abusos e excessos do Estado. Em outras palavras, o processo penal deve garantir que o Estado atue dentro dos limites da lei e dos direitos fundamentais dos indivíduos, e que a punição dos criminosos seja feita de forma justa e equilibrada.

Isso significa que o processo penal deve oferecer garantias processuais aos acusados e proteger seus direitos durante todo o processo, desde a investigação até o julgamento. Além disso, o processo penal também deve garantir que os agentes estatais envolvidos no processo cumpram suas funções de forma ética e legal. Em suma, a ordem atual exige que o processo penal seja um meio de aplicar a lei penal,

¹⁸⁹ FERRAJOLI, 2006.

¹⁹⁰ KNOPFHOLZ, 2017, p. 17.

¹⁹¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de rotação do acusado e a práxis pretoriana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006, p. 263-273.

¹⁹² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 8.

mas também um instrumento de proteção dos direitos individuais contra o poder estatal.

Também dessa maneira entende Lopes Junior¹⁹³, que entende que o processo penal não pode ser visualizado apenas como uma ferramenta para aplicar o Direito Penal, mas também como um mecanismo que limita o poder e protege o indivíduo submetido a ele. O respeito às garantias fundamentais não é sinônimo de impunidade, e isso nunca foi defendido. O processo penal é uma rota indispensável para chegar à punição de forma legítima. Por esse motivo, só é aceitável quando seguidas rigorosamente as regras e garantias garantidas pela Constituição, como o devido processo legal.

Segundo Knopfholtz¹⁹⁴, essa incidência constitucional sobre o processo penal tem como consequência principal a alteração do ponto de vista sobre o acusado, que passa a ser considerado como “sujeito de direitos” e não mais “objeto de uma persecução penal”. O processo é a garantia de um julgamento independente, imparcial, justo e que respeite os princípios processuais.

Contudo, para o mesmo autor, a realidade processual penal brasileira é paradoxal. Isto porque o Código de Processo Penal é de 1941, período correspondente ao Estado Novo de Getúlio Vargas e ideologicamente imbuído do fascismo italiano, e a Constituição Federal é de 1988, momento histórico marcado de luta pelos direitos e garantias individuais. Essa sobreposição ideológica é que leva o autor a afirmar que se vive uma “crise de identidade”, pois busca-se atingir o estabelecido constitucionalmente, porém o instrumento utilizado é ideologicamente contrário e ultrapassado¹⁹⁵.

Silva Junior¹⁹⁶ considera que o Código Penal de 1941, inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930 com tendências fascistas, apresentava-se mais como um estatuto repressivo do que como um estatuto das liberdades. Além disso, concebia um sistema processual penal marcadamente burocrático, com um viés inquisitivo bastante acentuado.

¹⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

¹⁹⁴ KNOPFHOLTZ, 2017, p. 19.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 22.

¹⁹⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 1.

Esse modelo de sistema processual penal, burocrático e inquisitivo, foi questionado e gradativamente substituído por um sistema mais garantista, que buscava proteger o indivíduo em face do Estado. Esse processo de mudança se deu a partir da constitucionalização do Direito Processual Penal, que passou a ser visto como um instrumento de garantia do cidadão, e não como simples veículo de aplicação da lei penal.

A constitucionalização do Direito Processual Penal trouxe consigo a necessidade de observar rigorosamente as regras e garantias constitucionais asseguradas, tais como o devido processo legal e o direito a um julgamento justo. Dessa forma, o sistema processual penal passou a ser compreendido como um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena, respeitando sempre as garantias fundamentais do indivíduo.

É o que leva autores como Marques¹⁹⁷, Andrade Moreira¹⁹⁸, Mendes¹⁹⁹, Lopes Junior²⁰⁰ e Silveira²⁰¹, a afirmar que o Código de Processo Penal de 1941, que regulamenta o processo penal no Brasil, foi uma herança autoritária da época do Estado Novo, período em que se desconsiderou o papel relevante das formas procedimentais no processo penal, e com o pretexto de acabar com formalismos prejudiciais, estruturou nulidades baseadas em princípios incompatíveis com as garantias ao acusado. Ainda hoje, esse código apresenta vícios que prejudicam o sistema acusatório, não protegendo adequadamente os direitos e garantias fundamentais do acusado.

A Constituição da República de 1988 foi produzida após um longo período de ditadura militar, e tem como objetivo garantir a democracia e proteger a dignidade da pessoa humana através dos direitos fundamentais. A teoria constitucional do processo penal, que só foi implementada na segunda metade dos anos 80, tem como base o reforço normativo e hierárquico dos direitos fundamentais em relação às regras jurídicas. Hoje, é inadmissível entender e aplicar o processo penal sem a filtragem constitucional, uma vez que o Código de Processo Penal de 1941 não é apenas

¹⁹⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1997.

¹⁹⁸ ANDRADE MOREIRA, Rômulo de. **A reforma do Código de Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2001.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁰⁰ LOPES JUNIOR, 2012.

²⁰¹ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, p. 57-72, 2015.

ultrapassado pelo tempo, mas também pela incompatibilidade normativa com a Constituição de 1988.

Por fim, é importante destacar que o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal devem ser reinterpretados de acordo com os postulados democráticos e garantistas da atual Carta, sem que os direitos fundamentais sejam restringidos para caberem nos limites autoritários do antigo código. O processo penal deve ser uma garantia para a proteção dos direitos fundamentais, e não um instrumento para sua restrição.

2.1.2 A justiça restaurativa e a embriaguez ao volante

Para além do garantismo, porém, há outros modelos de pensamento que também partem da crítica a esse modelo de processo penal. Especificamente há um movimento que sugere inclusive um novo modelo de justiça criminal, que seja criminal focado no envolvimento efetivo para as pessoas e os danos de um conflito, em vez de se preocupar com os prejuízos provocados pelo Estado. Esse modelo, conforme Achutti²⁰², chama-se justiça restaurativa.

Andrade²⁰³ explica que a justiça restaurativa não é um modelo monolítico de uma teoria que propõe um sistema de atuação, mas um conjunto de teorias e práticas plurais, abertas e sempre em construção articulados em princípios e valores. Trata-se, segundo Achutti²⁰⁴ de um modo alternativo de pensar o sistema criminal que propõe outra forma de “fazer justiça”. Marshal conceitua a justiça restaurativa como “um processo através do qual todas as partes envolvidas em uma ofensa particular se reúnem para resolver coletivamente como lidar com a consequência da ofensa e as suas implicações para o futuro”²⁰⁵.

Sob esse viés, pode-se afirmar que justiça restaurativa é uma abordagem alternativa ao sistema de justiça criminal tradicional, que se concentra em reparar os danos causados por um crime, em vez de simplesmente punir o infrator. Nesse sentido, é um processo no qual as partes envolvidas, incluindo o infrator, a vítima e a

²⁰² ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal**: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. Rio Grande do Sul: PUC-RS, 2012, p. 1.

²⁰³ ANDRADE, 2012

²⁰⁴ ACHUTTI, 2012, p. 8.

²⁰⁵ MARSHAL, T. **The evolution of restorative justice in Britain**. European Journal on Criminal Policy and Research, vol. 4-4, 1996. p. 21-43, p. 37.

comunidade afetada, se reúnem para discutir a ofensa e seus impactos, e trabalham juntos para chegar a uma solução que possa reparar o dano e restaurar a harmonia e a paz na comunidade. Isso pode envolver, por exemplo, a restituição financeira ou a prestação de serviços comunitários pelo infrator, bem como o fornecimento de apoio emocional e psicológico à vítima

Contudo, há que se destacar que tal conceito é aberto e não define ou sistematiza esse processo, mas apenas indica vetores de orientação. Johnstone & Van Ness²⁰⁶ afirmam, contudo, que essa abertura conceitual é justamente o que dificulta obter consenso acerca do que é justiça restaurativa, o que leva a haver muitas contestações a respeito de sua possibilidade de efetivação.

Zehr²⁰⁷ afirma que a justiça restaurativa começou com práticas e não teorias ou conceitos. A teoria só foi desenvolvida depois da aplicação prática. Ela surgiu como uma abordagem diferente para questões judiciais. O autor acredita que sistemas de justiça, escolares e outros tendem a se basear em castigos e infrações de regras, perguntando quem quebrou as regras e o que essa pessoa merece como castigo. Já a justiça restaurativa busca mudar esse enfoque e perguntar quem foi prejudicado, quais são suas necessidades, quem tem obrigações, quem está envolvido e como resolver o problema. Enquanto o sistema penal se concentra em descobrir o culpado e puni-lo, a justiça restaurativa procura concentrar-se nas necessidades e obrigações.

O sistema penal, segundo Carvalho²⁰⁸, O sistema penal é centrado na identificação do infrator e na punição pelo crime cometido, se concentrando no passado e na repetição do crime. Por outro lado, Achutti²⁰⁹ afirma que, ao contrário disso, a justiça restaurativa se concentra nas consequências do crime, procurando uma abordagem mais individualizada que dê atenção a aspectos que são ignorados pelo sistema penal.

Para Zehr²¹⁰ há três princípios básicos da justiça restaurativa, a saber: a) analisar os danos que provém de uma situação e as necessidades advindas desses

²⁰⁶ JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Routledge, 2013, p. 5.

²⁰⁷ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, p. 167-202, 2008, p. 256.

²⁰⁸ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 76.

²⁰⁹ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil** / Daniel Silva Achutti. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

²¹⁰ ZEHR. 2008, p. 257-258.

danos; b) estabelecer de quem é a obrigação de reparar esse dano; c) incluir as pessoas envolvidas na resolução da situação.

Na justiça restaurativa, a abordagem é diferente da tradicional. A vítima tem a possibilidade de participar do processo e ser ouvida, e o acusado não precisa necessariamente ser preso mesmo admitindo o crime e havendo provas concretas. Há uma ênfase em alcançar acordos entre as partes envolvidas, e profissionais de áreas diversas, e não somente os especialistas em direito, podem participar da solução do conflito. Segundo Achutti²¹¹, essas são apenas algumas das características da justiça restaurativa.

Ainda, também o autor aponta que as principais práticas da justiça restaurativa são as seguintes: a) apoio à vítima; b) mediação vítima-ofensor; c) conferência restaurativa; d) círculos de sentença e cura; e) comitês de paz; f) conselhos de cidadania; g) serviço comunitário.

O apoio a vítima é um sistema no qual fomenta-se o auxílio à vítima, operando junto ao sistema de justiça criminal. Segue a ideia de que, na justiça restaurativa, o apoio e a criação de condições para a restauração da vítima deve ser a principal prioridade da intervenção pública após o crime, em vez de ser visto como um complemento decorativo. Ao contrário do sistema criminal, onde esse tipo de assistência é vista como secundária, na justiça restaurativa é considerada fundamental e tem um papel de destaque²¹².

Na prática que envolve mediação vítima-ofensor, o processo começa com um convite do mediador aos indivíduos envolvidos no conflito (vítima e ofensor) para buscarem uma reparação, compensação ou restituição pelo dano causado pelo crime. O papel do mediador é ajudar a viabilizar o diálogo entre as partes, sem impor acordos ou forçar um entendimento. A função do mediador é importante no processo, pois busca promover a restauração ao máximo possível para a vítima²¹³.

O terceiro tipo de prática consiste em conferências, que são eventos que reúnem a vítima, o ofensor e seus respectivos grupos de apoio, visando encontrar uma solução efetiva para os danos causados pela infração. São utilizados sobretudo na justiça juvenil²¹⁴.

²¹¹ ACHUTTI, 2012, p. 8.

²¹² ACHUTTI, 2016, p. 92.

²¹³ *Ibidem*, p. 93.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 93.

O quarto tipo de prática envolve círculos de cura. Essas técnicas são fortemente ligadas a tradições indígenas das tribos do Canadá e dos Estados Unidos e podem ser realizadas de duas maneiras: o primeiro, conhecido como círculos de cura, busca restaurar a paz na comunidade afetada pelo conflito. O segundo, os círculos de sentenças, servem como uma forma de "julgamento comunitário" no sistema de justiça criminal tradicional com a presença de um juiz. Segundo o autor²¹⁵, ambos os modelos envolvam a comunidade em lidar com as consequências do crime, são fortemente comunitários e visam restaurar a paz através da reparação e da cura. O processo de deliberação é intensivo e pode requerer muitos encontros. Essas práticas pressupõem uma comunidade ativa e fortemente unida, o que as torna raramente aplicáveis ao fragmentado ambiente urbano atual.

Os comitês de paz, por sua vez, têm por objetivo pacificar disputas e construir uma comunidade pacífica. Eles diferem dos círculos de cura e sentença por lidarem com questões de segurança em sociedades transicionais, onde o governo não é forte o suficiente para lidar sozinho com os problemas. Os comitês pacificadores lidam com conflitos antes que sejam definidos como crimes pelo sistema de justiça, enquanto os comitês de construção da paz lidam com problemas mais amplos e genéricos na comunidade. O objetivo é encontrar uma solução deliberativa que possa resolver os problemas a longo prazo²¹⁶.

Os conselhos de cidadania, conforme Achutti²¹⁷ geralmente trabalham por meio de reuniões com pessoas condenadas por delitos menores para encontrar uma forma de reparar o dano causado, que pode incluir várias ações (como uma desculpa pública, prestação de serviço à comunidade, entre outros). A grande diferença em relação aos sistemas restaurativos convencionais é que tanto a vítima quanto o agressor raramente têm voz ativa na deliberação do caso, cabendo ao Conselho a decisão final, o que afeta significativamente o caráter restaurativo deste modelo.

O serviço comunitário é uma forma de reparar o dano causado pelo crime, que pode ser parte de um processo restaurativo ou uma decisão judicial. Contudo, há debates sobre seu caráter restaurativo. Alguns argumentam que é uma forma de imposição de pena, enquanto outros argumentam que, do ponto de vista restaurativo, a reparação dos danos envolve não apenas as vítimas, mas também a sociedade

²¹⁵ *Ibidem*, p. 94-95.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 95-96.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 96.

como um todo. Logo, conforme Achutti²¹⁸ a prestação de serviços à comunidade tem um caráter restaurativo, pois permite a reparação ampla dos danos causados pelo ofensor.

Ora, diante de todas essas possibilidades, questiona-se, então, se nos casos de embriaguez no volante é possível utilizar-se das práticas de justiça restaurativa. Isto porque uma das peculiaridades desse tipo de situação é que não há uma vítima em específico e nem um dano concreto. Dessa maneira, não faria sentido seguir as orientações de Zehr, por exemplo, pois não haveria como analisar os danos, nem estabelecer obrigações e também não haveria como incluir outra pessoa senão o condutor para resolução da situação.

Do mesmo modo, como não há vítima e nem dano concreto, não há que se falar em utilização do sistema de apoio à vítima, em mediação vítima-ofensor e nem em conferência restaurativa. Quanto aos círculos de cura, os grandes centros urbanos – focos da maior parte dos casos de embriaguez ao volante, como já pontuado nas estatísticas – não tem a disposição de uma comunidade unida especialmente para lidar com as consequências do crime. Também não é o caso da utilização de comitês de paz, visto que não se aplicam a governos já estabilizados. Restariam como possíveis os conselhos de cidadania ou o serviço comunitário.

Especialmente no que tange à embriaguez ao volante, Luna & Poulson²¹⁹ indicam que há situações em que a justiça restaurativa pode ser viável, sobretudo por meio de conferências restaurativas – que visam responsabilizar o condutor, que deve tomar um papel ativo na compreensão das consequências de suas atitudes, no intuito de prevenir a repetição do delito.

Para a presente tese, que visa identificar alternativas para os conflitos que envolvem embriaguez no trânsito, considera-se a justiça restaurativa uma saída relevante, na medida em que as próprias conferências podem ser consideradas como um *nudge*, já que operam também como um incentivo para a alteração do comportamento do motorista. Contudo, esse aspecto será melhor explorado no capítulo seguinte, que aborda especificamente os *nudges*.

De todo modo, é preciso avançar na compreensão do funcionamento do processo penal brasileiro, justamente para verificar a necessidade de alternativas para

²¹⁸ *Ibidem*, p. 96.

²¹⁹ LUNA, Erik; POULSON, Barton. **Restorative Justice in Federal Sentencing**: An Unexpected Benefit of Booker. *McGEORGE L. REV.*, v. 37, p. 787, 2006, p. 814.

a solução dos conflitos em casos de embriaguez ao volante. Por isso, prossegue-se para o próximo tópico que versa sobre o sistema de provas no processo penal brasileiro.

2.2 SISTEMA DE PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Desde a Lei 12.760/2012, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, em seu §2º, prevê que a necessidade de verificação do nível de álcool no sangue para a incidência do tipo penal pode ser obtida por meio de testes de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova admitidos. Contudo, fundamentado em princípio constitucional, o condutor pode recusar realizar os referidos testes.

Para compreender melhor essa dicotomia, o presente tópico tem por finalidade identificar a estrutura do sistema de provas no direito penal brasileiro (2.2.1), para que seja possível compreender os vetores probatórios no sistema. Em seguida, será necessário justamente identificar o uso das provas nos casos de embriaguez ao volante, a possibilidade do condutor se recusar a produzir tais provas e os efeitos dessa recusa (2.2.2).

2.2.1 Sistema de provas no processo penal brasileiro

No âmbito do processo judicial, a prova consiste na apresentação de elementos concretos e verificáveis que comprovem os fatos alegados pelo autor na sua demanda e os fatos alegados pelo réu em resistência a esta demanda.²²⁰²²¹

No direito processual penal brasileiro, o sistema de provas é um conjunto de normas e princípios que regulamentam a forma como as partes apresentam e colhem

²²⁰ CAGLIARI, José Francisco. **Prova no processo penal**. Revista Justitia. São Paulo, 2001, p. 1.

²²¹ No mesmo sentido entendem: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 491, MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II. Campinas: Bookseller, 1998, p. 253, SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 329, e GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 112.

provas para comprovar os fatos relevantes ao processo. Este sistema tem como objetivo garantir a justiça e a equidade no processo penal.

O sistema de provas também estabelece regras para a produção, a valoração e a avaliação das provas. As partes podem propor questões e objetar a produção de provas consideradas ilegais ou inadequadas. O juiz tem o poder de decidir sobre a admissibilidade das provas propostas e sobre a sua valoração.

Em resumo, o sistema de provas no direito processual penal brasileiro é fundamental para garantir a justiça e a equidade no processo penal. Ele estabelece regras para a produção, valoração e avaliação das provas, e permite que as partes apresentem suas provas de maneira justa e equilibrada.

Há que se considerar, porém, que esse sistema de provas está diretamente vinculado com os direitos fundamentais constitucionais. Por isso, Fernandes²²² afirma que o direito à prova é uma das garantias previstas pelo devido processo legal. Está ligado diretamente aos direitos de ação e de defesa, ainda levando em consideração o papel do juiz de instruir a causa e garantir as partes a realização plena do direito a prova.

Em outras palavras, o direito à prova é um princípio fundamental do direito processual que garante a todas as partes envolvidas no processo o direito de produzir provas relevantes ao caso e comprovar suas alegações. Este direito é considerado essencial para garantir a justiça e a equidade do processo, pois permite que as partes apresentem suas argumentações e comprovem seus pontos de vista de forma adequada.

O direito à prova inclui o direito de produzir e colher provas, o direito de objetar provas consideradas ilegais ou inadequadas, o direito de apresentar perguntas aos testemunhos, o direito de produzir provas especiais, como provas periciais.

No entanto, o direito à prova também está sujeito a limitações, tais como o princípio da legalidade, segundo o qual as provas ilegais ou inadequadas não podem ser admitidas no processo, e o princípio da proporcionalidade, segundo o qual a produção de provas deve ser razoável e proporcional ao objetivo da ação.

Em resumo, o direito à prova é um importante princípio do direito processual que garante a todas as partes envolvidas no processo o direito de produzir e

²²² FERNANDES, 2010, p. 71-72.

comprovar suas alegações, desde que sejam respeitados os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Fernandes²²³ aponta três exigências fundamentais do direito à prova: a) necessidade de igual oportunidade para apresentar evidências em defesa; b) necessidade de ausência de variações na aprovação ou rejeição das provas pelo judiciário; c) todas as partes devem ter a mesma probabilidade de participar do ato probatório e de expressar-se sobre o resultado.

O autor também destaca como relevante o art. 155 do Código de Processo Penal, que estabelece que o juiz somente pode formar seu convencimento a partir de provas produzidas judicialmente por meio do contraditório. Dessa forma, os itens advindos do inquérito servem somente para julgamento quando forem prova cautelar, irrepetível ou antecipada. Provas produzidas fora desse contexto são consideradas ilícitas e podem ser encaradas como inadmissíveis.

Na hipótese de ilícito penal, para um processo acusatório justo e legal, mostra-se indispensável oportunizar a produção de todas as provas necessárias para constatação dos fatos, a fim de que o julgador forme sua convicção para eventual conclusão punitiva. A palavra “prova” deriva do termo “*probatio*”, em latim, que objetiva comprovar a veracidade de determinado fato, notadamente a ocorrência de delito.

Na ciência processual penal, adota-se como base principiológica o livre convencimento motivado do juiz e a liberdade de provas, cujos princípios autorizam que o órgão acusatório produza todo o substrato probatório para averiguação de eventual tipo penal e o julgador realize a estrita análise para livre convencimento motivado acerca dos fatos, o qual, inclusive, é considerado o destinatário final da prova, consoante preconiza o art. 155 do Código de Processo Penal.

Segundo Salah Khaled Jr²²⁴, a atividade de obtenção de provas tem como objetivo principal a formação de uma opinião sobre a verdade pelo julgador, baseada em uma hipótese sustentada pelas partes envolvidas. Essa hipótese é composta por elementos probatórios que visam convencer sobre a verdade dos fatos. Esses elementos precisam estar relacionados ao evento passado e serem análogos a ele.

Em contrapartida, em que pese o atual sistema adote a liberdade da produção de provas, de modo a comprovar a dinâmica dos fatos ocorridos para alcance da

²²³ *Ibidem*, p. 72.

²²⁴ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p. 404.

verdade e o julgador forme seu convencimento, não é possível que tal procedimento desrespeite as garantias constitucionais e penais inerentes ao acusado, em estrita observância ao princípio da dignidade humana e devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Durante o trâmite processual, oportuniza-se, por diversas vezes, a manifestação da parte acusada, a fim de efetivar o contraditório, até mesmo para que seja concedida notória credibilidade à prova.

A atividade probatória tem como objetivo formar a convicção do julgador baseada em uma hipótese sustentada pelas partes, a partir de provas, para comprovar a verdade dos fatos. Neste contexto, a prova produzida pelo cidadão, mesmo em situações em que está sendo acusado de um crime relacionado a embriaguez no trânsito, pode auxiliar na defesa, mas não garante uma absolvição, pois há outras formas de comprovar a ilicitude. O cidadão tem o ônus de comprovar sua inocência.

Afinal, se o cidadão está sendo processado por embriaguez ao volante, não é por mera conjectura, ou seja, já existem provas acusatórias um tanto diferenciadas do que as presentes em outros contextos, e não necessariamente produzidas pelo acusado, neste caso, pois a lei deixa a possibilidade de isto ocorrer.

De acordo com Gomes Filho²²⁵, a observância das garantias de contraditório e ampla defesa é crucial, pois permite tanto à defesa quanto à acusação a oportunidade de defender e sustentar suas posições, respectivamente. Este princípio é ainda mais relevante no âmbito do direito à prova, pois pode resultar na mudança da qualificação jurídica do fato e conseqüentemente, da conclusão da pesquisa probatória. Assim, é importante que ambas as partes tenham a oportunidade de comprovar suas afirmações e proteger seus direitos.

A ideia de que a produção de provas em âmbito penal está atrelada ao princípio do contraditório é indissociável. Vale lembrar, oportunamente, que o sistema adotado no processo penal pátrio é o acusatório²²⁶ - método para valoração da prova -, o qual

²²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro)" In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**, pp. 303-318. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 318

²²⁶ Para Aury Lopes Junior, o sistema acusatório possui diversas características, em síntese: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (predominantemente); f) plena publicidade de todo procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência

concede constitucionalmente legitimidade a determinado órgão para exercer o direito de acusação contra terceiro que cometeu ato ilícito.

Tal sistema, contudo, detém premissas no sentido de que os valores e garantias constitucionais devem ser obrigatoriamente resguardados²²⁷, moldando-se ao esculpido na Constituição Federal.

Outrossim, referido sistema ainda possui como fundamento lógico-jurídico o princípio da vedação da prova ilícita, o qual objetiva que a fase probatória observar os estritos ditames da lei (princípio da legalidade), de modo a evitar possível abuso ou ilegalidade pelo órgão responsável pela acusação, conforme inteligência do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Outro princípio inerente ao sistema adotado pela Constituição Federal, em seu art. IX, é o “*nemo tenetur se detegere*”, que veda a possibilidade de o indivíduo produzir provas contra si mesmo, cujas explanações, no entanto, serão abordadas posteriormente em virtude da relevância do tema.

Em face de tais considerações, é possível perceber que, para produção de provas no sistema penal, deve-se observar os princípios garantidores. Logo, *a priori*, não é possível que a acusação produza prova que ultrapasse a esfera da legalidade ou que não se encontre em consonância com a estrutura normativa ora vigente.

A partir de tal ideia, é vedada a produção de prova ilegal, cujo gênero decorre do princípio do devido processo legal e obsta que provas obtidas por meios ilícitos sejam utilizadas para formação do convencimento do julgador. Além disso, da prova ilegal (gênero) derivam dois subgêneros, quais sejam as provas ilícitas, provas ilícitas derivadas ou provas ilegítimas, conforme previsto no art. 157 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

(defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) Possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. LOPES JUNIOR, 2010, p. 58.

²²⁷ O doutrinador Afrânio Silva Jardim defende que para o juízo os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Assim explica que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. O princípio da demanda ou iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Porém, sem referido princípio, toda a atividade jurisdicional restará viciada. Por fim, conclui-se o Poder Judiciário não deve ter função persecutória, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34.

CPP. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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

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

Takayanagi²²⁸ explica que a prova ilícita é um conceito que se divide em duas categorias: prova ilícita e prova ilegítima. A prova ilegítima ocorre durante o processo, enquanto a produção da prova é inválida, e pode ser argumentada como nula. Por outro lado, a prova ilegal ocorre antes do processo e viola direitos e garantias pessoais, como privacidade ou integridade. Neste caso, a prova é considerada inadmissível e deve ser extirpada. É importante destacar que a existência de prova ilícita e ilegítima deve ser observada para garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais e aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sob o mesmo viés, vale destacar o julgamento do HC 156157, em que o Ministro Alexandre de Moraes, afirma que A utilização de provas obtidas de forma ilícita é proibida pela Constituição, mesmo se foram introduzidas indiretamente no processo. Por esse motivo, é necessário retirar essas provas do processo e não as considerar na avaliação da culpa. No entanto, isso não afeta a validade do processo em si, desde que as demais provas sejam lícitas e independentes da prova ilícita. Quando há provas derivadas da prova ilícita, mas baseadas em outras fontes de prova legais, elas ainda podem ser consideradas válidas, desde que não dependam exclusivamente da prova ilícita.

Em resumo, as provas ilícitas correspondem à violação das normas relativas ao direito material, enquanto as provas ilegítimas dizem respeito à afronta do disciplinado pela lei processual. De todo modo, enquadram-se no gênero “prova ilegal”, pois infringem garantias e direitos constitucionalmente protegidos, cuja consequência processual resulta exclusão delas do processo, conforme expressamente preconizado pelo artigo supracitado.

Em contrapartida, em que pese exista previsão legal quanto à inutilização das provas que ultrapassam a esfera da legalidade, o Código de Processo Penal inovou

²²⁸ TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Os momentos probatórios no Direito Processual Penal. **Revista da Faculdade de Direito do Largo São Francisco**, v. 106/107, p. 779-807, 2012.

ao preconizar a possibilidade de mitigação da prova considerada ilícita na hipótese de não ser verificado nexo de causalidade entre a prova ilícita e àquela dela derivada; bem como quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras, conforme inteligência do § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Há diversas teorias que baseiam o tema. Como regra, adota-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, cujo desdobramento ocorre através da inutilização da prova, pois proveniente de origem envenenada, de maneira que eventual fruto restará igualmente contaminado. Entretanto, em exceção à regra, foi criada a teoria da fonte independente ou descoberta inevitável (art. 157, § 1º, do Código de Processo Civil), a qual prevê a possibilidade de aproveitamento de determinada prova independentemente de sua origem contaminada, porquanto poderia ser igualmente obtida por outro meio lícito.

Sobre isso explicam Oliveira & Koyama²²⁹ que provas contaminadas por outra prova ilícita são inadmissíveis e precisam ser retiradas do processo. No entanto, não há contaminação quando não há ligação de causa e efeito, ou quando a prova pode ser obtida por uma fonte independente daquela considerada ilícita. Isso foi incluído na lei para evitar uma interpretação rígida da norma e garantir a ação do Estado e a defesa do acusado.

Há, também, a teoria da proporcionalidade em favor do réu, que regula a possibilidade de a prova ser aceita quando beneficiar o acusado. Ocorre, todavia, que a doutrina e jurisprudência divergem quanto à sua aplicação, existindo amplo debate acerca da aceitação de determinada prova em tal circunstância. O doutrinador Lopes Junior²³⁰, por exemplo, pontua que “a prova estará sendo admitida para evitar o absurdo que representa a condenação de um inocente, não podendo ser utilizada contra terceiro”.

Assim, não obstante a legislação seja categórica ao estabelecer a impossibilidade de prova ilegal em sede de instrução probatória em processo criminal, igualmente possibilita a utilização de provas ilícitas em determinadas hipóteses, o que somente é possível em razão da utilização das teorias supracitadas, como exemplo.

²²⁹ OLIVEIRA, Guilherme Martins de; KOYAMA, Ricardo Sussumu. ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL. **Pensar Além**, v. 4, n. 1, 2020.

²³⁰ LOPES JUNIOR, 2010, p. 589.

Não obstante, de modo geral, a doutrina é assente em classificar as provas em três espécies: a) prova testemunhal; b) prova documental; c) prova pericial. Além disso, também abordam as provas consideradas ilícitas.

Apesar das críticas dirigidas quanto à sua fragilidade, vulnerabilidade e possíveis contaminações, é incontestável que os depoimentos de testemunhas desempenham um papel decisivo na formação da opinião do julgador em processos criminais²³¹.

Segundo Fernandes²³², uma testemunha é uma pessoa que tem conhecimento sobre um fato específico e presta informações sobre esse fato ao julgador ou ao órgão responsável pelo julgamento. O depoimento da testemunha pode ser considerado uma prova relevante no processo penal, pois em muitos casos a verificação do crime e da autoria depende da informação fornecida pelas testemunhas. Assim, a testemunha tem uma função importante no processo de investigação e apuração de crimes.

Di Gesu & Giacomolli²³³ esclarecem que as testemunhas desempenham uma função de retrospectiva ao tentar recuperar, por meio de suas memórias, os fatos ocorridos no passado, a fim de fornecer informações ao julgador sobre o que elas viram e ouviram, cumprindo a função de reconhecimento do processo.

As três características principais da prova testemunhal são: a) oralidade; b) objetividade; c) retrospectividade. Em regra, a prova testemunhal é obtida via depoimento oral, excepciona-se o depoimento escrito²³⁴.

Por outro lado, a prova documental consiste em uma afirmação escrita ou gravada²³⁵. Fernandes²³⁶, explica que a prova documental representa o registro de um fato. Está prevista no art. 232, do CPP, mas também no art. 165 e art 170. A partir desses artigos, a doutrina estabelece o conceito de documento, que pode ser escrito, gráfico ou documento direto. Quando se trata de documento escrito, conceitua-se que são aqueles que “tomam corpo no papel em que são escritos”. No caso de gráficos, trata-se de “fatos ou ideias são representados por ‘sinais gráficos diversos da escrita”.

²³¹ DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. **Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro**. ÂNGELA KRETSCHMANN, p. 151, 2016, p. 152.

²³² FERNANDES, 2010, p. 75.

²³³ DI GESU; GIACOMOLLI, 2016, p. 153.

²³⁴ FERNANDES, 2010, p. 75.

²³⁵ CAGLIARI, 2001, p. 5.

²³⁶ FERNANDES, 2010, p. 77-79.

No caso de documentos diretos, afirma-se que são fatos representados que são transmitidos “para a coisa representativa”, como uma fotografia.

Pontes de Miranda²³⁷ explica que o documento é considerado como meio de prova quando ele expressa uma ideia através de sinais. Esse é o significado técnico e restrito, que sugere que o elemento definidor do documento é o seu conteúdo intelectual. Para que um documento tenha efeitos probatórios, é necessário examiná-lo, no entanto, essa inspeção sensorial apenas fornece uma porta de entrada para compreender o conteúdo intelectual, que não é revelado apenas pelo exame da coisa em si. Quando a questão é a veracidade da materialidade do documento, como se ele é autêntico ou falsificado, a inspeção sensorial não é suficiente. Neste caso, é necessário realizar uma inspeção visual ou outro tipo de perícia. É a coisa em si que é examinada e não o documento, que é avaliado sem a análise do seu conteúdo intelectual ou material.

Para Carnelutti²³⁸, a representação documental pode se referir a qualquer fato, sem restrições ou categorizações. Portanto, é impossível listar todos os tipos de fatos que podem ser documentados. A única divisão é feita com base no critério se o fato documentado é ou não uma declaração humana. Embora a categoria dos fatos documentados que consistem em declarações humanas seja menor em comparação com todos os fatos que podem ser documentados, é ainda assim a mais importante devido à sua frequente documentação. De fato, é tão comum que a palavra “documento” é usada para se referir a esta representação objetiva das declarações humanas. Isso explica por que a noção jurídica de “documento” se desenvolveu quase exclusivamente neste contexto.

Em suma, a prova documental é um meio de apresentar informações relevantes em um processo legal, seja ela uma expressão de pensamento ou uma declaração humana. O objeto da representação documental pode ser qualquer fato, mas a categoria mais importante é aquela consistente em declarações humanas, que é muito frequentemente documentada. O documento precisa ser examinado para ter efeitos probatórios e a sua materialidade pode ser avaliada por meio de inspeção sensorial, inspeção visual ou perícia. A palavra “documento” é usada para indicar a

²³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**. Bookseller, 2001, p. 357.

²³⁸ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad: Lisa Pary Scarpa, 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 213.

representação objetiva das declarações humanas e a noção jurídica do documento é formada quase exclusivamente neste campo.

A prova pericial, por sua vez, é “aquela decorrente do exame realizado sobre fatos ou pessoas por quem possui conhecimento técnico, ou seja, por perito”²³⁹. Segundo Aranha²⁴⁰, A palavra "perícia" tem sua origem na língua latina, "peritia", significando habilidade, conhecimento e capacidade. Ao longo do tempo, a própria habilidade especial requerida começou a diferenciar a ação ou investigação realizada por alguém que utilizou seu conhecimento altamente especializado.

Tourinho Filho²⁴¹ define a perícia como a investigação realizada por uma pessoa com habilidades especializadas, sejam elas técnicas, científicas, artísticas ou práticas, a fim de avaliar e comprovar fatos, circunstâncias ou condições relacionadas a um evento punível.

Assim, a perícia consiste em uma análise realizada por um profissional que possui conhecimento técnico específico, com o objetivo de fornecer informações relevantes para a resolução de um processo. Este exame é conduzido por um especialista, com o intuito de auxiliar o juiz em questões fora de seu conhecimento profissional.

Fernandes²⁴², contudo, destaca que em situações de urgência, devido ao risco do desaparecimento de vestígios, a prova pericial pode ser produzida na fase policial e opera como prova cautelar, de modo que o contraditório é postergado para fase posterior.

Em resumo, a prova testemunhal consiste na apresentação de depoimentos de pessoas que presenciaram ou têm conhecimento direto sobre os fatos em questão. A prova documental é a apresentação de documentos escritos ou registros como prova em um processo. Já a prova pericial consiste no exame ou investigação realizada por um especialista em determinado assunto, com o objetivo de esclarecer questões técnicas ou científicas que são além do conhecimento do juiz ou dos advogados envolvidos no processo.

²³⁹ FERNANDES, 2010, p. 80.

²⁴⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 155.

²⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v.3, 25 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 244.

²⁴² FERNANDES, 2010, p. 81.

Logo, os meios de provas admitidos no processo penal devem observar as normas vigentes, encontrando-se em consonância com a Constituição Federal e Código de Processo Penal. Neste diapasão, tais legislações autorizam a produção de determinadas provas a fim de instruir o processo e possibilitar que o julgador atinja seu convencimento, entre elas: realização de perícia, apresentação de documentos, interrogatório, oitiva de testemunhas, acareação e demais provas típicas e provas atípicas, considerando-se o previsto nos art. 155 a 239 do Código de Processo Penal.

Desta forma, autoriza-se a produção de todos os meios de prova para comprovação de eventual culpa do acusado, cuja sistemática é aplicada a todos os tipos penais previstos em lei.

Sendo assim, tal lógica é igualmente aplicada aos específicos crimes de trânsito que envolvem embriaguez do agente, que serão amplamente abordados a seguir. Consequentemente, após as explanações introdutórias realizadas acima, o tema de grande relevância deste tópico diz respeito à dinâmica da produção de provas envolvendo os crimes de embriaguez.

Em se tratando de crime de embriaguez, as provas poderão ser produzidas na fase pré-processual, ou seja, no momento da abordagem do indivíduo eventualmente alcoolizado, circunstância na qual lhe será oportunizada a realização do exame etilômetro ou exame de sangue, ficando a opção do agente a realizá-lo ou não (princípio *nemo tenetur se detegere*); bem como durante o inquérito policial.

Diante disso retoma-se a verificação do nível de álcool no sangue para a ocorrência do crime de embriaguez ao volante, em conformidade com o art. 306, §2º, do CTB, pode ser obtida por meio de testes de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova admitidos. Ou seja, todas as espécies de prova podem ser utilizadas para a comprovação do nível de álcool no sangue, sendo a mais comum delas o teste do etilômetro (prova documental) e os testes clínicos (prova pericial).

E, por seu turno, a prova testemunhal, a qual é materializada através da oitiva dos policiais ou agentes de trânsito que realizaram a interpelação do indivíduo que apresentava grau de embriaguez elevado, cuja narrativa poderá ser avaliada pelo julgador no momento da prolação da sentença condenatória, se for hipótese de constatação do tipo penal.

A admissão da prova testemunhal é fundamental para comprovação dos fatos na hipótese de o agente não ter aceitado realizar o exame etilômetro, porquanto narrará o evento presenciado no dia da abordagem do agente.

Na verdade, a matéria atinente à produção de provas para constatação de agente embriagado durante a condução de veículo automotor é amplamente regulamentada, tanto em âmbito administrativo quanto em esfera jurídica, conforme teor do art. 306, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Por outro vértice, é constitucionalmente assegurado ao agente acusado a produção de contraprova, podendo exibir todas as provas admitidas em lei para comprovar sua inocência e desacreditizar eventuais provas produzidas em seu desfavor, conforme assente entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre isso, Coutinho Júnior & Zuliani²⁴³ explicam que o Código de Trânsito Brasileiro estabelece, nos artigos 165 e 306, as infrações relacionadas ao uso de álcool e outras substâncias por motoristas. Para comprovar essas infrações, existem diversos meios de prova disponíveis, incluindo: a) exame hematológico para verificar a concentração de álcool no sangue e exame toxicológico para identificar a presença de drogas e medicamentos; b) Exame clínico realizado por um médico legista ou outro profissional, com a ratificação posterior do médico legista da polícia científica; c) Teste do etilômetro para medir a quantidade de álcool presente no ar expelido pelos pulmões; d) Relatório elaborado pela autoridade de trânsito ou seus agentes, que descreve as condições apresentadas pelo condutor e é confirmado por testemunhas; e) Outros meios de prova, como gravações de áudio e vídeo. Dessa maneira, a ampla gama de meios de prova disponíveis torna mais fácil distinguir se a conduta do condutor constitui uma infração administrativa (art. 165) ou criminal (art. 306).

Assim sendo, conclui-se que há extensa regulamentação no que tange aos meios de produção de provas para constatação de eventual delito de embriaguez ao volante, devendo a autoridade administrativa ou judiciária observar os ditames legais para aferição da transgressão. Do mesmo modo, deve observar a importância da produção de provas para enquadramento da conduta no tipo penal, as quais devem ser realizadas especialmente na circunstância de ausência de colaboração do acusado, já que detém a prerrogativa de não produzir provas contra si mesmo.

²⁴³ COUTINHO JUNIOR; ZULIANI, 2014.

Contudo, após essa incursão no funcionamento das provas no processo penal e do esclarecimento da possibilidade de amplo uso probatório no que tange os casos de embriaguez ao volante, é preciso pontuar que o condutor pode se recusar a realizar os referidos testes e, por consequência, não produzir provas contra si mesmo. O tópico seguinte tem a finalidade de compreender melhor a formação da prova e o princípio da não autoincriminação, que permite justamente essa recusa por parte do condutor.

2.2.2 A produção de provas nas situações de embriaguez ao volante

A Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 306, estabeleceu que para que o crime de embriaguez ao volante seja configurado é imprescindível a prova pericial que indique que o “o infrator possuía concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas na ocasião do evento”²⁴⁴.

Por outro lado, com a Lei n. 12.760, de 20 de dezembro de 2012, a norma mudou e a prova técnica deixou de ser imprescindível. A partir desta premissa, pode-se afirmar que a prova técnica deve ser obtida pela realização de exames de alcoolemia ou teste do bafômetro, sempre que consentido pelo suposto autor do delito. No entanto, se o sujeito se recusar a se submeter a tais exames, a prova técnica ficará impossível de ser obtida e a prova pericial será suprida por outros meios, permitidos por lei, conforme previsto nos artigos 158 e 167 do Código de Processo Penal²⁴⁵. (MARCÃO, 2015, p. 184)

Além disso, de acordo com o art. 165 do CTB, o simples fato de dirigir sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência constitui infração administrativa. A prova deve ser feita por meio dos procedimentos elencados no art. 177, como teste de alcoolemia, exames clínicos, exames periciais, testemunhas, imagens, vídeos etc., como explica Fukussawa²⁴⁶. O autor destaca que a recusa em se submeter aos testes e exames enseja nova infração administrativa, na qual incide a penalidade prevista no 165. Ainda, essas sanções advêm de ilícito administrativo, o que não influi na punição do ilícito penal.

²⁴⁴ MARCÃO, 2015, p. 181.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 184.

²⁴⁶ FUKUSSAWA, 2015, p. 273.

Contudo, é preciso identificar os sinais que indiquem alteração na capacidade psicomotora. Tais sinais estão indicados na Resolução 432 de 23 de janeiro de 2013 do CONTRAN e são: “sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluços, desordem das vestes, odor de álcool no hálito, agressividade, arrogância, exaltação, ironia, falante, dispersão, dificuldade de equilíbrio, fala alterada e desorientação quanto ao tempo e lugar”²⁴⁷.

Assim, pode-se afirmar que há uma preocupação do legislador em determinar os métodos válidos para averiguação da embriaguez do condutor²⁴⁸.

Conforme mencionado acima, será autorizada a produção de todos os meios de produção de provas para detecção do delito de embriaguez, entre eles: teste etilômetro, exame de sangue, documentos, vídeos, fotografias, gravações de áudio, testemunhas e demais provas previstas na legislação vigente.

Consoante leciona Gomes Filho²⁴⁹: “os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz”.

Tal produção probatória já se inicia logo após ser constatado que o indivíduo abordado pela autoridade de trânsito se encontra alcoolizado. Deveras, deve haver irrefutáveis sinais de embriaguez, como exemplo da ausência de coordenação motora, instabilidade na fala, vermelhidão dos olhos e prevalência do hálito etílico. Tais indícios são suficientes para a autoridade policial adotar as medidas necessárias para encaminhamento do indivíduo à delegacia de polícia.

Outrossim, não obstante o teste etilômetro ou exame de sangue sejam importantes para constatação do delito de embriaguez, pois tratam-se de provas irrefutáveis e que não podem ser mitigadas em razão de sua objetividade. Elas, por outro lado, não se mostram imprescindíveis para a aferição do delito, pois existem

²⁴⁷ BRASIL. **Resolução nº 432 de 23 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: <https://www.gov.br/prf/pt-br/concurso-2021/resolucoes/R432-13#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%20432%2C%20DE%2023,aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20disposto%20nos%20arts>. Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁴⁸ RODRIGUES, 2018, p. 28-29.

²⁴⁹ GOMES FILHO, 2005, p. 308.

outros meios probatórios capazes de evidenciar a alteração psicomotora do indivíduo (testemunho do policial, por exemplo).

A Resolução nº 432 do Conselho Nacional de Trânsito – Contran regulamenta o procedimento a ser adotado pela autoridade policial no momento da abordagem. Ressalta-se:

CONTRAN. Resolução nº 432. Art. 1º Definir os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Art. 2º A fiscalização do consumo, pelos condutores de veículos automotores, de bebidas alcoólicas e de outras substâncias psicoativas que determinem dependência deve ser procedimento operacional rotineiro dos órgãos de trânsito.

Art. 3º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:

I – exame de sangue;

II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);

IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro.

§ 3º Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa”.

Em relação ao teste do bafômetro, destina-se à investigação da quantidade de teor alcoólico existente no sangue do indivíduo abordado, a qual deve ser igual ou superior a 6 decigramas por litro de sangue para caracterização do delito. Por sua vez, as provas periciais são reservadas à averiguação da existência de álcool no corpo do agente no momento da abordagem policial, a qual pode ser realizada através do exame de sangue e exame de urina.

Acerca do tema, explicam Gomes & Bem²⁵⁰:

²⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt de. **Nova Lei Seca**: Comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73.

As perícias constituem provas científicas e técnicas que tem por finalidade a constatação de incapacidade psicomotora do condutor de veículo. Além do teste de alcoolemia, admite-se outros meios de prova que sejam capazes de aferir, por meio de exames técnicos, que o condutor dirigia o veículo sob efeito do álcool ou substâncias entorpecentes.

As perícias são procedimentos técnicos e científicos utilizados para averiguar fatos que não são do conhecimento comum, como é o caso da capacidade psicomotora do condutor de um veículo. No contexto do direito de trânsito, a perícia é utilizada para comprovar se o motorista estava sob efeito de álcool ou drogas enquanto dirigia, o que pode levar a sanções administrativas e penais.

É importante ressaltar que as perícias constituem uma prova técnica e científica, que deve ser realizada de forma adequada e por profissionais capacitados, a fim de garantir a confiabilidade dos resultados. Além disso, é preciso que as perícias sejam realizadas de forma imparcial e isenta, garantindo o direito à ampla defesa e ao contraditório.

No que concerne à produção de conteúdo audiovisual, é considerado um grande avanço na esfera probatório relacionada aos crimes de embriaguez, uma vez que visa comprovar o estado alcoólico que o agente se encontrava na ocasião da abordagem pelo órgão de trânsito, tratando-se de relevante prova formação da convicção do julgador, mesmo que produzida em esfera meramente administrativa.

Com as alterações legislativas, que permitiram diversas formas de produção de provas, possibilitou-se maior gama investigativa. Isso porque, anteriormente, o princípio do *nemo tenetur se detegere* acabava por inibir a autoincriminação do condutor ao facultar-lhe a possibilidade de não realizar o teste do etilômetro - dificultando a produção de provas²⁵¹.

Como já pontuado, o Código de Trânsito Brasileiro previa originalmente a tolerância de até seis decigramas por litro de sangue, mas com a Lei nº 11.705/2008 estabeleceu-se que a tolerância seria zero para a alcoolemia. Contudo, em conformidade com o art. 276 do CTB, é de competência do CONTRAN disciplinar as margens de tolerância e, diante disso, estabeleceu-se que o nível de tolerância seria de duas decigramas por litro de sangue²⁵².

²⁵¹ RODRIGUES, 2018, p. 28-29.

²⁵² Considera-se o Decreto nº 6.488, publicado em 20/6/2008: Art. 1º Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades administrativas do art. 165 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, por dirigir sob a influência de álcool. § 1º As margens de tolerância de álcool no sangue para casos específicos serão definidas em resolução do

Sobre isso, explicam Laranjeira & Romano²⁵³ que a concentração de álcool no sangue (CAS) de uma pessoa é uma medida de quantidade de álcool presente em seu sangue. Essa quantidade depende não apenas da quantidade de álcool consumida, mas também de fatores individuais, como peso, gênero, velocidade de ingestão e presença de alimentos no estômago. Estudos técnicos indicam que a capacidade de dirigir é prejudicada com níveis de álcool muito menores do que os permitidos por lei. Mesmo com CAS abaixo de 0,05%, já há prejuízos na performance ao volante, e a partir de 0,05% a 0,08% a situação se agrava. No Brasil, o limite legal para condução é de 0,06% de CAS. As evidências também mostram uma correlação direta entre CAS e o aumento do risco de acidentes, com o risco sendo o dobro para uma pessoa com CAS de 0,05% e atingindo centenas de vezes mais para CAS acima de 0,15%. Diante desse fato, muitos países estabeleceram leis para regular a concentração de álcool no sangue aceitável para condutores de veículos.

Contudo, para que a lei seja devidamente aplicada é necessário aferir o teor alcóolico no sangue do motorista, conforme indicado no art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro. Para isso se utiliza o etilômetro.

Apesar de existir essa possibilidade de aferição, no ato da fiscalização o policial somente pode pedir para que o condutor sopre o aparelho para aferir a quantidade de álcool por litro de sangue, mas não pode obrigar o condutor a fazer isso contra sua vontade²⁵⁴.

Como a Constituição Federal do Brasil tem por pilar a dignidade da pessoa humana que sustenta os direitos e garantias individuais, presume-se a inocência do indivíduo de modo que a culpa deve ser comprovada com o devido processo legal. Diante disso, quando se trata de situação onde há a necessidade de realização 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. BRASIL. **Decreto nº 6.488 de 19 de junho de 2008**. Regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, disciplinando a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6488.htm#:~:text=Decreto%3A,sob%20a%20influ%C3%Aancia%20de%20%C3%A1lcool. Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁵³ LARANJEIRA, Ronaldo; ROMANO, Marcos. "Consenso brasileiro sobre políticas públicas do álcool." **Brazilian Journal of Psychiatry**, v. 26, p. 68-77, 2004, p. 73.

²⁵⁴ GONÇALVES, 2013, p. 21.

teste do etilômetro, não é possível considerar presumidamente que o motorista estava alcoolizado e nem é possível obrigá-lo a produzir prova contra si mesmo²⁵⁵.

Em outras palavras, a presunção de inocência é um princípio fundamental da justiça penal, pois visa garantir a proteção do acusado e evitar injustiças. Por isso, é necessário que todas as etapas do processo sejam realizadas com rigor e transparência, garantindo a ampla defesa e o contraditório. A prova da culpa deve ser robusta e conclusiva, e não pode basear-se apenas em presunções ou indícios. A proteção dos direitos e garantias individuais é fundamental para o pleno funcionamento da justiça e para garantir a igualdade de todos perante a lei, independentemente de sua situação econômica ou social.

Comparato²⁵⁶ afirma que é importante destacar que a tendência atual é considerar as normas internacionais de direitos humanos como superiores ao ordenamento jurídico de cada Estado. Várias Constituições após a Segunda Guerra Mundial incluíram normas que estabelecem o nível constitucional dos direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. De qualquer forma, segundo o autor, a doutrina está cada vez mais consolidada na tese de que, em caso de conflito entre regras internacionais e internas em matéria de direitos humanos, deve prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, uma vez que a proteção da dignidade humana é o objetivo final e a razão de ser do sistema jurídico.

Piovesan²⁵⁷ explica que a Constituição Federal de 1988 marcou um importante passo na ratificação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil, incluindo a Convenção Americana de Direitos Humanos. Este tratado estabelece, em seu artigo 8º, inciso II, letra g, que toda pessoa acusada de um crime tem o direito de não ser obrigada a se autoincriminar ou confessar culpa. Este princípio reforça a ideia de que ninguém deve ser obrigado a produzir provas contra si próprio.

Isso significa que, em virtude dos princípios garantistas previstos tanto na Constituição como na Convenção Americana de Direitos Humanos, o acusado não é obrigado a fornecer informações ou fazer provas que possam prejudicá-lo em um

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48-49.

²⁵⁷ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad 1997, p. 254.

processo criminal. Esse direito à não autoincriminação é uma garantia fundamental do devido processo legal e da proteção dos direitos individuais²⁵⁸.

Queijo²⁵⁹ indica que esse direito tem por base o princípio "nemo tenetur se detegere", que é previsto tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos quanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio dos respectivos decretos legislativos.

A recusa do exame clínico pode ser considerada uma prova circunstancial da embriaguez, que pode ser levada em consideração pelo julgador para determinar a culpa ou inocência do motorista. No entanto, é importante destacar que a recusa não significa automaticamente culpa, e que a prova final da embriaguez deve ser baseada em evidências concretas e comprovadas, de acordo com o devido processo legal. Além disso, o princípio do direito de não autoincriminação é um elemento fundamental para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos individuais. Por isso, é importante que as autoridades públicas e os profissionais envolvidos na aplicação da lei observem esse princípio, garantindo a presunção de inocência e a imparcialidade do processo.

Segundo Fernandes²⁶⁰, a evolução da doutrina brasileira tem sido clara quanto ao princípio de que nenhuma pessoa é obrigada a autoincriminar-se. Isso é extraído da cláusula da ampla defesa e do preceito da presunção de inocência, desde a Convenção da Costa Rica. Isso significa que a pessoa não está obrigada a fornecer provas contra si mesma. Por exemplo, esse princípio pode ser invocado diante do Código de Trânsito justamente para se recusar a realizar o teste do bafômetro.

Vê-se, portanto, que se trata de uma situação complexa e paradoxal, que depende de diversas circunstâncias para devida interpretação. De acordo com Lopes Junior²⁶¹, a complexidade da situação se deve ao histórico de tratar o acusado ou suspeito como um simples objeto de provas, cujo objetivo é extrair a verdade do processo inquisitório. Com o avanço do pensamento e a mudança de perspectiva para o acusado ser visto como um sujeito de direitos, nasce o princípio sagrado de não produzir prova contra si mesmo.

²⁵⁸ MARCÃO, 2015, p. 185.

²⁵⁹ 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, 2014. p. 65.

²⁶⁰ FERNANDES, 2010, p. 303-304.

²⁶¹ LOPES JUNIOR, 2010, p. 592.

Desta forma, o motorista não é obrigado a realizar o exame alcoólico, gerando controvérsias sobre a verificação do teor alcoólico do condutor. Como o problema levantado por Streck e Oliveira²⁶², que questiona se um agente de trânsito, em uma sociedade democrática, pode determinar a produção de prova, sem garantir o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Afirma que é preocupante considerar que um único agente, o agente de trânsito, possa determinar a produção de prova e realizá-la ao mesmo tempo, sem a devida imparcialidade.

O autor ainda aponta que o agente atua como fiscal, investigador, acusador e juiz dos "sinais evidentes de embriaguez", operando todas essas funções ao mesmo tempo. Além disso, o autor indica que não é válido argumentar que, como se trata de uma "infração administrativa", o devido processo legal não é aplicável, pois a Constituição determina o devido processo legal tanto para crimes quanto para infrações administrativas, garantindo assim os direitos do cidadão, mesmo quando processado administrativamente.

Contudo, para compreender melhor o funcionamento do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) nas situações de embriaguez ao volante, é preciso investigar à parte o que tal princípio significa e avaliar os problemas que suscita, como se segue no próximo tópico.

2.3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Para constatar a embriaguez usualmente utiliza-se o exame de dosagem alcoólica, que é facultativo ao condutor - conforme art. 277, do CTB. Essa possibilidade facultada ao condutor advém do princípio do *nemo tenetur se detegere*, isto é, da capacidade de não fornecer provas incriminatórias contra si mesmo. Destaca-se que a recusa à submissão do exame não estabelece presunção de embriaguez²⁶³.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **(Mais) Um Passo Atrás no Direito Processual Brasileiro Atual Ou "Quem Vai Cuidar do Guarda na Esquina"?** Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 6, 2006.

²⁶³ FUKUSSAWA, 2015, p. 274.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* está originalmente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, no art. 8º, inciso 2, alínea g:

Art. 8º Garantias Judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.²⁶⁴

O princípio estabelece a não obrigatoriedade de o indivíduo depor contra si mesmo, trata-se do direito de não se autoincriminar. Andreucci²⁶⁵ explica que o motorista não é obrigado a submeter-se aos exames de sangue ou ao teste do bafômetro, de acordo com o princípio do "*nemo tenetur se detegere*". Esse princípio estabelece que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo e é reconhecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. O artigo 8º, inciso II, letra g, da Convenção, afirma que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não depor contra si mesma ou confessar culpa. Esse princípio também pode ser estendido para a colaboração na coleta de provas que possam incriminá-lo. Por isso, o artigo 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), conforme modificado pela Lei n. 13.281/2016, estabelece que o motorista não pode ser obrigado a se submeter a qualquer tipo de teste de alcoolemia e não pode ser punido com sanções administrativas previstas no artigo 165-A do CTB. Além disso, o direito de não se submeter a esses exames deve ser informado ao motorista na fiscalização, assim como o direito ao silêncio previsto na Constituição Federal.

Nesse sentido, protege-se o condutor para que não produza provas contra si mesmo. Contudo, o teste do etilômetro consiste, justamente, na produção de provas contra o condutor e no consequente enquadramento no art. 306 do CTB. Como aponta Gomes²⁶⁶, o direito de não autoincriminação é uma premissa fundamental na questão da prova da embriaguez. Nenhuma pessoa é obrigada a fornecer provas que a

²⁶⁴ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁶⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. Saraiva Educação SA, 2017, p. 81-82.

²⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. Bafômetro: é obrigatório. **Revista Magister de Direito Penal**, 2009, p. 363.

incriminem. Desta forma, um motorista não é obrigado a se submeter a um teste de sangue ou a soprar no bafômetro. Se houver recusa, a alternativa é o exame clínico, realizado por um médico legista, ou a prova testemunhal.

Ainda, vale reafirmar com De Moraes²⁶⁷ que o direito de permanecer em silêncio é consagrado constitucionalmente e segue as diretrizes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Conforme previsto no artigo 8º, § 2º, g, desta convenção, toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma ou a se declarar culpada. Esse direito funciona como um complemento importante para o devido processo legal e a ampla defesa, protegendo o acusado não apenas o direito de permanecer calado, mas também o de fazer declarações falsas ou inverídicas sem se tornar responsável por elas. Também se destaca que o perjúrio não é reconhecido em nosso ordenamento jurídico. Assim, pode-se concluir que a não autoincriminação é uma garantia ao condutor para que não seja obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Em que pese o direito ao silêncio esteja intrinsecamente ligado ao da não autoincriminação, este princípio vai além e pressupõe um direito de o acusado não ser forçado pelo Estado a colaborar para sua própria possível condenação. Existe, portanto, norma que preserva a vontade do agente a não produzir provas que venham a lhe prejudicar, em corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Há doutrinadores que defendem que o objeto central do referido princípio se desdobra à proteção da integridade física e psíquica do indivíduo, de modo que o respalda a manter-se em silêncio até que sua culpa seja provada, considerando-se a presunção de inocência que recai sobre o agente²⁶⁸.

Vale pontuar, ainda, que o fato de o indivíduo optar por ficar em silêncio não pode gerar reconhecimento de eventual culpa. Daí descende a importância de tal princípio para o ordenamento jurídico vigente, pois possibilita que o agente tenha a faculdade de escolher em ficar em silêncio ou não.

E, ainda, caso o acusado opte por ficar em silêncio estará, sobretudo, usufruindo e efetivando o direito que lhe é constitucionalmente assegurado, cuja

²⁶⁷ MORAES, Mariana Thomé de. O direito à não auto-incriminação. A problemática do teste do bafômetro. RFD- **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 21, jun. 2012, p. 294. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1956>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

²⁶⁸ ESCOBAR, Norma Valeria Torres. **El principio de no autoincriminación en el derecho procesal penal**. Tese para obtenção do título de advogada – Carrera de Derecho – Facultad de Jurisprudencia, Universidad Regional Autónoma de los Andes – UNIANDES, Ibarra (Equador), 2014, p. 28.

conduta omissiva não lhe gerará nenhuma consequência negativa, apenas livre exercício do referido direito constitucional.

Na verdade, o princípio *nemo tenetur se detegere* possibilita que o acusado não colabore com as investigações, pois proíbe eventual coação perpetrada em face dele com intuito de obtenção de declarações ou até mesmo confissão.

Acerca de tais pontos, esclarece Escobar²⁶⁹ que o princípio subjacente ao direito de não se autoincriminar é o respeito à dignidade humana, reconhecendo o acusado como um sujeito e não como simples objeto de prova. Forçar o acusado a fazer uma declaração que reconheça sua culpa ou confessar um crime, viola sua liberdade moral e, conseqüentemente, sua dignidade. Dessa forma, o exercício deste direito não pode resultar em consequências negativas para o acusado. Por isso, o autor destaca que o silêncio do acusado não pode ser interpretado como um sinal de culpa.

Tem-se que a vedação de produção de provas contra si mesmo está vinculada ao direito de autodefesa, uma vez que o indivíduo se protege da acusação realizada em face de si pelo Estado. Logo, é possível concluir que tal princípio possibilita que o agente, no momento da abordagem de trânsito, se recuse a realizar o teste etilômetro ou exame de sangue, em livre gozo do direito fundamental previsto na Constituição Federal.

Explica Queijo²⁷⁰ que justamente pelo fato de o princípio da não autoincriminação não ser absoluto, deve-se trabalhar conjuntamente com os demais direitos fundamentais trazendo equilíbrio e segurança jurídica. Todavia, conforme visto anteriormente, não obstante pertencer a um conjunto estruturado normativo, é possível que tais direitos sejam restringidos, desde que se respeite o seu núcleo essencial, devendo tal restrição ser indispensável, a menos gravosa possível, útil ao processo e idônea à produção de provas, respeitar o razoável e a dignidade da pessoa humana, conforme explanado nos tópicos acima.

Em se tratando de prova que depende da colaboração do acusado, especificamente em relação à sua produção, é possível que haja aplicação do princípio da proporcionalidade como medida pacificadora. Tal mitigação poderá ocorrer mediante promulgação de Lei, a qual estabelecerá de forma objetiva as

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 30.

²⁷⁰ QUEIJO, 2014, p. 411.

hipóteses nas quais aplicar-se-ão restrições ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, de modo a impor que o acusado possa colaborar, de alguma maneira, com a persecução penal²⁷¹.

Do mesmo modo, tal restrição pode ser realizada pelo julgador, utilizando-se do poder de controle jurisdicional, no caso concreto, a qual poderá ocorrer por decisão extensamente motivada e que evidencie a presença dos desdobramentos relativos ao princípio da proporcionalidade, desde que, por óbvio, a medida a ser aplicada seja imprescindível para deslinde da persecução penal.

Acerca da questão leciona Queijo²⁷² que as restrições ao direito à não autoincriminação são inevitáveis, mas não devem levar à perda completa desse direito fundamental. O princípio da dignidade da pessoa humana, no qual o acusado é reconhecido como sujeito e não apenas como objeto de prova, é a base desse direito. Coagir o acusado a fazer uma declaração que implique uma confissão de culpa viola sua liberdade moral e, portanto, sua dignidade. Dessa forma, o exercício desse direito não deve ter consequências negativas para seu titular.

O silêncio do acusado não pode ser considerado um indício de culpa. No entanto, as restrições a esse direito devem ser feitas por lei e, quando houver restrições, o Poder Judiciário deve proteger o direito fundamental. O juiz deve avaliar se a lei que restringe o direito à não autoincriminação é proporcional e se, no caso concreto, os requisitos da proporcionalidade também estão presentes. A decisão deve ser fundamentada, portanto, ainda que não seja possível a restrição do princípio fundamental em tela, a previsão de mecanismos ou comandos legais que estimulem ao acusado a colaborar com o processo, nos estritos limites da legalidade, cuja aplicação será realizada pelo Poder Judiciário com o objetivo de trazer benefícios ao acusado, é de extrema importância como contribuição ao objetivo aqui proposto.

Vale pontuar, ainda, que a colaboração do suspeito não poderá gerar onerosidade excessiva a ele, isto é, colocá-lo em perigo de vida ou saúde, tampouco em situações vexatórias, notadamente em respeito ao princípio da dignidade humana. Outrossim, deverá ser razoável em comparação à gravidade do delito investigado.

Tal matéria traz grande discussão doutrinária e, em questão hermenêutica nem mesmo é conhecida, eis que aqui se propõe um giro de cognição ímpar, uma vez que

²⁷¹ *Ibidem*, p. 411.

²⁷² *Ibidem*, p. 415.

alguns pesquisadores defendem a possibilidade de o indivíduo ser obrigado a realizar o teste do bafômetro ou exame de sangue na hipótese de embriaguez ao volante, ao passo que outros sustentam sua impossibilidade em respeito ao princípio da *nemo tenetur se detegere*, o qual não pode sofrer mitigação nessa circunstância, já que não é possível que o Estado invada a esfera individual do agente (respeito à integridade física). Nesta última ideia há prevalência, portanto, do referido direito fundamental.

No mesmo sentido, posiciona-se Callegari & Lopes²⁷³ ao afirmar que a garantia ao silêncio não é um direito absoluto e que, em algumas situações, é possível submeter um motorista suspeito de dirigir embriagado a um exame de sangue. No entanto, dizem os autores, é crucial que haja uma legislação específica que trate deste assunto de forma adequada, permitindo a intervenção corporal, desde que sejam observados critérios importantes, como a ausência de risco à saúde do motorista e a autorização prévia do judiciário. Esta intervenção deve ser realizada por um médico.

Por outro lado, De Moraes²⁷⁴ manifesta-se contrariamente à tese acima indicada, argumentando que a Constituição é a norma mais elevada e todas as outras normas devem estar de acordo com ela, de modo que nenhuma norma infraconstitucional pode conflitar com a Constituição. A garantia à não auto-incriminação é uma garantia fundamental da Constituição Federal e, portanto, não pode ser afastada por uma norma administrativa, como o artigo 277 do CTB. É importante lembrar que, em caso de conflito entre princípios, é necessário ponderar entre eles de acordo com o caso concreto, sem prejudicar o núcleo de um deles. A atual redação do artigo 306 do CTB é considerada infeliz porque, em vez de punir os motoristas que dirigem embriagados, cria dificuldades probatórias. Portanto, o condutor pode legítima e regularmente se opor à realização do teste do bafômetro como um exercício de um direito.

Nesse passo, importante frisar que há relevante discussão quanto à aplicabilidade do referido princípio a um caso concreto, relativamente à incidência do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro²⁷⁵, o qual prevê redação pertinente ao tema, *in verbis*:

²⁷³ CALLEGARI, André Luís. LOPES, Fábio Motta. **A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal**. Boletim IBCCRIM, v. 191, p. 8-9, 2008. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigos/227-191-Outubro-2008>. Acesso em: 17 jan. 2022, p. 2.

²⁷⁴ MORAES, 2012, p. 15.

²⁷⁵ Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

CTB. Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

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

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze)

Trata-se de artigo que dispõe previsão relativa à recusa do teste etilômetro e outro no momento da abordagem policial, cujas consequências preconizadas se limitam ao âmbito administrativo, apenas. Porém, a controvérsia reside no fato de o referido dispositivo atentar contra o princípio do *nemo tenetur se detegere*, não podendo obrigar o agente a produzir provas contra si mesmo.

3 OS NUDGES COMO ALTERNATIVAS PARA O PROCESSO PENAL EM CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Colocar frutas e legumes em destaque em uma lanchonete para encorajar escolhas mais saudáveis, utilizar avisos sonoros para alertar os pedestres sobre o tempo de espera para atravessar a rua e incentivar a espera pelo sinal verde, personalizar cartas de cobrança com mensagens para incentivar o pagamento das dívidas, inserir desenhos de moscas nos urinóis masculinos em banheiros públicos para direcionar o fluxo de urina e manter o ambiente limpo, tocar músicas suaves para acalmar as pessoas enquanto aguardam em filas, utilizar adesivos nos banheiros públicos para incentivar a lavagem das mãos e prevenir a disseminação de doenças, chamar a atenção para cestas de reciclagem com cores vibrantes e incentivar o descarte correto de resíduos, adicionar imagens de pessoas sorridentes ao lado de caixas de doações para encorajar as pessoas a doarem mais, utilizar setas simples para guiar as pessoas na direção correta em espaços públicos, como estações de metrô, enviar mensagens de texto ou lembretes automáticos para ajudar as pessoas a lembrarem de tomar medicamentos ou comparecer a consultas médicas e incentivar a economia de energia com etiquetas que lembram os usuários de desligarem aparelhos eletrônicos.

Esses são apenas alguns exemplos de *nudges* que têm sido usados em diferentes contextos para incentivar comportamentos específicos. O objetivo dessa

técnica é tornar essas escolhas mais atraentes, fáceis e convenientes para as pessoas, sem forçá-las ou impor sanções para determinar seus comportamentos.

Retoma-se que a presente tese tem como aporte teórico a corrente da criminologia crítica chamada de Direito Penal Mínimo. Isto é, defende-se a minimização da aplicação de penas e a reformulação do modelo de controle social, de modo a buscar uma abordagem que promova o livre desenvolvimento da pessoa humana. Sob essa perspectiva, sustenta-se que é possível incentivar comportamentos positivos sem impor sanções severas, que muitas vezes geram exclusão e marginalização.

Ao invés de punir, é preciso buscar alternativas que priorizem a educação, a conscientização e o respeito aos direitos humanos. Seguindo essa linha de raciocínio, é possível construir um modelo de controle social mais justo, inclusivo e humano, que valorize a dignidade de todas as pessoas.

Dessa maneira, aponta-se que o viés do Direito Penal Mínimo e os *nudges* se entrecruzam pela preocupação em incentivar comportamentos positivos sem impor sanções severas. O Direito Penal Mínimo defende que o sistema penal deve ser utilizado apenas em casos extremos, como forma de proteger os direitos fundamentais das pessoas e da sociedade, enquanto os *nudges* são estratégias que buscam incentivar comportamentos positivos de maneira sutil e efetiva, sem impor punições ou sanções.

Ambas as abordagens entendem que a educação, a conscientização e o respeito aos direitos humanos são fundamentais para promover comportamentos positivos e reduzir a necessidade de intervenções punitivas. Ao invés de impor regras de forma autoritária, o objetivo é incentivar as pessoas a fazerem escolhas mais saudáveis, seguras e sustentáveis, sem coagi-las.

Ainda, há que se destacar que o processo penal constitucional tem como objetivo principal garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos no âmbito do processo penal. Para tanto, busca-se uma maior efetividade das normas constitucionais no processo penal, visando garantir o equilíbrio entre o poder estatal e os direitos dos indivíduos envolvidos – como trabalhado no Capítulo 2.

Embora a relação entre o processo penal constitucional e os *nudges* não seja direta, é possível traçar um ponto comum entre ambos, já que ambas as abordagens têm como objetivo assegurar que as decisões tomadas sejam consistentes com os

valores e princípios fundamentais. No processo penal constitucional, busca-se influenciar o comportamento dos órgãos do sistema de justiça, a fim de que estes respeitem as garantias e direitos fundamentais dos indivíduos. Por outro lado, os *nudges* buscam influenciar o comportamento dos indivíduos, incentivando-os a adotarem comportamentos mais adequados e alinhados com os valores e princípios fundamentais.

Dessa forma, sustenta-se que há compatibilidade entre ambas as abordagens, no sentido de garantir uma maior efetividade dos valores e princípios fundamentais em diferentes contextos de modo a adequar a função do direito processual penal constitucional.

Mais uma vez rememora-se o problema da presente pesquisa: como os *nudges* podem ser utilizados nas situações de embriaguez ao volante no fomento de um direito penal mínimo? Para compreender esse uso, será preciso identificar o que são *nudges* e seus possíveis usos após o cometimento do delito para que haja a mínima intervenção estatal, mas ainda assegurando a efetividade da prestação jurisdicional.

Sendo assim, o itinerário a ser percorrido no presente capítulo parte da identificação dos fundamentos da economia comportamental (Tópico 3.1.1), para afunilar na compreensão do paternalismo libertário (Tópico 3.1.2) que é o pilar teórico por trás dos *nudges*, então buscar-se-á, após isso, justamente identificar o que são *nudges* (Tópico 3.1.3). Após essa fundamentação será possível verificar os possíveis usos dos *nudges* nos casos de embriaguez ao volante, visando traçar as situações existentes nas quais já se utilizam os *nudges*, especialmente nas políticas públicas (Tópico 3.2.1) e, após, os seus possíveis usos nos casos de embriaguez ao volante (Tópico 3.2.2). Por fim, há que se destacar a função dos *nudges* no desencarceramento partindo do princípio da intervenção mínima no direito penal e processual penal (Tópico 3.3), pontuando a posição das ideias de justiça restaurativa nessa discussão (Tópico 3.3.1).

3.1 OS NUDGES E A ECONOMIA COMPORTAMENTAL

A regulação estatal tem uma longa história e toda organização política estabelece regras de comportamento para a coletividade, com maior ou menor

interferência. Mais recentemente, as instituições governamentais começaram a usar a Economia Comportamental como uma ferramenta para alcançar objetivos sociais relacionados ao bem-estar social. No entanto, há uma diferença importante entre coagir e influenciar, exigir e manipular. Quando esses exercícios de conformação de comportamentos são revestidos da força normativa do Estado e afetam as escolhas econômicas e sociais privadas, surgem questionamentos éticos e políticos sobre como e onde essa influência estatal está em conformidade com outros princípios informadores da legislação. Identificar os caminhos pelos quais esse debate se formou, especialmente por meio da análise histórica do pensamento econômico e social, ajuda a compreender o quadro geral no qual a teoria econômica behaviorista e sua aplicação nas políticas públicas de diversos setores estão situadas, conforme ensinam Ribeiro & Domingues²⁷⁶.

Especialmente quanto a temática da presente tese, vale relembrar que o Estado emprega mecanismos regulatórios de comando e controle, que impõem sanções aos infratores de trânsito como forma de reduzir os acidentes, contudo, como verificado nas estatísticas apresentadas no capítulo anterior, essas medidas não são eficazes, visto que os índices de acidentes permanecem elevados.

A presente tese propõe alternativas baseadas nas contribuições recentes da economia comportamental para a intervenção do Estado na promoção de comportamentos socialmente benéficos em relação à segurança no trânsito. A economia comportamental parte do princípio de que muitas das decisões e comportamentos humanos não são orientados por critérios racionais e que certos contextos decisórios podem levar as pessoas a decisões equivocadas e incompatíveis com seus próprios objetivos. Sob essa perspectiva, as políticas públicas também poderiam adotar estratégias que levem em conta aspectos da tomada de decisão normalmente negligenciados para influenciar e promover comportamentos benéficos, sem restringir a liberdade de escolha do cidadão, como se sugere no tópico 3.2.1. Ainda, também é possível pensar essa mesma perspectiva para fomentar o cidadão a auxiliar a prestação jurisdicional, especialmente no que tange ao quesito probatório, aspecto essencial nos casos de embriaguez ao volante, como já indicado no Capítulo 2.

²⁷⁶ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 459.

Assim, esse modelo comportamental que parte da concepção de racionalidade limitada é uma abordagem que pode ser usada para analisar a decisão dos agentes em sistemas complexos e para direcionar a tomada de decisão de modo positivo²⁷⁷. Contudo, antes de avançar na discussão, é preciso estabelecer as bases de funcionamento da economia comportamental de modo rigoroso, para somente depois vincular essa corrente econômica ao fenômeno social trabalhado na tese.

3.1.1 Fundamentos da economia comportamental

Desde já é preciso destacar que a principal fonte bibliográfica do presente trabalho é o livro “Nudge”, de Richard Thaler e Cass Sunstein, publicado em 2008, isto porque o referido livro criou e disseminou um novo modelo de pensamento econômico intitulado de paternalismo libertário, que influenciou vários grupos políticos para criar novas práticas de Políticas Públicas.

Nesse livro apresenta-se o enfoque em um agente racional limitado, o que proporciona, do ponto de vista da economia comportamental, lidar diretamente com as falhas dos agentes - elemento que distingue essa linha de pensamento da teoria tradicional.

Por isso, para compreender melhor as ideias fundamentais desenvolvidas por Thaler e Sunstein, é preciso explorar a evolução teórica da Teoria da Racionalidade Econômica e examinar como a Economia Comportamental mudou significativamente as bases analíticas para entender a natureza dos processos de decisão dos indivíduos em sociedade.

A Economia Comportamental contestou vários pressupostos da economia ortodoxa, incluindo a suposição de que as pessoas sempre escolhem o que é melhor para si mesmas e sempre maximizam suas preferências de acordo com um critério próprio de utilidade escalonada. Ribeiro & Domingues²⁷⁸ apontam que muitas vezes as escolhas tomadas pelos indivíduos são influenciadas por processos mentais obscuros e levam a decisões prejudiciais, que afetam o bem-estar social. Como resultado, indicam os autores, o Estado de Bem-Estar social deve intervir para ajudar

²⁷⁷ MELO, Tatiana Massaroli; FUCIDJI, José Ricardo. “Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos”. **Revista de Economia Política**, vol. 36, nº 3 (144), pp. 622-645, julho-setembro/2016.

²⁷⁸ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 458.

as pessoas a tomar melhores decisões, utilizando técnicas normativas para influenciar seu comportamento.

Apesar dessa potência da Economia Comportamental, a linha de pesquisa mais difundida do campo das ciências econômicas, segundo Dequech²⁷⁹, é a chamada Economia Neoclássica, a ponto de ser caracterizada como mainstream. O autor justamente a aponta como mainstream porque é a linha que mais se destaca nas universidades de maior renome, é publicada nas melhores revistas, recebe fundos das fundações de pesquisa mais importantes e recebe os prêmios mais prestigiados.

Segundo Dequech²⁸⁰, a economia tradicional é uma abordagem teórica que se concentra na análise do comportamento econômico e nas relações de troca entre indivíduos e empresas. Essa abordagem tem três características principais: a) ênfase na racionalidade e uso da maximização da utilidade como critério de racionalidade; b) ênfase no equilíbrio; c) negação de incertezas de tipo forte e particularmente de incertezas fundamentais

Quanto à primeira característica, destaca-se que a economia tradicional considera que os indivíduos são racionais e buscam maximizar sua utilidade, ou seja, a satisfação que eles obtêm ao consumir bens e serviços. Essa abordagem enfatiza que as pessoas tomam decisões com base em cálculos de custos e benefícios, considerando informações disponíveis e suas preferências pessoais²⁸¹.

Quanto à segunda característica, aponta-se que a economia tradicional também se concentra na busca pelo equilíbrio entre oferta e demanda, ou seja, na ideia de que os mercados tendem a se ajustar de forma a equilibrar os preços e as quantidades de bens e serviços oferecidos e demandados²⁸². Isso significa que, em uma economia de mercado, as forças da oferta e da demanda interagem para determinar preços e quantidades de bens e serviços produzidos²⁸³.

Quanto à terceira característica, por fim, indica-se que a economia tradicional nega a existência de incertezas de tipo forte e particularmente de incertezas fundamentais, ou seja, aquelas incertezas que são inerentes ao futuro e que não podem ser completamente previstas ou controladas. Essa abordagem considera que

²⁷⁹ DEQUECH, DAVID. "Neoclassical, Mainstream, Orthodox, and Heterodox economics". **Jornal of Post Keynesian Economics**, Vol 30, 2007.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 2.

²⁸¹ MANKIW, N. Gregory. **Principles of economics**. Boston: Cengage Learning, 2001, p. 6

²⁸² SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economics** (Sixteen Edition), 1998, p. 51.

²⁸³ MANKIW, 2001, p. 5-7.

todas as informações necessárias para tomar decisões econômicas estão disponíveis e que as incertezas podem ser reduzidas ou eliminadas por meio de previsões e análises estatísticas - como se observa em Samuelson & Nordhaus²⁸⁴.

Apesar de serem amplamente utilizadas como base para muitas análises econômicas e políticas, essas três características da economia tradicional são frequentemente criticadas por outras correntes de pensamento, que argumentam que elas não são realistas e não levam em conta as complexidades do mundo econômico real.

Simon, economista e psicólogo americano, justamente criticou a abordagem tradicional da economia em relação à noção de racionalidade ilimitada. Em artigo intitulado "Rational decision-making in business organizations"²⁸⁵, no qual argumentou que a racionalidade dos indivíduos é limitada pela quantidade de informações e tempo disponíveis para tomar decisões.

O autor argumenta que a economia tradicional parte do pressuposto de que os indivíduos são capazes de processar todas as informações disponíveis de maneira rápida e eficiente para tomar decisões ótimas. No entanto, ele acreditava que essa suposição não era realista, uma vez que os seres humanos têm capacidades cognitivas limitadas.

[...] a racionalidade é limitada quando lhe falta onisciência. E as faltas de onisciência são fruto, principalmente, de falhas no conhecimento das alternativas, incerteza a respeito de eventos exógenos relevantes a inabilidade no cálculo de suas consequências. Havia necessidade de uma ação mais positiva e formal, dos mecanismos de escolha em condições de racionalidade limitada²⁸⁶.

Mullainathan²⁸⁷ também segue o mesmo argumento e pontua que a economia neoclássica não se preocupa efetivamente com o comportamento dos agentes econômicos, enquanto que esse deveria ser justamente o foco de toda análise econômica.

A incorporação do comportamento humano e de suas capacidades cognitivas aos estudos econômicos é fundamental não apenas para uma compreensão mais completa e precisa da realidade, mas também para uma aplicação mais efetiva das

²⁸⁴ SAMUELSON; NORDHAUS, 1998, p. 54.

²⁸⁵ SIMON, Herbert A. Rational decision-making in business organizations. **The American Economic Review**. vol. 69, n. 4 sep., 1979, pp. 493-513

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 502.

²⁸⁷ MULLAINATHAN, Sendhil. A memory-based model of bounded rationality. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 117, n. 3, p. 735-774, 2002, p. 2.

teorias econômicas na prática. As capacidades cognitivas limitadas dos indivíduos, por exemplo, podem ter implicações importantes para a tomada de decisões econômicas e a dinâmica dos mercados²⁸⁸.

Assim, entender as limitações cognitivas humanas pode ajudar os economistas a projetar políticas públicas mais efetivas e a desenvolver modelos econômicos mais precisos e realistas. Além disso, a incorporação do comportamento humano e das capacidades cognitivas aos estudos econômicos pode levar a uma maior interdisciplinaridade entre a economia e outras áreas, como a psicologia, a sociologia e a neurociência, permitindo uma abordagem mais holística e integrada dos fenômenos econômicos.

A economia comportamental reconhece a limitação da capacidade de racionalidade ilimitada dos indivíduos e, por isso, busca compreender e explicar as estratégias observadas que são utilizadas no dia a dia para a tomada de decisões dentro do mercado. Essas estratégias incluem o uso de heurísticas, que são avaliações subjetivas baseadas em dados de validades limitadas, também chamadas de "regras de bolso" Simon²⁸⁹.

A utilização de heurísticas é uma forma que os agentes econômicos encontram para contornar suas limitações cognitivas e lidar com o grande volume de informações que recebem diariamente. A economia comportamental identifica várias heurísticas, tais como representatividade, disponibilidade e ancoragem, que ajudam os indivíduos a tomar decisões de maneira coerente, mesmo com informações incompletas ou limitadas. Como afirmam Mullainathan e Thaler, "é eminentemente racional para as pessoas adotarem regras de bolso como uma maneira de economizar suas faculdades cognitivas"²⁹⁰.

Vale ressaltar que a Economia Comportamental surgiu em meados da década de 70 do século passado justamente como uma resposta à ideia dogmática da racionalidade econômica, que é um pilar teórico da Escola Neoclássica da Economia. A Teoria da Racionalidade das Escolhas, que é o pilar fundamental da política econômica do século passado, pressupõe que as opções humanas são sempre estáveis, constantes e transitivas, permitindo que as previsões econômicas sejam confiáveis.

²⁸⁸ SIMON, 1979, p. 494.

²⁸⁹ SIMON, 1979, p. 507.

²⁹⁰ MULLAINATHAN, Sendhil; THALER, Richard H. **Behavioral economics**. 2000.

Ribeiro & Domingues²⁹¹ esclarecem que a História do Pensamento Econômico está repleta de vertentes e teorias que seguiram caminhos diferentes para solucionar o problema da alocação da riqueza em uma sociedade de bens escassos e que essas teorias, durante o século XX, eram construídas por meio de interferências recíprocas entre a Economia e a Matemática, assim como entre a Psicologia e a Economia. Em muitos momentos, as teorias econômicas deixaram de apresentar unanimidade acerca do que seria o próprio objeto de estudo da Economia.

Segundo os autores, essa interdisciplinaridade e ausência de identidade levaram alguns defensores do mainstream econômico a afirmar que a falta de concordância entre economistas provém da dificuldade em reduzir realidades complexas em modelos teóricos com pouca fidedignidade. No entanto, os críticos sugerem que esse movimento em direção à matematização da Economia não contribuiu para a confirmação dos pressupostos da racionalidade, visto que as previsões econômicas demonstraram pouca capacidade normativa, gerando uma espécie de vácuo epistemológico²⁹².

A Economia Comportamental surge como uma forma de incorporar as motivações subjetivas, campo de estudos afeto à psicologia humana, nas teorias econômicas, e seus primeiros teóricos refletiam essa busca pelo entendimento acerca das causas do comportamento econômico²⁹³.

Enquanto a Economia continuava com suas suposições de racionalidade e escolha consciente, outras ciências sociais, como a Psicologia e Sociologia, caminhavam para conclusões que mostravam que as escolhas dos agentes econômicos podem ser tomadas em um ambiente desprovido de lógica racional²⁹⁴.

Esse dilema levou a Teoria Econômica a se afastar dos preceitos psicológicos em relação à formulação das análises normativas e positivas, abandonando toda e qualquer fundamentação psicológica. A matemática tornou-se, a partir de então, um objetivo da ciência econômica, e não mais uma ferramenta²⁹⁵.

Como resultado, toda a inspiração psicológica que existia nas teorias econômicas até o início do século XX foi ignorada pela ciência econômica. Dentro do

²⁹¹ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 459.

²⁹² *Ibidem*, p. 460.

²⁹³ MURAMATSU, R. The death and resurrection of economics with psychology: remarks from a methodological standpoint. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan./mar. 2009, p. 79.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 74,

²⁹⁵ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 461.

novo paradigma científico pretendido pela Economia, não era possível discorrer sobre emoção, simpatia, altruísmo, moralidade ou cultura. A Teoria da Racionalidade Econômica contribuiu para o argumento tautológico da abordagem das preferências reveladas, o que fundamentou o afastamento dos contributos da Psicologia na ciência econômica. A partir de então, as motivações do agente econômico não seriam mais consideradas para calcular os desdobramentos da formação da vontade e do exercício da escolha.

Dessa forma, o princípio da racionalidade não apenas possibilitou o afastamento da Psicologia por meio da Teoria das Preferências Reveladas, mas também incentivou a matematização da Economia. A Economia partiu do pressuposto auxiliar de que "agentes racionais são consistentes", o que significa que uma pessoa escolhe a mesma opção entre duas alternativas não apenas hoje, mas também em qualquer outro momento do tempo. No entanto, essa suposição nega a existência de instâncias de arrependimento, aprendizado e socialização, que são fundamentais para o estudo da norma jurídica²⁹⁶.

No início da década de 70, ocorreu a superação do paradigma da racionalidade absoluta do agente econômico com o conjunto de estudos de Amos Tversky e Daniel Kahneman, pesquisadores que ganharam notoriedade por suas pesquisas no âmbito da economia e psicologia comportamental. A Teoria da Perspectiva fundou um novo ramo da economia, denominado economia comportamental, que contestou a racionalidade do *homo economicus*, um dos mais preciosos fundamentos do mainstream acadêmico. Segundo Tversky e Kahneman, as motivações racionais e emocionais têm papel preponderante no processo de escolhas econômicas e influenciam a percepção dos incentivos econômicos positiva e negativamente²⁹⁷.

A Economia Comportamental exerce um papel central ao criticar o pressuposto da racionalidade dos agentes econômicos. Para os comportamentalistas, há muito mais do que dados objetivos a influenciar as preferências declaradas e as escolhas efetivamente realizadas. A identificação dos desvios cognitivos e dos equívocos decorrentes de processos mentais obscuros pode explicar com mais

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 462.

²⁹⁷ VERBICARO, Dennis; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. "A economia comportamental no desenho de políticas públicas de consumo através dos nudges". **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 133, p. 385-411, 2021, p. 11.

precisão as razões pelas quais os agentes econômicos não se comportam como previsto pelos modelos econômicos²⁹⁸.

A Prospect Theory, elaborada por Kahneman e Tversky em 1979²⁹⁹, após inúmeros experimentos, foi elaborada a partir da identificação de que as decisões nem sempre são ótimas e estão sujeitas a uma série de distorções do julgamento (vieses) e atalhos mentais muitas vezes simplórios (heurísticas), que, diante de problemas complexos, apresentam respostas singelas e automatizadas, entretanto, nem sempre corretas. Diante de um quadro de incertezas ou informações incompletas, as pessoas apresentam uma série de reações que não podem ser consideradas racionais, conforme intuía os economistas neoclássicos. As pessoas são limitadamente racionais, e suas efetivas escolhas dependem, dentre outras coisas, da forma como as questões são apresentadas (*framing*) e de sua disposição para assumir riscos (*risk aversion*), especialmente em um ambiente de incertezas³⁰⁰.

Por esses motivos, como esclarecem Ribeiro & Domingues³⁰¹ as escolhas não são racionais, mas sim limitadas a uma série de fatores que bloqueiam a opção ótima. A disposição de manter o status quo (inércia), o sentimento de apego e posse (*endowment effect*), o equívoco no julgamento sobre os efeitos ao longo do tempo (hiperbólico desconto), a insistência em escolhas ruins (*sunk cost*) etc. são manifestações neurocognitivas que podem ser influenciadas pelos incentivos aos quais os agentes econômicos são expostos, e a arquitetura desses incentivos pode estimular ou evitar esses comportamentos.

Assim, a Economia Comportamental possui uma relevância significativa na elaboração de políticas públicas que visam prevenir decisões econômicas trágicas. Ao contrário da suposição de racionalidade forte presente na teoria econômica neoclássica, a Economia Comportamental reconhece que os agentes econômicos podem apresentar comportamentos irracionais, cujas escolhas podem ter consequências desastrosas. A compreensão mais realista do comportamento humano, presente na Economia Comportamental, pode fornecer informações mais

²⁹⁸ FRAZÃO, Ana; ISHIHARA, Júlia Namie MP. “A falácia da teoria da escolha racional no direito antitruste e as contribuições da economia comportamental”. **Revista de Direito Brasileira**, v. 30, n. 11, p. 346-375, 2022, p. 356.

²⁹⁹ KAHNEMAN, DANIEL; TVERSKY, Amos. Prospect theory: An analysis of decision under risk. **Econométrica**, v. 47, n. 2, p. 363-391, 1979.

³⁰⁰ EDWARDS, Kimberley D. “Prospect theory: A literature review”. **International review of financial analysis**, v. 5, n. 1, p. 19-38, 1996, p. 174-175.

³⁰¹ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 462.

precisas para os agentes políticos, auxiliando-os na prevenção, correção e informação sobre comportamentos indesejados, muitas vezes influenciados pela falsa presunção de racionalidade.

Ainda, Ribeiro & Domingues³⁰² indicam que o debate em torno da teoria da racionalidade econômica também tem implicações políticas e econômicas, incluindo a questão da intervenção estatal no domínio econômico. Enquanto a suposição de estabilidade nas escolhas econômicas sustenta a defesa do *laissez-faire* e do livre mercado, a compreensão de que as escolhas econômicas são influenciadas por elementos psicológicos e comportamentais pode justificar a intervenção estatal para conduzir os comportamentos individuais a um nível socialmente desejado. Em geral, o papel do Estado na promoção da economia e do bem-estar social é reconhecido por programas jurídico-políticos.

De todo modo, estabelecido esse debate sobre a formação da economia comportamental, é preciso também esclarecer seus fundamentos. A Economia Comportamental é um ramo da economia que busca entender como os indivíduos tomam decisões em situações reais, levando em consideração fatores psicológicos, sociais e emocionais que influenciam seu comportamento. Seus fundamentos estão baseados na ideia de que os seres humanos nem sempre agem de forma racional e, muitas vezes, tomam decisões baseadas em heurísticas (atalhos mentais) ou vieses cognitivos que podem prejudicar seu bem-estar financeiro.

Heurísticas são processos cognitivos que os indivíduos utilizam para descobrir metodologias simplificadoras, baseadas em experiências vividas ou conhecimentos adquiridos, com o objetivo de encontrar respostas viáveis e coerentes dentro de um determinado contexto. Essas metodologias são simplificadoras, mas não simplistas, e ajudam a reduzir a complexidade da tomada de decisões.

Kahneman e Tversky³⁰³ apresentaram o conceito de heurísticas em 1974, destacando sua importância para a compreensão das decisões econômicas e dos comportamentos dos agentes no mercado. As heurísticas ajudam a explicar como os indivíduos tomam decisões em situações de incerteza, e como essas decisões muitas vezes são baseadas em fatores emocionais ou subjetivos, em vez de cálculos racionais e objetivos.

³⁰² *Ibidem*, p. 463.

³⁰³ TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1124-1131.

Assim, o estudo das heurísticas é fundamental para a compreensão dos comportamentos econômicos e para o desenvolvimento de modelos mais realistas e precisos. A economia comportamental reconhece a importância das heurísticas na tomada de decisões e tem como objetivo compreender melhor como os indivíduos as utilizam e como elas afetam os resultados econômicos.

As pessoas geralmente se baseiam em um número limitado de princípios heurísticos que simplificam tarefas complexas de avaliar probabilidades e prever valores em operações mais simples de julgamento. Esses métodos criados no dia a dia visam, muitas vezes inconscientemente, facilitar ações e melhorar seus resultados³⁰⁴.

Essas heurísticas podem ser consideradas como regras de bolso, ou seja, soluções simples e práticas para problemas complexos, que permitem que os indivíduos economizem tempo e esforço cognitivo. Exemplos de heurísticas comuns incluem a representatividade (a tendência de julgar a probabilidade de um evento com base em sua semelhança com um protótipo), disponibilidade (a tendência de julgar a probabilidade de um evento com base na facilidade com que exemplos vêm à mente) e ancoragem (a tendência de depender de um valor inicial, ou âncora, ao tomar uma decisão)³⁰⁵.

Logo, pode-se afirmar que heurísticas são atalhos mentais que simplificam o processo de tomada de decisão. Elas são estratégias que nosso cérebro utiliza para reduzir a carga cognitiva envolvida em tomar decisões, permitindo que as pessoas tomem decisões mais rapidamente e com menos esforço. As heurísticas podem ser úteis em muitas situações, mas também podem levar a erros de julgamento.

Por outro lado, vieses são desvios sistemáticos no processo de tomada de decisão que podem levar a decisões incorretas ou distorcidas. Eles surgem a partir de fatores cognitivos, emocionais e sociais que afetam o modo como as informações são processadas e interpretadas. Os vieses podem levar as pessoas a subestimar ou superestimar a probabilidade de um evento ocorrer, ou a dar mais peso a informações que confirmam suas crenças pré-existentes.

Assim, enquanto as heurísticas são estratégias mentais que simplificam a tomada de decisão, os vieses são desvios no processo de tomada de decisão que

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 1124.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 1124-1128.

podem levar a erros de julgamento. As heurísticas podem ser úteis em muitas situações, enquanto os vieses são, em geral, considerados indesejáveis e podem ser prejudiciais para a tomada de decisão.

Ao compreender e estudar essas heurísticas, a economia comportamental oferece considerações sobre como os indivíduos tomam decisões em situações complexas e como isso afeta os resultados econômicos. A compreensão desses processos pode ajudar a melhorar a efetividade das políticas públicas e da prestação jurisdicional, tornando as decisões mais informadas e precisas. Por esse motivo também se destaca a sua relevância para o presente tema de pesquisa.

De acordo com Kahneman e Tversky, a tomada de decisões é fortemente influenciada pela maneira como o problema é apresentado, bem como pelas normas, hábitos e características pessoais do indivíduo que toma a decisão. Esses fatores podem gerar vieses que levam a uma tomada de decisão não racional e, conseqüentemente, a escolhas equivocadas do ponto de vista lógico. Para se chegar a uma decisão racional, que maximize os resultados possíveis, é necessário considerar uma grande quantidade de informações e relacioná-las de forma sistemática, utilizando a racionalidade humana, que possui limitações. Por isso, é comum o uso de atalhos mentais, chamados heurísticas, para se chegar a decisões de qualidade, de forma mais prática e com melhor relação custo-benefício³⁰⁶.

Dessa forma, as heurísticas processam informações de maneira eficiente, utilizando recursos mentais mínimos para tomar decisões adaptativas em ambientes reais, resultando em decisões corretas na maioria das vezes. No entanto, em certas situações, o uso de heurísticas pode levar a armadilhas, como aceitar uma afirmação como verdadeira simplesmente por ser mais fácil de compreender. Isso pode levar a decisões equivocadas, com o indivíduo convicto de que sua interpretação está correta³⁰⁷.

Como afirmado, vieses são desvios sistemáticos do raciocínio ou julgamento humano que podem levar a conclusões incorretas ou tendenciosas. Eles ocorrem quando o processo cognitivo é afetado por fatores externos ou internos, como emoções, crenças, estereótipos, informações limitadas, entre outros.

³⁰⁶ TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 472-491, 2018, p. 476.

³⁰⁷ TABAK; AMARAL, 2018, p. 476.

Existem diversas classificações para os vieses cognitivos, mas uma das mais conhecidas é a proposta pelo psicólogo Daniel Kahneman em seu livro "Thinking, Fast and Slow". Nessa classificação, ele divide os vieses em dois sistemas de pensamento:

Sistema 1: é o pensamento rápido, automático, intuitivo e baseado em heurísticas (atalhos mentais) que permite ao indivíduo processar informações de forma eficiente e tomar decisões rápidas. Entretanto, esse sistema também é propenso a erros e vieses cognitivos, como o viés de confirmação, a aversão à perda e o efeito halo³⁰⁸.

Sistema 2: é o pensamento lento, deliberativo e racional que demanda mais esforço e atenção consciente. Esse sistema é capaz de corrigir os erros e vieses do Sistema 1, mas é mais suscetível a distrações e fadiga mental. Alguns exemplos de vieses associados ao Sistema 2 são o viés de ancoragem, o efeito de retrovisor e o viés da disponibilidade³⁰⁹.

A partir desses dois sistemas, Thaler & Sunstein³¹⁰ identificam diversos vieses específicos que influem na decisão, a saber: a) ancoragem; b) disponibilidade; c) representatividade; d) otimismo e excesso de confiança; e) ganhos e perdas; f) O status quo do preconceito; g) enquadramento.

O efeito da ancoragem, ou ancoragem-ajuste, pode ocorrer quando indivíduos fazem estimativas com base em informações ou características recebidas durante o processo de tomada de decisão, seja por meio de arquitetos de escolha ou por lembranças próprias. Isso pode ocorrer porque o cérebro muitas vezes procura um valor-base ou um ponto de partida para avaliar situações e fazer escolhas³¹¹.

Um problema associado a esse efeito é que diferentes valores iniciais podem levar a diferentes estimativas para a decisão em questão. Isso ocorre porque o ajuste necessário para chegar ao resultado final pode ser insuficiente. Assim, dependendo

³⁰⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2012, p. 29.

³⁰⁹ Outras classificações de vieses cognitivos existentes incluem, por exemplo, vieses de memória, vieses de atribuição, vieses de confiança, vieses de ego, entre outros – como indicado por Kahneman. KAHNEMAN, 2012.

³¹⁰ THALER; SUNSTEIN, 2018.

³¹¹ KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (Ed.). **Judgment under uncertainty: Heuristics and biases**. Cambridge university press, 1982.

do valor inicial utilizado, o resultado final pode ser enviesado para um lado ou para o outro³¹².

O estudo de Wansink, Kent e Hoch³¹³ examinou o impacto da ancoragem no comportamento do consumidor em uma rede de supermercados. Eles ofereceram latas de sopa de feijão com desconto de 12% e três limites diferentes de compra: 4 unidades, 12 unidades e sem limite. Descobriu-se que os consumidores compraram mais unidades do produto quando havia um limite de compra maior, apesar de a opção sem limites ser aparentemente mais vantajosa para eles. Até mesmo um limite baixo de 4 unidades levou a um aumento no número de unidades vendidas, sugerindo que o efeito de ancoragem pode funcionar em situações desfavoráveis.

O viés de ancoragem ocorre quando uma pessoa é exposta a uma informação ou experiência antes de tomar uma decisão, e essa informação ou experiência serve como base (ou âncora) para seu raciocínio ao considerar estimativas e tomar decisões. Esse viés existe devido à forte tendência da mente humana em fazer associações. Um exemplo disso pode ser visto em uma simples promoção em uma vitrine, onde um preço artificialmente elevado serve como âncora para fazer com que um preço mais alto pareça razoável. Esse mesmo efeito é amplamente utilizado em barracas de pipoca nos cinemas, onde o preço artificialmente alto de um pacote pequeno faz com que o preço do pacote grande pareça mais razoável em comparação³¹⁴.

O viés da ancoragem ocorre porque as pessoas geralmente tomam decisões com base em um valor de referência inicial e, em seguida, fazem ajustes mentais para chegar a um resultado final satisfatório. No entanto, esse ajuste pode não ser suficiente, e o ponto de partida ou o elemento de comparação sugerido pelo problema pode influenciar profundamente a escolha. Além disso, a decisão pode ser influenciada pela computação incompleta da estimativa³¹⁵.

Um exemplo do efeito da ancoragem é dado por Tversky e Kahneman³¹⁶, que realizaram um experimento simples com estudantes colegiais. Eles pediram que os alunos estimassem, em cinco segundos, o resultado de 8! (oito fatorial). A forma

³¹² THALER; SUNSTEIN, 2009.

³¹³ WANSINK, B.; KENT, R. J.; HOCH, S. J. "An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions." **Journal Of Marketing Research**, [s.l.], v. 35, n. 1, p.71-81, fev. 1998.

³¹⁴ TABAK; AMARAL, 2018, p. 478.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 478.

³¹⁶ TVERSKY; KANEMAN, 1974.

como o problema foi apresentado foi diferente para cada grupo. Para o primeiro grupo, o problema foi apresentado de forma descendente, pedindo que os alunos calculassem o valor de $8 \times 7 \times 6 \times 5 \times 4 \times 3 \times 2 \times 1$. Para o segundo grupo, o problema foi apresentado de forma ascendente, solicitando que os alunos estimassem o valor de $1 \times 2 \times 3 \times 4 \times 5 \times 6 \times 7 \times 8$. Sabendo que o resultado correto é 40.320, é interessante notar que a média das estimativas do primeiro grupo foi de 2.250, enquanto a do segundo grupo foi de 512. Isso mostra que o ponto de partida foi determinante na resposta dada, e que a resposta obtida a partir de um ponto mais próximo do correto reduziu o erro da resposta.

O viés da ancoragem é um fator que pode ter importantes implicações para o regulador ao lidar com agentes regulados. Tabak & Amaral³¹⁷ exemplificam que ao compreender os vieses decisórios de indivíduos que cometem crimes, é possível moldar políticas de contraterrorismo. Ainda, os autores também trazem como exemplo que ao identificar âncoras usadas na atuação governamental no combate ao crime, torna-se possível entender as decisões tomadas pelos agentes policiais quando há suspeita substancial de que um cidadão seja um criminoso em potencial ou quando há elevado risco de ocorrer um ataque terrorista.

Ainda os autores também indicam que as políticas públicas que tratam do racismo no Brasil também devem se preocupar com o viés da ancoragem. O raciocínio do empregador que pretere um indivíduo afrodescendente mais qualificado em favor de um indivíduo de pele clara menos capaz pode ser baseado em uma âncora racial, segundo eles. Nesse caso, o critério irrelevante aplicado acaba sobrepujando as qualidades exigidas pelo cargo. Assim, para os autores, a política de combate ao racismo deve investigar mecanismos para eliminar tais âncoras na escolha dos empregadores, o que pode ser feito por meio de adaptações na arquitetura da decisão desses indivíduos³¹⁸.

O efeito da disponibilidade, por sua vez, de acordo com Tversky e Kahneman³¹⁹, ocorre quando os indivíduos fazem julgamentos baseados em suas inferências sobre a probabilidade de eventos acontecerem. O viés pode ocorrer porque as estimativas dessas probabilidades são muitas vezes baseadas em experiências passadas, o que pode levar a uma diferença em relação ao valor real. A

³¹⁷ TABAK; AMARAL, 2018, p. 479.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 221.

variabilidade desses resultados é influenciada pela facilidade de trazer informações à memória que estão associadas à decisão. Por exemplo, ao ser questionado sobre a probabilidade de um vulcão entrar em erupção, um indivíduo pode se lembrar de outros vulcões que entraram em erupção recentemente e isso pode afetar suas estimativas³²⁰.

De acordo com Schwarz e Vaughn³²¹, além da dificuldade em recuperar informações relevantes para a tomada de decisão, como sugerido por Tversky e Kahneman³²², o conteúdo que é lembrado também afeta a conclusão do indivíduo. O que vem à mente no momento da escolha pode levar a resultados diferentes, dependendo das memórias lembradas. Taylor³²³ confirma que o importante é o que vem à mente no momento da decisão. Para compreender melhor o viés de disponibilidade, é necessário entender não apenas as informações lembradas e por que são lembradas, mas também como funciona o processo de associação entre as memórias e a tomada de decisão.

Esse viés é caracterizado pela reação exagerada ou falta de ação diante de situações de risco ou incerteza. O comportamento do indivíduo pode ser influenciado pela familiaridade com a situação e pelo crédito que pode ser obtido ao reagir ao risco apresentado. Um exemplo dado por Tabak & Amaral³²⁴ é a reação dos goleiros em cobranças de pênaltis, que tendem a escolher um canto e pular, mesmo sabendo que essa estratégia reduz sua probabilidade de acerto. Essa reação exagerada pode estar relacionada à expectativa do público sobre o desempenho do goleiro e ao crédito que pode ser obtido em caso de sucesso.

Os autores também indicam que esse viés também pode afetar a formulação de políticas públicas, levando os formuladores a tomar ações irracionais ou atrapalhadas com o objetivo de obter crédito por demonstrar alguma reação³²⁵.

³²⁰ JUNIOR, Manoel Lopes. **Nudge**: teoria e prática. Dissertação (Mestrado em Economia) - Programa de Pós-graduação em Economia, Departamento de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 100, 2020, p. 22-23.

³²¹ SCHWARZ, N.; VAUGHN, L. A. "The Availability Heuristic Revisited: Ease of Recall and Content of Recall as Distinct Sources of Information". In: GILOVICH, T.; GRIFFIN, D.; KAHNEMAN, D. (Ed.). **Heuristics and Biases**: The Psychology of Intuitive Judgement. New York: Cambridge University Press, 2002. Cap. 5. p. 103-119, p. 109.

³²² TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 222.

³²³ TAYLOR, S. E. The availability bias in social perception and interaction. In: KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P.; TVERSKY, A. **Judgement under uncertainty**: Heuristics and Biases. New York: Cambridge University Press, 1982. Cap. 13. p. 190-200, p. 193.

³²⁴ TABAK; AMARAL, 2018, p. 482.

³²⁵ *Ibidem*, p. 482.

O viés da representatividade é uma forma de tomada de decisão em que os indivíduos avaliam se um item, evento ou indivíduo pertence a uma determinada categoria. Quando não possuem informações completas ou suficientes para a avaliação, as pessoas tendem a recorrer a estereótipos previamente estabelecidos para julgar a similaridade entre o item e a categoria em questão. No entanto, esse viés pode levar a avaliações imprecisas e simplistas, já que a similaridade não é necessariamente uma medida precisa de adequação ou pertinência³²⁶.

Segundo Junior³²⁷, o viés da representatividade, baseada em estereótipos, pode produzir resultados satisfatórios, mas também pode levar a erros de julgamento, como no caso dos clusters de câncer. Os clusters são surtos de câncer em determinada região, em que são detectados vários indivíduos portadores desse mal em um período de tempo. As pessoas tendem a buscar uma causa para a ocorrência desses surtos, mas muitas vezes não há uma relação causal e a aleatoriedade pode levar a concentrações temporárias de casos em um determinado local.

O viés do excesso de confiança é um viés cognitivo em que as pessoas tendem a superestimar a precisão de suas previsões, crenças e habilidades, mesmo quando as evidências sugerem o contrário. Isso ocorre porque as pessoas muitas vezes confiam demais em sua própria intuição e julgamento, e subestimam a influência de fatores externos e imprevisíveis em suas ações e decisões³²⁸.

O viés da confiança pode ser visto em diversas situações, como em investimentos financeiros, avaliação de riscos, tomada de decisões empresariais, julgamentos médicos e legais, entre outros. Quando as pessoas superestimam sua capacidade de prever ou controlar o resultado de uma situação, elas podem correr riscos desnecessários e tomar decisões ruins³²⁹.

Segundo Tabak & Amaral³³⁰, esse viés ocorre quando uma pessoa superestima suas habilidades e capacidades, e erroneamente acredita que entende fenômenos complexos em profundidade. Os autores exemplificam utilizando a metáfora de alguém que vê apenas a ponta do iceberg e acredita que pode descrever com precisão seu tamanho e formato, um fenômeno conhecido como ilusão de "profundidade explicatória".

³²⁶ THALER; SUNSTEIN, 2018, P.47-53.

³²⁷ JUNIOR, 2020, p. 26.

³²⁸ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 53.

³²⁹ *Ibidem*, p. 54.

³³⁰ TABAK; AMARAL, 2018, p.482.

O excesso de confiança está intimamente ligado ao viés do otimismo, onde uma pessoa superestima a probabilidade de obter um bom resultado³³¹. Para os formuladores de políticas públicas, em conformidade com Tabak & Amaral³³², esse viés pode levar a uma superestimação do sucesso de uma iniciativa regulatória, fazendo com que o Estado acredite que está melhorando o ambiente regulatório com uma medida que não trará benefícios para a sociedade ou que possivelmente dificultará os negócios de seus agentes.

Por outro lado, o viés dos ganhos e perdas é um fenômeno cognitivo que afeta a tomada de decisão de indivíduos em situações que envolvem riscos e incertezas. De acordo com esse viés, as pessoas tendem a valorizar mais as perdas do que os ganhos, o que pode levar a escolhas subótimas.

Esse viés foi identificado por Kahneman e Tversky em um estudo de 1979, que mostrou que as pessoas tendem a dar mais importância às perdas do que aos ganhos em situações de risco. Esse fenômeno ficou conhecido como "efeito de aversão à perda" e é explicado pela teoria prospectiva, que sugere que as pessoas avaliam as opções disponíveis com base em ganhos e perdas potenciais em relação a um ponto de referência, geralmente o status quo³³³.

O viés dos ganhos e perdas pode ter implicações importantes em diversas áreas, como finanças, saúde e política pública. Por exemplo, investidores podem ser mais propensos a vender ações que estão perdendo valor para evitar uma maior perda, mesmo que isso não seja a melhor decisão do ponto de vista financeiro³³⁴. Da mesma forma, políticas públicas que enfatizam os custos de uma determinada decisão, em vez dos benefícios, podem levar a escolhas subótimas.

Ainda, viés do status quo é um fenômeno psicológico que se refere à tendência das pessoas em preferir a manutenção do estado atual em relação a mudanças. É um tipo de viés cognitivo que pode levar as pessoas a manterem comportamentos, atitudes ou escolhas apenas por serem as que já estão em vigor. Esse viés é influenciado por fatores como inércia, medo do desconhecido, conservadorismo e conforto com a rotina³³⁵.

³³¹ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 53.

³³² TABAK; AMARAL, 2018, p. 482.

³³³ KAHNEMAN; TVERSKY, 1979, p. 389.

³³⁴ *Ibidem*, p.398.

³³⁵ THALER; SUNSTEIN, 2018, p. 57-59.

Segundo Tabak & Amaral³³⁶, esse viés de status quo pode levar a escolhas irracionais que não maximizam a utilidade esperada. Em situações em que o indivíduo não tem familiaridade com o assunto ou está confuso, há uma grande probabilidade de escolher a opção padrão (default) para evitar riscos ou medo de escolher uma opção que traga piores resultados.

Thaler e Sunstein³³⁷ afirmam que a opção padrão parece ter um senso de legitimidade e é mais fácil escolhê-la do que mudar o status quo. Samuelson e Zeckhauser³³⁸ identificaram esse viés em presença de decisões racionais, percepção cognitiva equivocada e comprometimento psicológico. O efeito dotação é um dos vieses que tende a manter as pessoas no status quo, uma vez que elas tendem a valorizar mais o que já possuem do que o que podem adquirir. Segundo Tabak & Amaral³³⁹, em políticas públicas, o status quo pode gerar inércia regulatória. O comprometimento psicológico está relacionado aos custos afundados e à relutância em abandonar um empreendimento, mesmo quando continuar a investir nele traz benefícios marginais inferiores à alternativa de descontinuí-lo.

Os autores exemplificam citando a suposta consideração que Truman teria feito ao final da Segunda Guerra Mundial, após gastar bilhões de dólares no projeto Manhattan para o desenvolvimento das bombas atômicas. A decisão de não as utilizar significaria assumir o prejuízo financeiro de todo o investimento já realizado. Ignorando questões de estratégia de guerra, Truman teria decidido usar as bombas devido ao comprometimento psicológico, ou seja, a preocupação com o montante já investido no projeto³⁴⁰.

Por fim, o viés do enquadramento é um fenômeno psicológico que se refere à tendência das pessoas em tomar decisões com base na forma como as informações são apresentadas, em vez de avaliar objetivamente a informação em si. Em outras palavras, a maneira como um problema é apresentado ou "enquadrado" pode influenciar a maneira como as pessoas pensam sobre ele e, portanto, como tomam suas decisões³⁴¹.

³³⁶ TABAK; AMARAL, 2018, p. 483.

³³⁷ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. "Libertarian paternalism." **The American Economic Review**, v. 93, n. 2, 2003, p. 175-179.

³³⁸ SAMUELSON, W.; ZECHHAUSER, R. J. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk & Uncertainty**, n. 1, p. 7-59, 1988.

³³⁹ TABAK; AMARAL, 2018, p. 483.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 483.

³⁴¹ THALER; SUNSTEIN, 2018.

Tabak & Amaral³⁴² afirmam que ao tomar uma decisão que exige algum nível de raciocínio, o indivíduo parte de alguma lembrança, experiência ou situação possível e, por meio de uma caixa de ferramentas adaptativas, realiza ajustes mentais em seu ponto de partida até chegar à alternativa que apresenta maior valor. No entanto, prosseguem os autores, como esses ajustes são imprecisos, se a forma como o problema é apresentado for alterada, o indivíduo pode ser levado a um ponto de partida diferente e, conseqüentemente, a um resultado distinto. Essa é a explicação dos autores para o enquadramento.

A maneira como a informação é apresentada ou enquadrada pode influenciar as escolhas dos indivíduos. Para exemplificar esse viés, os autores usam de uma situação da medicina, pontuam que um maior número de pacientes tende a aceitar uma cirurgia se lhes for dito que, após 5 anos, 90% das pessoas que passam pelo procedimento estão vivas, em vez de serem informados que 10% morrem após o mesmo período de tempo.

Prosseguindo o exemplo, os Tabak & Amaral³⁴³ afirmam que, entre duas possibilidades de tratamento, sendo que o Tratamento 1 seria a opção mais segura, enquanto o Tratamento 2 seria a mais arriscada, foi observado que mais de 60% dos entrevistados escolheram a opção arriscada sob o enquadramento de perdas, enquanto pouco mais de 20% a escolheram sob o de ganhos. Na opinião dos autores, considerando que o resultado deveria ser igual em ambas as formas se não houvesse interferência cognitiva, o viés decisório foi fortemente evidenciado.

Existem ainda outros vieses que foram identificados por outros autores, mas explica-los não auxiliaria no desenvolvimento da tese³⁴⁴. Ainda, apesar dessa diversidade de considerações teóricas, o recorte estabelecido se pauta

³⁴² TABAK; AMARAL, 2018, p. 479.

³⁴³ *Ibidem*, p. 480.

³⁴⁴ Sobre esses outros vieses existem pesquisas esparsas em diversas áreas, especialmente a psicologia comportamental e a economia de finanças. Exemplificativamente aponta-se o viés da confirmação, quando um indivíduo dá mais peso a suas crenças, ideias, interpretações ou experiências prévias do que a novas evidências apresentadas. Outro exemplo seria o viés do desconto hiperbólico, que consiste na taxa utilizada para comprar benefícios intertemporais, de modo que quanto maior a taxa, mais impaciente e valorizador do presente é o indivíduo ou a sociedade. Também há o viés da retrospectiva, caracterizado pela tendência de indivíduos concederem grande peso a eventos e avaliações passadas ao tomarem decisões no presente. Isso pode levar a uma superestimação da probabilidade de um evento ocorrer novamente, simplesmente porque já aconteceu antes. Por fim, indica-se o viés da ação, caracterizado pela reação exagerada ou falta de ação diante de situações de risco ou incerteza. O comportamento do indivíduo pode ser influenciado pela familiaridade com a situação e pelo crédito que pode ser obtido ao reagir ao risco apresentado.

especificamente pela teoria elaborada por Thaler & Sunstein, portanto não caberia a este texto analisar os demais vieses comportamentais.

Ao final do capítulo indica-se de que maneira esses vieses podem ser utilizados nos casos de embriaguez de trânsito. É necessário, antes disso, em conformidade com o recorte da presente tese, identificar os mecanismos do processo penal que são manejados a partir do momento do cometimento do fato típico e que podem operar como *nudges* ou com o uso de *nudges*. E, mesmo antes dessa identificação, é preciso estabelecer o funcionamento dos *nudges*, por isso, após delinear o funcionamento comum do comportamento humano a partir de vieses e heurísticas, questiona-se como pode ser possível alterar esse comportamento e quem é responsável por essa alteração.

3.1.2 Arquitetura da Escolha

A pessoa responsável por projetar um ambiente de escolhas de modo a influenciar as decisões dos indivíduos é chamada pela economia comportamental de arquiteto de escolhas. É uma figura presente em diversos contextos, como empresas, governos e organizações sem fins lucrativos, e tem como objetivo tornar as escolhas mais fáceis, transparentes e coerentes com os objetivos do arquiteto e dos indivíduos.

Um arquiteto de escolhas pode utilizar diversas técnicas comportamentais para influenciar as decisões dos indivíduos, como a apresentação de informações de forma mais clara e simples, o uso de incentivos e recompensas, o design de interfaces e processos que facilitem a tomada de decisão, entre outras. O objetivo é ajudar os indivíduos a fazerem escolhas mais conscientes e informadas, que estejam alinhadas com seus interesses e objetivos.

O conceito de arquiteto de escolhas é importante na economia comportamental porque reconhece que as decisões humanas são influenciadas pelo ambiente em que são tomadas, e que pequenas mudanças na apresentação das opções podem ter um grande impacto na escolha final. Dessa forma, os arquitetos de escolhas têm a responsabilidade de projetar ambientes de escolhas que sejam éticos, transparentes e coerentes com as preferências e necessidades dos indivíduos.

Thaler e Sunstein³⁴⁵ contam a história de Carolyn, uma nutricionista que gerenciava o serviço de alimentação das escolas de uma grande cidade e percebeu como a disposição dos alimentos no refeitório influenciava as escolhas dos alunos na hora da refeição. Sem alterar o cardápio, Carolyn mudou apenas a posição dos alimentos nos refeitórios, colocando sobremesas e batatas fritas fora da linha de visão dos alunos. Esse simples nudge levou a uma redução no consumo de alimentos calóricos e um aumento no consumo de alimentos mais saudáveis. Outro exemplo recente, citando por Andrade, Pereira e Goes³⁴⁶, de uso de *nudges*, foi na Suécia, onde a Volkswagen instalou escadas que reproduziam a aparência e o som de um piano em uma estação de metrô de Estocolmo. Isso resultou em um aumento de quase 70% no número de pessoas que usavam as escadas em vez do elevador, incentivando um comportamento mais saudável no dia a dia.

Assim, por meio desses exemplos citados, nota-se que os arquitetos de escolhas têm o papel de projetar o ambiente e direcionar o processo de tomada de decisão, a fim de influenciar os indivíduos a escolherem opções mais adequadas em suas vidas. Como resultado, os arquitetos de escolhas buscam tornar as escolhas mais fáceis, transparentes e coerentes com os objetivos tanto dos indivíduos quanto dos próprios arquitetos, em diversos contextos, como empresas, governos e organizações sem fins lucrativos.

Thaler e Sunstein³⁴⁷ afirmam que uma arquitetura de escolhas efetiva deve ir além de um ponto de partida embasado em escolhas-padrão e atender à demanda de se alcançar o bem-estar. Desse modo, o desenvolvimento da ideia de *nudges* teve como objetivo ajudar as pessoas a tomar melhores decisões. No entanto, nem sempre essa intenção é colocada em prática.

De acordo com Junior³⁴⁸, a arquitetura de escolha inclui todos os elementos que podem influenciar uma pessoa a tomar uma decisão, desde a disposição dos produtos em uma prateleira até a ordem das fotos em um anúncio. As pessoas podem atuar como arquitetos de escolha sem perceber, apresentando opções de forma a influenciar a decisão dos outros. Esses arquitetos podem ter diferentes intenções,

³⁴⁵ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 13-17.

³⁴⁶ ANDRADE, Agenor Cassio Nascimento Correia de; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa; GÓES, Gisele dos Santos Fernandes. "A utilização dos nudges nas sessões de mediação como instrumento da política nacional de tratamento adequado dos conflitos". **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022, pp. 01-27, p. 7.

³⁴⁷ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 136.

³⁴⁸ JUNIOR, 2020, p. 19-20.

como maximizar lucros ou ser neutros, mas apresentar as opções de forma a permitir que os indivíduos tomem decisões sem interferência seria o ideal, o que é difícil de implementar devido às diferentes preferências de cada pessoa.

Compreendendo que as pessoas não são sempre totalmente racionais, Tabak & Amaral³⁴⁹, afirmam que tanto os reguladores quanto os regulados possuem limitações de racionalidade e há ferramentas que podem induzir indivíduos a comportamentos mais benéficos à sociedade, sem coerção, é importante entender como os formuladores de políticas públicas podem intervir na arquitetura das decisões para aprimorar a efetividade das políticas implementadas.

De acordo com Kahneman & Tversky³⁵⁰, uma das formas mais poderosas de influenciar a arquitetura da decisão é através do desenho da opção padrão (*default*), que pode ser moldada para todos os tipos de escolhas. A inércia pode levar a resultados surpreendentes ao moldar a escolha com a opção de rejeitar/sair (*opt-out*) ou com a opção de aderir (*opt-in*). As pessoas tendem a ter maior aversão ao risco em caso de perdas do que em casos de ganhos, o que faz da opção padrão a referência à avaliação de perdas e ganhos. Assim, a necessidade de mudar a escolha padrão em busca de ganhos encontrará maior resistência do que a decisão de permanecer na opção padrão com algum risco de perdas.

Ao projetar uma arquitetura de decisão, é importante considerar mecanismos que diminuam o possível erro humano, que forneçam feedback das ações aos agentes para que possam prevenir ou corrigir seus erros ou que os auxiliem a mapear as possibilidades ou categorizá-las numericamente para que possam comparar características e valores, conforme afirma Sunstein³⁵¹. Por isso, o autor indica que os incentivos percebidos pelos agentes também são cruciais na modelagem decisória, mesmo quando os incentivos não são constantemente reforçados na mente que tomará a decisão.

Sobre isso, Tabak & Amaral³⁵² explicam que o uso de *nudges* nas regras padrão pode afetar a arquitetura decisória de diversas maneiras, inclusive de forma ineficiente ou equivocada. Se o contexto decisório for mal projetado, o *nudge* pode apresentar efeitos insignificantes, reações inversas ao esperado ou até ameaçar o

³⁴⁹ TABAK; AMARAL, 2018, p. 486.

³⁵⁰ KAHNEMAN; TVERSKY, 1979, p. 269.

³⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. Nudges that fail. **Behavioural Public Policy**, v. 1, n. 1, p. 4-25, 2017, p. 26.

³⁵² TABAK; AMARAL, 2018, p. 486.

alcance de outras metas pretendidas, mesmo que as pessoas tenham liberdade de escolha.

De fato, um *nudge* pode não ter o efeito desejado por vários motivos. Por exemplo, a informação pode ser confusa ou difícil de entender, ou o efeito do *nudge* pode ser apenas temporário. Além disso, o arquiteto da decisão pode não entender as motivações reais dos agentes, ou os incentivos podem produzir efeitos adversos ou comportamento compensatório³⁵³. (TABAK & AMARAL, 2018, p. 487)

Outro motivo pelo qual um *nudge* pode falhar é que as pessoas podem ter uma forte preferência por uma opção diferente daquela que é a padrão (*default*). Isso pode ser baseado em normas sociais, restrições ou uma avaliação de maior impacto financeiro em seu bem-estar. Nesse caso, a preferência distinta da opção proposta pelo *nudge* se torna a referência para medir o potencial de perdas.

Dessa maneira, pode-se afirmar que na perspectiva da economia comportamental, o arquiteto de escolhas é aquele que estrutura o ambiente de maneira a influenciar as decisões dos indivíduos de forma não-coercitiva, por meio da manipulação de aspectos do contexto em que as escolhas são feitas. No processo penal, pode-se identificar diversas figuras que desempenham o papel de arquiteto de escolhas, dentre as quais destacam-se o juiz, o advogado, o promotor de justiça e o júri.

Como responsável pela condução do processo, o juiz tem poder para definir o fluxo procedimental e o ambiente em que as partes irão tomar suas decisões, como a estruturação da audiência e a definição dos prazos processuais.

Por meio da escolha da estratégia processual e da condução do interrogatório das testemunhas, o advogado pode influenciar as decisões tomadas pelas partes, bem como a percepção que o juiz e o júri terão dos fatos apresentados no processo.

Ao decidir quais acusações serão formalizadas e quais fatos serão apresentados no processo, o promotor de justiça pode influenciar as escolhas dos jurados e do juiz.

Ao decidir sobre a culpabilidade do acusado, o júri é influenciado por diversos aspectos do ambiente em que a decisão é tomada, como a apresentação das provas, as instruções do juiz e a opinião dos outros jurados.

³⁵³ *Ibidem*, p. 487.

Assim, pode-se dizer que diversas figuras no processo penal podem desempenhar o papel de arquiteto de escolhas, e que o ambiente em que as decisões são tomadas pode influenciar significativamente o resultado do processo. Como a tese versa especificamente sobre o uso de *nudges* no lapso temporal fixado a partir do cometimento do fato típico até o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, os atores processuais que podem desempenhar o papel de arquiteto de escolhas, nos casos de embriaguez ao volante, restringem-se aos juízes, promotores de justiça e advogados.

3.1.3 O paternalismo libertário

O paternalismo libertário é uma teoria ética que tenta reconciliar o respeito à liberdade individual com a ideia de que, em certos casos, é justificável que outras pessoas ou instituições restrinjam a liberdade das pessoas em seu próprio interesse. Em outras palavras, o paternalismo libertário acredita que é aceitável interferir na liberdade individual de uma pessoa para evitar que ela prejudique a si mesma ou aos outros, desde que a interferência seja mínima e restrita ao objetivo de proteger a liberdade da pessoa.

Os principais autores do paternalismo libertário incluem o filósofo americano Richard Thaler e o jurista Cass Sunstein, que co-escreveram o livro "Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness"³⁵⁴ em 2008. Neste livro, os autores argumentam que, em vez de impor regras ou proibições, é possível "dar um empurrãozinho" nas pessoas na direção de escolhas mais saudáveis ou mais responsáveis por meio de pequenas intervenções comportamentais. Eles argumentam que isso pode ser feito sem violar a liberdade individual, desde que as pessoas ainda tenham a opção de escolher de forma diferente.

Outro autor influente no campo do paternalismo libertário é o filósofo americano Gerald Dworkin, que desenvolveu uma teoria do paternalismo em seu livro "Paternalism" de 1982. Dworkin argumenta que o paternalismo é justificável apenas em certos casos, como quando a pessoa é incapaz de tomar uma decisão informada ou quando a decisão pode ter efeitos negativos significativos a longo prazo. No entanto, ele enfatiza que qualquer interferência na liberdade individual deve ser a

³⁵⁴ THALER; SUNSTEIN, 2018.

menor possível e que deve haver medidas para garantir que as pessoas ainda tenham alguma escolha.

Outros autores que discutem o paternalismo libertário incluem o economista americano Milton Friedman, que defendeu a ideia de que o governo deve ter um papel mínimo na economia, mas que ainda pode ter um papel limitado no estabelecimento de padrões de segurança e proteção do consumidor. O filósofo britânico John Stuart Mill também é frequentemente citado como um precursor do paternalismo libertário, já que ele argumentava que o governo deve intervir apenas quando as pessoas estão em risco de prejudicar a si mesmas ou aos outros, e que a interferência deve ser mínima e limitada a garantir a liberdade individual.

Essa perspectiva procura abordar e resolver alguns dos problemas decorrentes das limitações dos agentes, como a racionalidade limitada, de uma maneira que não seja coercitiva, respeitando sempre as escolhas individuais e preservando a abordagem libertária defendida pelos seus proponentes. O paternalismo libertário proposto por Thaler e Sunstein tenta se diferenciar da ideia comum de paternalismo, acrescentando o termo "libertário", argumentando que a responsabilidade pelos atos ainda cabe ao indivíduo³⁵⁵.

De acordo com Thaler e Sunstein³⁵⁶, a aversão ao termo paternalismo por parte dos economistas é resultado da crença equivocada de que muitos economistas são libertários e, portanto, cometem erros de suposição. A primeira suposição incorreta é a ideia de que existem alternativas ao paternalismo, quando na verdade o paternalismo é inevitável.

A segunda suposição que os autores consideram equivocada é a ideia de que "o paternalismo sempre envolve coerção"³⁵⁷. A prática do padrão (*default*), que é considerada uma forma de paternalismo, não é coercitiva, já que o padrão pode ser uma das opções disponíveis para os agentes, mas não exclui outras escolhas. Ele simplesmente é apresentado como uma opção menos custosa ou mais fácil de seguir.

Ao aceitar a inevitabilidade da prática do padrão (*default*), surgem os chamados "planejadores" que, como os autores posteriormente explicam, são

³⁵⁵ LEITE, João Henrique Balau. **Nudge**: Uma revisão teórica acerca do arquiteto de escolhas. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) - Curso de Graduação em Ciências Econômicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 27, 2019, p. 18-19.

³⁵⁶ THALER; SUNSTEIN, 2003, p. 175.

³⁵⁷ THALER; SUNSTEIN, 2018, p. 186.

arquitetos de escolha. Esses agentes são responsáveis por criar uma série de padrões que são comumente seguidos por diversas razões, mas o que interessa à economia comportamental é que esses padrões ajudam a reduzir os custos associados à capacidade de processamento de informação³⁵⁸.

Ao questionar os axiomas do agente racional, é necessário adotar uma nova perspectiva em relação a esses agentes. Se abandonarmos as suposições de racionalidade ilimitada e assumirmos um agente com racionalidade limitada e capacidade de processamento de informação igualmente limitada, surgirá uma situação em que esse agente usará outros recursos para tomar decisões.

Os autores narram uma situação imaginária, já mencionada anteriormente, envolvendo Carolyn, diretora dos serviços de restauração de agrupamento escolar de uma grande cidade que, dada a sua formação em nutrição, realizou experimento em escola para alteração da alimentação dos estudantes sem transformar o cardápio, somente mudando a ordem da disposição dos produtos. Utilizam desse experimento imaginário para introduzir a ideia de paternalismo libertário³⁵⁹.

Segundo Thaler e Sunstein³⁶⁰, a abordagem libertária nas estratégias defende a liberdade das pessoas em fazerem escolhas e recusarem opções indesejáveis. Ainda explicam que os defensores dessa abordagem são inspirados pelas palavras de Milton Friedman e buscam conceber políticas que permitam manter essa liberdade de escolha crescente. Os paternalistas libertários, segundo esses autores, acreditam que as instituições do setor privado e do governo têm o direito legítimo de influenciar o comportamento das pessoas para prolongar suas vidas e torná-las mais saudáveis e melhores. Eles desejam que as pessoas sigam seu próprio caminho, sem pressionar aqueles que desejam exercer sua liberdade. A política "paternalista" é adotada quando se tenta influenciar escolhas para facilitar a vida das pessoas que precisam escolher, sem impor restrições excessivas.

De acordo com Thaler e Sunstein³⁶¹, o paternalismo libertário é um tipo de intervenção em que os responsáveis pela arquitetura da escolha não impedem ou limitam as escolhas das pessoas, mas procuram orientá-las de forma consciente e não intrusiva para melhorar suas vidas. Esse tipo de intervenção é considerado

³⁵⁸ LEITE, 2019, p. 19.

³⁵⁹ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 13-17.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 18.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 19.

relativamente inofensivo, pois não sobrecarrega as pessoas nem as obriga a fazer escolhas contrárias às suas preferências.

Ao contrário do paternalismo tradicional, em que os governantes ou especialistas decidem o que é melhor para as pessoas, o paternalismo libertário respeita a autonomia individual e a capacidade das pessoas de tomar suas próprias decisões. No entanto, os paternalistas libertários reconhecem que as pessoas podem ser influenciadas por fatores externos, como a falta de informação, a preguiça ou a falta de autocontrole, e, portanto, podem não fazer as melhores escolhas para si mesmas.

Assim, os paternalistas libertários procuram ajudar as pessoas a fazer escolhas melhores, sem impor suas preferências pessoais ou interferir em suas liberdades individuais. Eles fazem isso por meio de intervenções suaves, como fornecer informações claras e relevantes, tornar as opções mais visíveis ou fáceis de acessar, ou oferecer incentivos para comportamentos mais saudáveis ou responsáveis.

Cabe salientar que a palavra “estímulo” significa, para Thaler & Sunstein³⁶², o aspecto da arquitetura da escolha que altera o comportamento de uma pessoa de forma previsível, sem proibir essa escolha e sem alterar significativamente seus incentivos econômicos. Para ser considerado um mero estímulo, essa intervenção deve ser fácil e também evitável. Os estímulos não são ordens. Colocar frutas à frente de alguém é considerado um estímulo, proibir alimentos de plástico, não.

Por outro lado, diferentes definições de paternalismo são apresentadas por Archard³⁶³ e Dworkin³⁶⁴, que apontam o paternalismo como a intervenção na escolha de uma pessoa por outra visando o seu bem-estar e a interferência na liberdade de ação de um indivíduo com o objetivo de melhorar seu bem-estar, riqueza, felicidade, interesses ou valores morais. Embora essas definições possam sugerir a presença de coerção ou coação, nem sempre isso ocorre.

Junior³⁶⁵, exemplifica com o seguinte cenário: um paciente membro de uma seita religiosa que não permite transfusões de sangue, Mr. N., se envolve em um acidente de carro e perde muito sangue. Embora inconsciente, o médico decide fazer

³⁶² *Ibidem*, p. 19.

³⁶³ ARCHARD, D. **Paternalism Defined**. Analysis. Oxford, p. 36-42. jan. 1990.

³⁶⁴ DWORKIN, G. “Paternalism: Some second thoughts”. In: SARTORIUS, R. (Ed.). **Paternalism**. Minneapolis: University Of Minnesota Press, 1983. p. 105-112.

³⁶⁵ JUNIOR, 2020, p. 27.

uma transfusão, indo contra as crenças do paciente. Segundo o autor, esse exemplo ilustra o comportamento paternalista, que ocorre quando alguém toma uma decisão por outra pessoa em nome do bem-estar dessa pessoa. No entanto, prossegue Junior³⁶⁶, há casos de paternalismo em que nenhuma regra moral é quebrada, como no caso de um marido que esconde as pílulas da esposa para prevenir um possível suicídio.

De acordo com Dworkin³⁶⁷, a definição de paternalismo deve levar em consideração a violação da autonomia do indivíduo. Isso significa que uma ação é considerada paternalista quando há uma interferência na tomada de decisão, seja impedindo o indivíduo de escolher ou interferindo em algum aspecto do processo decisório. Além disso, a intenção do executor da ação é um fator importante na determinação de se uma ação é paternalista ou não. O executor deve ter como objetivo principal melhorar as condições do indivíduo afetado pela medida.

É importante ressaltar que, embora um indivíduo possa agir em benefício próprio ao tomar uma ação paternalista, o foco principal deve ser o benefício da pessoa afetada pela medida. Como aponta Archard³⁶⁸, a intenção do executor deve ser ajudar a pessoa afetada a tomar uma decisão melhor para si mesma.

Assim, a definição proposta por Dworkin³⁶⁹ considera tanto a violação da autonomia quanto a intenção benevolente do executor como elementos centrais para determinar se uma ação é ou não paternalista. Essa definição ressalta a importância de respeitar a autonomia individual e garantir que as ações que interferem na liberdade de escolha sejam justificadas por benefícios claros e diretos para a pessoa afetada.

Por outro lado, o libertarismo, segundo Junior³⁷⁰, é uma filosofia política que valoriza a liberdade individual, o direito de propriedade e a não-agressão. O autor menciona que, de acordo com o manifesto libertário de Rothbard, o princípio fundamental dessa filosofia é o da não-agressão, que proíbe os indivíduos de ameaçarem ou usarem violência física contra outros, a menos que estes tenham tomado a iniciativa da agressão.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 28.

³⁶⁷ DWORKIN, 1983, p. 105-112.

³⁶⁸ ARCHARD, 1990, p. 36-42.

³⁶⁹ DWORKIN, 1983, p. 105-112.

³⁷⁰ JUNIOR, 2020, p. 30.

Segundo Mill³⁷¹, a liberdade individual é total, exceto quando a conduta prejudica outras pessoas. A coerção moral não é permitida, embora as pessoas possam tentar persuadir umas às outras com argumentos. Em suma, para o filósofo, cada indivíduo tem o direito de fazer o que quiser, desde que não prejudique os outros, incluindo liberdade de pensamento, trabalho, amor, associação e atividades consideradas moralmente inaceitáveis por outros.

Assim, de acordo com Rothbard³⁷², que é um libertário, o Estado opera como um grande oponente, uma vez que suas leis frequentemente impõem limitações nos direitos e liberdades individuais. A cobrança de impostos é vista como uma forma de tirar a propriedade de cada indivíduo, enquanto o alistamento militar é considerado uma forma de escravização, privando os jovens de sua liberdade. Guerras também são vistas como ilegítimas, pois tiram o direito à vida de muitos indivíduos. Todas essas ações são rejeitadas pelos libertários, que veem o Estado como uma ameaça à liberdade individual.

Ora, se essas são as definições de paternalismo e libertarianismo, então os dois parecem ser visões opostas de mundo. No primeiro, os indivíduos são a favor da liberdade de cada um tomar suas próprias decisões, enquanto no segundo busca-se corrigir comportamentos e decisões consideradas prejudiciais para os outros.

Embora as definições de paternalismo e libertarianismo pareçam opostas em relação à liberdade de escolha individual, essas filosofias foram unidas em um movimento que busca promover a liberdade individual e permitir intervenções para melhorar as condições de vida das pessoas. Essa união foi possível ao se considerar apenas um aspecto de cada filosofia.

No caso do paternalismo, a ideia é que o Estado ou empresa que aplica a teoria é capaz de perceber quais escolhas podem melhorar a vida das pessoas. No entanto, essas escolhas também são percebidas pelos próprios indivíduos como alternativas superiores. Nesse sentido, o movimento busca respeitar a liberdade individual e permitir que as pessoas façam suas próprias escolhas, mas também reconhece que, em alguns casos, intervenções podem ser necessárias para ajudar as pessoas a tomar decisões melhores para si mesmas.

³⁷¹ MILL, J. S. **On Liberty**. Londres: Yale University Press, 2017, p. 149.

³⁷² ROTHBARD, M. N. **For a New Liberty**: The Libertarian Manifesto. New York: Collier Books, 1978, p. 45.

Assim, o paternalismo libertário busca unir essas duas visões para promover a liberdade individual e, ao mesmo tempo, permitir intervenções que possam melhorar as condições de vida das pessoas. A abordagem não é coercitiva ou intrusiva, mas sim uma orientação consciente para ajudar as pessoas a tomar decisões melhores e alcançar seus objetivos.

Dessa maneira, justifica-se o aspecto libertário do conceito de Thaler e Sunstein³⁷³, que deriva da ideia de que os indivíduos não devem ter reduzida sua capacidade e liberdade de escolha. Cabe a eles tomar as decisões finais, mesmo que sejam orientados pelo viés paternalista do Estado ou instituição. Mesmo na presença de comportamentos autodestrutivos, como o tabagismo, o Estado deve permitir que o indivíduo estabeleça e exerça suas próprias escolhas.

Nessa perspectiva, o paternalismo libertário surge como uma maneira não intrusiva de orientar os indivíduos a tomarem as melhores decisões possíveis, mas de modo que eles ainda detenham o poder de tomar suas próprias decisões. É um meio de alcançar objetivos sociais através da sugestão, de forma quase subliminar, sem que para isso seja necessário apelar para a coerção estatal, como afirma Junior³⁷⁴.

O paternalismo libertário não pode impor diretamente as escolhas que ele considera melhores para os indivíduos, mas pode modificar a arquitetura de escolhas para orientá-los na direção considerada correta. Esse direcionamento é feito através do que é chamado de "*nudge*", ou seja, uma intervenção sutil que visa guiar a decisão do indivíduo em direção ao que o paternalista considera ser o melhor para ele, sem coagi-lo. O objetivo do *nudge* é melhorar as condições de outros indivíduos, mas sem comprometer a liberdade de escolha deles.

Contudo, agora que se compreende as fundações do paternalismo libertário na economia comportamental noção de arquitetura da escolha, há que se explorar o que exatamente são os nudges.

3.1.4 O que são *nudges*

"Nudge" é uma palavra em inglês que pode ser traduzida como "pequeno empurrão" ou "empurrão leve". Thaler e Sunstein definem o nudge como um

³⁷³ THALER; SUNSTEIN, 2009.

³⁷⁴ JUNIOR, 2020, p. 33.

mecanismo de controle comportamental e escreveram o livro "Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade" para explorar o assunto.

Richard Thaler, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2017, apresentou o conceito de paternalismo libertário em seu famoso artigo, "Libertarian Paternalism" de 2003, coescrito por Cass Sunstein – já anteriormente citado nessa tese. Este artigo deu origem ao livro Nudge, que contém todos os conceitos de paternalismo libertário e uma série de exemplos de aplicações ao redor do mundo, até mesmo instigando uma onda de grupos de pesquisadores e políticos a usar esses recursos para aplicações de políticas públicas.

De acordo com Sunstein, o *nudge* pode ser definido como:

Qualquer aspecto da arquitetura de escolhas que altera o comportamento das pessoas de um modo previsível sem proibir nenhuma opção ou sem mudar significativamente seus incentivos econômicos. Para ser um simples *nudge*, a intervenção deve ser fácil e barata"³⁷⁵³⁷⁶

Isso significa que esse mecanismo direciona as pessoas para certos caminhos, mas também lhes dá liberdade para escolherem como seguir, em conformidade com as ideias do paternalismo libertário. Seguindo essa doutrina, esse incentivo ou iniciativa não pode ser impositivo, já que o *nudge* preserva a liberdade do indivíduo. Se houver imposição, o *nudge* perde sua característica. Assim, para Souza, Ramos, e Perdigão³⁷⁷, seguindo a ideia, é possível fazer o uso do poder estatal para orientar as escolhas, mas para que o quesito libertário seja mantido é necessário que se mantenha aberto à contribuição dos cidadãos.

Os *nudges* são arquiteturas de escolhas que moldam e influenciam o comportamento das pessoas de forma previsível, direcionando-as para escolhas socialmente desejadas. Eles ajudam os indivíduos a tomar decisões positivas e alcançar seus objetivos de forma mais fácil e econômica. É importante ressaltar que os *nudges* não são ordens ou imposições, mas apenas sugestões que preservam a liberdade de escolha das pessoas. O indivíduo sempre tem a sensação de liberdade para escolher qualquer caminho³⁷⁸.

³⁷⁵ Do original: any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without for bidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid

³⁷⁶ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 6-7.

³⁷⁷ SOUZA, Luciana Cristina; RAMOS, Karen Tobias França; PERDIGÃO, Sônia Carolina Romão Viana. "Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge". **Rev. Bras. Polit. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 234-250, p. 238.

³⁷⁸ ANDRADE et. al., 2022, p. 6.

Portanto, o *nudge* é um mecanismo de economia comportamental que lida com o comportamento humano. Essa é uma das razões pelas quais as instituições públicas e privadas se interessam em utilizá-lo para atingir seus objetivos específicos. Além disso, os custos para sua implementação podem ser baixos e a taxa de efetividade é considerada alta. Conforme Souza, Ramos e Perdigão³⁷⁹, dentre as formas de *nudges*, temos o GPS, aplicativos que calculam a quantidade de calorias ingeridas pela pessoa no dia anterior, mensagens de texto que informam o vencimento de uma conta ou o agendamento de uma consulta, o cadastro em planos de pensão, entre outros. Por outro lado, subsídios, taxas, sentenças ou multas, não são considerados *nudges*, pois retiram a liberdade de escolha do indivíduo³⁸⁰.

Apesar de terem sido exemplificadas pelo autor somente entidades privadas, o *nudge* pode ser utilizado também por entidades públicas. Thaler & Sunstein³⁸¹, os governos podem usá-lo para implantar políticas públicas, efetivar direitos fundamentais e outros. O autor exemplifica ações como alertas gráficos para cigarros, etiquetas para eficiência energética e economia de combustível, painéis de fatos nutricionais em alimentos, pratos de comida que servem como guia para uma alimentação saudável, regras padrões para programas públicos de assistência, sites que produzem grandes pesquisas públicas e listas de determinados itens³⁸².

Pode-se afirmar que os *nudges*, dessa maneira, respeitam a liberdade de escolha dos cidadãos e oferecem meios adequados para a participação no processo de escolha. Isso, conforme Souza, Ramos e Perdigão³⁸³, é importante não apenas para os indivíduos, mas também para as organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse que desejam participar de processos decisórios. É crucial que haja igual acesso aos direitos para os indivíduos em um governo democrático, protegendo os segmentos minoritários contra grupos mais fortes política ou economicamente.

Thaler & Sunstein³⁸⁴ defendem que o uso dos *nudges* pelo governo deve ser transparente e aberto, e deve ser submetido à análise da população. Ele argumenta que o crescimento do uso de *nudges* ocorre devido ao seu baixo custo, à entrega de

³⁷⁹ SOUZA, et. al., 2018, p. 238.

³⁸⁰ TABAK; AMARAL, 2018, p. 484.

³⁸¹ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 119.

³⁸² *Ibidem*, p. 257.

³⁸³ SOUZA et. al., 2018, p. 239.

³⁸⁴ THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 272.

bons resultados e à manutenção da liberdade daqueles que são afetados pelo *nudge*. Em resumo, os *nudges* podem ser uma forma eficaz de alcançar objetivos políticos, desde que sejam usados de forma transparente e respeitem a liberdade de escolha dos cidadãos.

Segundo o conceito de *nudge*, as pessoas podem ser guiadas de forma não intrusiva para tomar decisões que elas próprias consideram adequadas, mas que, por seus vieses comportamentais, normalmente não tomariam. A liberdade individual é preservada, porém, há um incentivo adicional para mitigar os vieses que as impedem de seguir o caminho ideal e, assim, ajudá-las a retornar ao rumo correto³⁸⁵. Um *nudger* é alguém que, de forma consciente, altera a arquitetura de escolha com o objetivo de melhorar a vida das pessoas, sem retirar ou restringir sua capacidade de tomar decisões finais.

3.1.5 Classificação dos nudges de acordo com Sunstein

Ainda, Sunstein³⁸⁶ identificou uma ampla variedade de tipos de *nudges*, e essa diversidade está em constante crescimento. Ele destacou 10 tipos de *nudges*³⁸⁷ como os mais relevantes, incluindo o estabelecimento de regras-padrão, simplificação, uso de normas sociais, aumento da facilidade e conveniência, divulgação de informações, inserção de avisos de perigo, criação de estratégias de pré-comprometimento, lembretes, demonstração de intenções de implementação e informação das pessoas sobre a natureza e consequências de suas ações passadas. Tais *nudges* são explorados adiante, isto porque é necessário compreender suas minúcias a fim de traçar pontos de contato com aspectos processuais penais.

Em primeiro lugar, de acordo com Sunstein³⁸⁸, as regras-padrão são o tipo de *nudge* mais eficiente. As regras-padrão são opções que são naturalmente selecionadas quando o indivíduo não está envolvido no processo de tomada de

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ SUNSTEIN, C. "Nudging: A Very Short Guide." **Journal Of Consumer Policy**, [s.l.], v. 37, n. 4, 16 out. 2014, p.583-588

³⁸⁷ Há ainda diversas outras classificações, mas que fogem ao escopo da tese. Vale destacar, porém, as classificações elaboradas por HANSEN; JESPERSEN, 2013, e HOUSE, J.; LYONS, E. **Towards a taxonomy of Nudging Strategies**. 2013. Disponível em: <<http://www.rotman.utoronto.ca/-/media/Files/Programs-and-Areas/behavioural-economics/Towardsataxonomy.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2023.

³⁸⁸ SUNSTEIN, 2014, p.583-588.

decisão. Como regras-padrão existem para praticamente todas as áreas da vida, é impossível viver sem elas. A título de exemplo, muitos dos principais aplicativos de processamento de texto já vêm com opções predefinidas para a impressão de arquivos. Quando um usuário decide imprimir um arquivo, as opções de papel, cor da tinta, orientação da página e número de páginas por folha já são preenchidas. O usuário pode decidir modificar esses parâmetros, mas, geralmente, não o faz, devido ao trabalho envolvido ou à falta de conhecimento. No entanto, mudanças nesses parâmetros podem resultar em economia de recursos. Por exemplo, a regra padrão de imprimir apenas uma página por folha, mantendo o verso em branco, consome o dobro dos recursos em comparação com a impressão frente e verso.

Nas palavras de Souza, Ramos e Perdigão³⁸⁹, os *nudges* de regra padrão são aqueles que envolvem a inclusão automática das pessoas em programas, como planos de saúde ou de aposentadoria. Isso pode melhorar a economia e a saúde das pessoas, uma vez que elas não precisam decidir se devem ou não aderir ao programa.

No entanto, existe uma exceção ao uso de regras-padrão quando o indivíduo deve tomar uma decisão ativa, o que pode ser muito trabalhoso. Um exemplo bem conhecido de regra-padrão é o processo de inclusão ou exclusão automática em programas governamentais. Thaler e Sunstein³⁹⁰, apresentaram o caso da inclusão automática no cadastro de doadores de órgãos, em que a regra-padrão "não autorizo a doação de meus órgãos a não ser que eu autorize expressamente, ou meus familiares no caso de minha morte" foi alterada para "dou meu prévio consentimento para a doação de meus órgãos no caso de morte, a não ser que eu expressamente diga o contrário". Segundo os autores, a Áustria é um dos países que adotou essa política e viu o número de doadores aumentar para cerca de 99,98%³⁹¹.

Também há o *nudge* da simplificação, que consiste em uma estratégia empregada em sistemas e programas que apresentam uma complexidade que desencoraja a sua utilização. Quando a complexidade é alta, esses programas tendem a ser mais caros, menos inclusivos e propensos a falhas. Para solucionar esses problemas, simplificar os procedimentos pode aumentar a participação nos programas³⁹². Junior³⁹³ explica que as instituições públicas utilizam diversas formas

³⁸⁹ SOUZA, et. al., 2018, p. 240.

³⁹⁰ THALER; SUNSTEIN, 2018, p.318.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 244.

³⁹² SUNSTEIN, 2014, p. 4.

³⁹³ JUNIOR, 2020, p. 43.

para aplicar esse conceito, incluindo a apresentação de informações de forma mais clara e resumida, o uso de termos simples e a eliminação de processos desnecessários para a participação em programas governamentais.

De acordo com Souza, Ramos e Perdigão³⁹⁴, esse *nudge* pode ajudar a evitar confusão e garantir a participação em programas importantes. Normas sociais também podem ser usadas como um *nudge*, pois as pessoas tendem a seguir o comportamento das outras em comunidades pequenas.

O terceiro *nudge* citado por Sunstein³⁹⁵, é o uso de normas sociais refere-se à estratégia de utilizar o comportamento ou a previsão do comportamento de outros indivíduos para influenciar uma decisão mais apropriada do indivíduo afetado, de acordo com a perspectiva do responsável pela política. Segundo o autor, quando confrontados com essas normas, muitas pessoas tendem a tomar decisões semelhantes às de seus pares, em um processo de comparação social e de inclusão

Segundo Junior³⁹⁶, retomando um estudo de Costa & Kahn³⁹⁷, um exemplo bem conhecido dessa abordagem é a redução do consumo de energia elétrica em residências. Um experimento foi realizado na Califórnia, no qual 35 mil residências foram selecionadas aleatoriamente para receber mensagens automáticas que relatavam seu histórico de consumo de energia elétrica e o comparavam com o de seus vizinhos. Os consumidores podiam optar por não receber mais essas mensagens. Comparado com o grupo de controle, os resultados do experimento mostraram uma redução de até 3,6% no consumo de energia elétrica, dependendo de fatores como a orientação política, a vizinhança, a compra de energia renovável, entre outros

Outro *nudge* é o aumento na facilidade e conveniência. Souza, Ramos e Perdigão³⁹⁸ afirma que aumentar a facilidade e conveniência das opções, como tornar opções saudáveis mais visíveis ou oferecer opções com preços baixos, também é considerado um *nudge* eficaz.

³⁹⁴ SOUZA, et. al., 2018, p. 240.

³⁹⁵ SUNSTEIN, 2014, p. 4.

³⁹⁶ JUNIOR, 2020, p. 43.

³⁹⁷ COSTA, D. L.; KAHN, M. E. Energy conservation “nudges” and environmentalist ideology: evidence from a randomized residential electricity field experiment. **Journal of The European Economic Association**, [s.l.], v. 11, n. 3, jun. 2013, p.680-702.

³⁹⁸ SOUZA, et. al., 2018, p. 240.

Facilitar e tornar mais conveniente o acesso a um serviço é uma forma de aumentar sua utilização. Além das mudanças na acessibilidade aos serviços públicos, isso também inclui mudanças na disposição de produtos em um mercado.

Conforme Junior³⁹⁹, uma alternativa para tornar mais fácil e conveniente o acesso aos serviços é através da disponibilização de métodos de pagamento para contas públicas que não requeiram que o cliente se desloque até uma casa lotérica ou agência bancária, como por exemplo, o uso de aplicativos de celular e internet banking.

Ainda, outro *nudge* mencionado por Sunstein⁴⁰⁰ é a divulgação de informações é uma estratégia importante para auxiliar a tomada de decisões, pois indivíduos mais bem informados tendem a tomar decisões mais fundamentadas e próximas ao nível ótimo. No entanto, é crucial que as informações sejam acessíveis e compreensíveis, caso contrário, o acesso a elas pode levar o cidadão a tirar conclusões piores do que se não tivesse essa informação disponível.

Segundo Souza, Ramos e Perdigão⁴⁰¹, a divulgação, ou "disclosure", somente pode ser um *nudge* eficaz se os dados forem disponibilizados de maneira compreensível e acessível. Por exemplo, fornecer informações sobre os custos econômicos do uso de energia ou dos custos totais de um cartão de crédito.

Segundo Junior⁴⁰², a transparência das instituições está intimamente ligada a esse tipo de *nudge*. Quando governos publicam informações, eles se tornam menos suscetíveis à corrupção e ao mau uso de recursos, permitindo uma prestação de serviços mais eficiente. Assim, a transparência nas instituições públicas tende a afetar mais o comportamento dos seus próprios agentes do que o dos demais indivíduos.

Já nas instituições privadas, a divulgação de informações acerca de produtos e serviços oferecidos torna mais fácil e completa a comparação com os produtos dos concorrentes, afetando diretamente seus consumidores. No entanto, muita informação pode gerar um efeito negativo, pois aumenta a complexidade do processo de tomada de decisão. Para contornar esse problema, as informações disponibilizadas podem ser apresentadas de forma simplificada ou resumida, enquanto o restante fica disponível na internet ou em outro meio acessível⁴⁰³.

³⁹⁹ JUNIOR, 2020, p. 44.

⁴⁰⁰ SUNSTEIN, 2014, p. 5.

⁴⁰¹ SOUZA, et. al., 2018, p. 240.

⁴⁰² JUNIOR, 2020, p. 45.

⁴⁰³ SUNSTEIN, 2014, p. 5.

Também classificado como *nudge* está a utilização de avisos de perigo, que é utilizada para alertar indivíduos sobre riscos envolvidos em determinadas atividades. Esse mecanismo influencia os indivíduos através de sua aversão à perda ou ao risco, já que tendem a buscar proteção diante de situações em que esses elementos estão presentes. Os avisos de perigo são necessários porque nem sempre os indivíduos estão cientes ou prestam atenção aos riscos envolvidos em determinada atividade. Para chamar a atenção do indivíduo, esses avisos devem ser claros e bem visíveis, utilizando fontes chamativas e cores contrastantes⁴⁰⁴.

Os avisos e gráficos podem ser usados como *nudges* para alertar sobre riscos ou comportamentos indesejáveis, conforme aponta Souza, Ramos e Perdigão⁴⁰⁵. Os lembretes, como lembretes por e-mail ou mensagem de texto, também podem ajudar a superar a inércia ou a procrastinação.

Porém, de acordo com Junior⁴⁰⁶, em algumas situações o indivíduo que recebe o aviso pode considerar que os riscos são baixos e continuar executando a atividade da mesma forma. Para lidar com essa possibilidade, segundo o autor, é necessário tornar a mensagem mais impactante ou educativa, dependendo do público-alvo e do objetivo do aviso. Além disso, é possível incluir com o aviso uma mensagem explicando o que o indivíduo pode fazer para evitar que o risco se transforme em dano.

As estratégias de pré-comprometimento também são nudges, segundo a classificação de Sunstein e são caracterizados por envolver a criação de objetivos específicos e a definição de ações que serão realizadas para alcançá-los. De acordo com Souza, Ramos e Perdigão⁴⁰⁷, isso pode ajudar a motivar as pessoas e reduzir a procrastinação.

Os arquitetos de escolhas podem desenvolver estratégias para aumentar o envolvimento dos indivíduos em suas metas, criando ambientes e situações que ofereçam incentivos para a sua realização. No entanto, é importante destacar que são os próprios indivíduos que se comprometem com seus "eus futuros", e os nudgers não devem obrigá-los ou instigá-los a cumprir seus objetivos de forma coercitiva. De acordo com Sunstein⁴⁰⁸, essas estratégias tendem a funcionar melhor quando os

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

⁴⁰⁵ SOUZA, et. al., 2018, p. 240.

⁴⁰⁶ JUNIOR, 2020, p. 46.

⁴⁰⁷ SOUZA, et. al., 2018, p. 240.

⁴⁰⁸ SUNSTEIN, 2014, p. 6.

indivíduos se comprometem a realizar uma ação ou atingir uma meta em um momento específico e definido, já que isso aumenta sua motivação para agir e ajuda a reduzir a procrastinação.

Ainda, para falar do *nudge* dos lembretes, Sunstein⁴⁰⁹, destaca que, frequentemente, muitas pessoas deixam de realizar atividades importantes, tais como se alimentar de forma adequada, manter-se hidratado, pagar contas, tomar medicamentos, comparecer a compromissos, entre outros. Além das razões discutidas anteriormente, o esquecimento é uma das principais causas dessa falta de ação. Por isso o autor afirma que lembrar o indivíduo, especialmente em momentos em que ele possa realizar a atividade imediatamente após receber o lembrete, é uma maneira de incentivá-lo a ser mais saudável e responsável.

Junior⁴¹⁰ explica que os lembretes são frequentemente usados por empresas privadas para incentivar os clientes a utilizar seus serviços e fidelizá-los, bem como para lembrá-los de pagar contas. No entanto, algumas empresas públicas, como fornecedoras de água e energia elétrica, também costumam utilizar esse método para lembrar seus clientes.

Outro *nudge* eficaz é a elucidação de intenções de implementação. Conforme explica Souza, Ramos e Perdigão⁴¹¹, esse *nudge* consiste em provocar a intenção das pessoas de realizar uma determinada ação especialmente por meio de perguntas.

Este tipo de *nudge* é direcionado às intenções individuais e utiliza mensagens específicas para reforçar a vontade da pessoa. É eficaz porque as pessoas são mais propensas a executar uma atividade quando são lembradas da sua intenção. Sunstein⁴¹² sugere que as perguntas como "Você pretende vacinar seu filho?" Ou "Você pretende fazer uma dieta?" Tem efeitos positivos, reduzindo a possibilidade de inação

Outro *nudge* consiste em disponibilizar informações aos indivíduos sobre atividades que já foram realizadas por eles. Trata-se de uma prática que pode trazer benefícios, já que muitas vezes as pessoas não se lembram do seu próprio histórico ou não têm acesso a essas informações, conforme explica Sunstein⁴¹³. O acesso a

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ JUNIOR, 2020, p. 47.

⁴¹¹ SOUZA, et. al., 2018, p. 240.

⁴¹² SUNSTEIN, 2014, p. 6.

⁴¹³ *ibidem*.

dados é um fator crucial no processo de tomada de decisão, e apresentar informações sobre o passado pode ajudar os indivíduos a tomar decisões mais acertadas.

Souza, Ramos e Perdigão⁴¹⁴ explica que informar as pessoas sobre a natureza e as consequências de suas escolhas passadas, como os valores gastos em seguros de saúde ou contas de energia elétrica, pode ajudá-las a mudar seu comportamento para melhor.

Junior⁴¹⁵ menciona que as empresas de distribuição de energia elétrica fazem uso dessa estratégia para reduzir custos com a compra de energia de fontes caras, como as das usinas termoeletricas, informando aos clientes o seu histórico de consumo dos últimos 12 meses. O autor também menciona que bancos e fintechs também disponibilizam aos seus clientes seus históricos de transações, permitindo que analisem seus gastos e tomem medidas para gerenciar seus recursos e evitar endividamento.

É essa a classificação dos *nudges*. Esse aspecto será retomado adiante no sentido de verificar quais desses *nudges* são os mais adequados para as situações que envolvam embriaguez ao volante no lapso temporal fixado após o cometimento do fato típico e até a denúncia.

3.2 O USO DOS NUDGES NO CENÁRIO BRASILEIRO

Como visto, Thaler e Sunstein propõem o uso do "paternalismo libertário" para influenciar as pessoas a tomar decisões que beneficiem a todos, sem restringir a liberdade individual. Dessa maneira, a economia comportamental pode ser utilizada para melhorar a capacidade preditiva e analítica do direito, ao levar em consideração as preferências reveladas pelos indivíduos para maximizar o bem-estar social. Conforme Tabak & Amaral⁴¹⁶, isso pode ser feito através de políticas que auxiliem as pessoas a tomar as melhores decisões, sem a necessidade de ações coercitivas.

Segundo os autores, essa abordagem já está sendo aplicada às políticas públicas, e alguns formuladores de políticas econômicas e jurídicas já apresentaram propostas de regulamentação com base no comportamento observado dos indivíduos

⁴¹⁴ SOUZA, et. al., 2018, p. 240.

⁴¹⁵ JUNIOR, 2020, p. 48.

⁴¹⁶ TABAK; AMARAL, 2018, p. 484.

em experimentos comportamentais bem-sucedidos para corrigir distorções de comportamento.

Ribeiro & Domingues⁴¹⁷ argumentam que a complexidade do comportamento humano e seus reflexos nos diversos segmentos sociais exigem abordagens políticas inovadoras para lidar com os riscos e efeitos sociais de escolhas trágicas. De acordo com os autores, as políticas públicas implementadas pelo Estado de bem-estar social devem buscar a aproximação mais verossímil do que efetivamente busca modificar ou estimular incentivos de natureza neuro-comportamental. Pequenos ajustes de natureza legislativa podem transformar a forma como as pessoas reagem aos incentivos

No entanto, Tabal & Amaral⁴¹⁸ também destacam que a economia comportamental é pouco utilizada nas políticas públicas brasileiras. Citam que um dos poucos casos de *nudges* empregados em decisões públicas no Brasil é a Lei 12.618, de 30 de abril de 2012, que instituiu o regime de previdência complementar para servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, criando a Funpresp (Executivo, Legislativo e Judiciário). Um problema identificado na referida lei foi a baixa adesão aos planos de previdência complementar por parte dos novos ingressantes no serviço público. Em 2016, o Presidente da República enviou o Projeto de Lei 6.086 para o Congresso Nacional, alterando a Lei 12.618/12 e fazendo uma modificação importante do ponto de vista da economia comportamental: a inscrição na Funpresp passou a ser automática e o participante precisa fazer a opção por se retirar do plano.

Outro exemplo, mencionado por Ribeiro & Domingues⁴¹⁹, é a política pública de doação de órgãos, onde países com consentimento presumido tendem a ter resultados mais satisfatórios. Com simples ajustes na política de doação de órgãos, alterando o enquadramento noticioso (*framing*) do programa de doação, o número de doações aumentou significativamente. A opção ativa (*opt-in*) passou a ser obrigação das pessoas que não querem doar seus órgãos, devendo fazer manifestação expressa nesse sentido.

De acordo com esses autores, a integração entre Direito, Economia Comportamental e Políticas Públicas pode ser justificada pela busca de métodos mais eficazes para evitar eventuais tragédias sociais provocadas por agentes econômicos.

⁴¹⁷ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 464.

⁴¹⁸ TABAK; AMARAL, 2018, p. 485.

⁴¹⁹ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 464.

Um dos objetivos do Estado de bem-estar social contempla o papel do planejador central como ente regulador. Conforme os autores, ainda, a função do Estado tem relação direta com o comportamento dos agentes econômicos no ambiente social. Desse modo, agir de acordo com os incentivos gerados pelo Poder Público revela um processo pelo qual uma organização ou indivíduo busca maximizar a função utilidade pelo ajustamento deliberado e consciente dos meios e fins.

Conforme mencionado, para a economia comportamental, empresas e pessoas nem sempre agem conscientemente e as escolhas sociais são conduzidas por vieses que levam a uma decisão não ótima. Ribeiro & Domingues⁴²⁰, diante disso, pensam que o Estado Regulador pode ser chamado a evitar conflitos decorrentes de comportamentos predatórios, como condutas anticompetitivas provocadas por vieses de seleção, comportamento de manada em mercados de ativos e utilização irracional de bens comuns, levando à escassez de recursos ambientais.

De acordo com Andrade et al.⁴²¹, o uso de nudges no setor público auxilia na implementação de políticas públicas, uma vez que o Estado pode compreender o comportamento humano por meio dos estudos da economia comportamental e implementar ações que visem ao bem-estar da sociedade.

Segundo os autores, com base na análise do comportamento e na percepção dos fatores psicológicos dos indivíduos, é possível executar políticas sociais que melhorem as condutas humanas e tornem a atuação do Estado mais eficaz. Assim, é possível implantar políticas públicas eficientes nos âmbitos da segurança, saúde, educação e sustentabilidade

Sunstein⁴²² mesmo fornece exemplo a respeito de uma regulamentação governamental que exige que restaurantes exibam o conteúdo calórico de seus pratos em seus cardápios. Isso é um "nudge" educativo que informa os consumidores sobre o total de calorias da refeição, para que, com base nessas informações, o indivíduo possa decidir se deve ou não consumir aquele produto.

Assim, quando empregados em políticas públicas, os incentivos comportamentais têm um efeito positivo, resultando em melhorias na vida das pessoas. Esses mecanismos públicos podem direcionar comportamentos para

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ ANDRADE, et. al., 2022, p. 9.

⁴²² SUNSTEIN, Cass R. "The Ethics of Nudging." **Yale Journal on Regulation**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 413-450, 2015, p. 417-418. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol32/iss2/6>. Acesso em: 20 fev. 2023.

influenciar escolhas e obter resultados desejáveis do ponto de vista governamental. É importante ressaltar que os "*nudges*" aumentam a eficiência dos comportamentos que devem ser adotados por indivíduos, pela sociedade ou por um determinado segmento social, formando uma arquitetura de escolhas coerente.

A inclusão da arquitetura de incentivos como parte do sistema de regras jurídicas tem se mostrado uma alternativa essencial para adequar as propostas políticas no campo social. Sunstein⁴²³, afirma que essa nova proposta metodológica de engenharia social proporciona ao indivíduo uma maior capacidade de escolha, permitindo que ele decida com mais clareza entre as possibilidades disponíveis, mesmo diante de suas limitações cognitivas. Esse esclarecimento das escolhas ajuda a identificar as causas que enviesam as decisões dos agentes.

Existe, segundo Ribeiro & Domingues⁴²⁴, uma vastidão de aplicações da economia comportamental em programas políticos ligados à promoção do Estado de Bem-estar social, como no caso das questões relacionadas à poupança e aposentadoria.

Porém, Souza, Ramos e Perdigão⁴²⁵ acredita que a implantação do *nudge* na sociedade brasileira requer uma discussão sobre o seu impacto no conceito de cidadania e democracia. Com a promulgação da Constituição de 1988, o cidadão passou a ter um papel ativo na interação com o Estado e na exigência do cumprimento dos seus direitos fundamentais. Dessa maneira, afirmam os autores, a proteção desses direitos pela legislação e pelo ordenamento jurídico resultou na cobrança por sua efetividade e respeito pelo Estado. Nesse contexto, as políticas públicas foram adotadas como uma forma de cumprir as promessas do Estado.

Por isso, seguindo essa ideia a implantação do *nudge* na sociedade brasileira deve levar em consideração o respeito aos direitos fundamentais e à participação cidadã na tomada de decisões. Seria preciso conscientizar e informar os indivíduos de que eles estão sendo influenciados por um *nudge* e permitir que possam seguir o caminho que desejarem, mantendo sempre a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais e a participação dos cidadãos na tomada de decisões.

⁴²³ SUSTEIN, Cass. **Why nudge?** The politics of libertarian paternalism. Londres: Yale University Press, 2012, p. 163.

⁴²⁴ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 465.

⁴²⁵ SOUZA, et al., 2018, p. 241.

O nudge pode ser uma ferramenta útil para o Estado na promoção de políticas públicas, desde que seja aplicado de forma transparente e em consonância com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais dos cidadãos. A democracia participativa e a inclusão dos indivíduos como sujeitos ativos e agentes de mudanças são valores essenciais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁴²⁶.

Para preservar a liberdade dos cidadãos, é necessário que o nudging seja realizado da maneira proposta por Sunstein, de maneira transparente e voluntária. Os indivíduos devem ser capazes de escolher seguir ou não o incentivo de controle comportamental, e serem livres para seguir seu próprio caminho como acharem melhor. No entanto, como os indivíduos nem sempre são capazes de fazer escolhas racionais e eficientes, por isso é justificável a intervenção estatal, seguindo os princípios do paternalismo libertário, para ajudar os indivíduos a fazerem escolhas melhores sem coação.

Em geral, as decisões são influenciadas por padrões de regras e pelos contextos em que os indivíduos se encontram. Portanto, é legítimo para um arquiteto de escolhas ajudar os indivíduos nos processos de tomada de decisão para melhorar suas vidas. Conforme Souza, Ramos e Perdigão⁴²⁷, a utilização dos *nudges* pode fornecer uma alternativa viável para a implementação de políticas públicas em uma sociedade. No entanto, estudos comportamentais sugerem que os indivíduos podem fazer escolhas aparentemente contrárias ao seu próprio bem-estar. Além disso, eles podem não ser capazes de fazer escolhas adequadas se tiverem dificuldade em compreender melhor as alternativas.

Tabak & Amaral⁴²⁸ afirmam que para aplicar a economia comportamental ao campo das políticas públicas, é necessário perceber que as políticas escolhidas pelos métodos de elaboração tradicionalmente empregados nem sempre promovem a melhor opção disponível. Segundo os autores, uma política mal formulada pode apresentar benefícios notoriamente satisfatórios, mas a custos desnecessariamente altos, atingir objetivos diferentes daqueles pretendidos, perseguir problemas triviais sem alcançar a raiz do problema enfrentado ou favorecer grupos específicos, utilizando recursos públicos, sem um critério razoável de justiça distributiva.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 242.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 243.

⁴²⁸ TABAK; AMARAL, 2018, p. 475.

No mesmo sentido, Ribeiro & Domingues⁴²⁹ destacam que ao predefinir um quadro de opções já articuladas, o Estado corre o risco de induzir os comportamentos de forma obscura, uma vez que não considera a autonomia da vontade individual, da declaração consentida e da manifestação inequívoca de intenções. Os autores apontam diretamente para o conflito ético existente desde a raiz do paternalismo libertário: ampliar a liberdade de escolha, limitando as livres escolhas do agente econômico. Por isso os autores alertam que a utilização excessiva da economia comportamental como elemento normativo pode ser um risco à liberdade e à autonomia individual, uma vez que não requer um consenso mínimo ou um acordo democrático.

Andrade et al.⁴³⁰ também afirmam que ao predefinir um quadro de opções já articuladas, o Estado estaria induzindo ilegalmente comportamentos dos cidadãos, uma vez que não haveria manifesta autonomia da vontade individual, declaração consentida e manifestação inequívoca de intenções. Isso pode reduzir o campo da liberdade de escolha das pessoas.

Por isso, a aplicação da técnica dos nudges em políticas públicas deve estar alinhada aos princípios constitucionais e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Andrade et al.⁴³¹ destacam que, se aplicados de maneira compatível com a Constituição e com os direitos fundamentais, não há objeção à utilização dos nudges.

No mesmo sentido, Souza, Ramos e Perdigão⁴³² afirmam que para que o *nudge* seja compatível com a democracia brasileira, é necessário respeitar os princípios constitucionais e democráticos. Segundo os autores, qualquer ação que possa manipular o pensamento e as atitudes do cidadão deve ser afastada, e ele deve ser livre para escolher por si mesmo.

Dessa maneira, conforme Andrade et al.⁴³³ se os "nudges" forem aplicados de maneira ética, respeitando os princípios constitucionais e democráticos, estarão em conformidade com a Constituição Federal e com todos os direitos fundamentais dos cidadãos. Contudo, é preciso estar atento à possibilidade de desvirtuamento dessas técnicas, que podem ser utilizadas de maneira indevida pelo gestor público.

⁴²⁹ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 467.

⁴³⁰ ANDRADE, et al., 2022, p. 13.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 14.

⁴³² SOUZA, et al., 2018, p. 244.

⁴³³ ANDRADE, et al., 2022, p. 14.

Dessa maneira, verifica-se que o debate sobre uso dos *nudges* gira em torno de alterações legislativas e da criação de políticas públicas. Ademais, apesar do foco da tese não ser as próprias políticas públicas, sua investigação permitiu identificar que a questão sobre o uso de *nudges* para influenciar o comportamento dos indivíduos e criar padrões desejados de conduta, levanta preocupações importantes sobre a subversão da vontade intrínseca do indivíduo e a possibilidade de manipulação do comportamento pelo governo.

Também permite compreender que, embora a criação de políticas públicas que utilizem *nudges* possa contribuir para a otimização do processo cognitivo de escolha dos indivíduos e ajudá-los a tomar decisões mais adequadas aos seus interesses, é importante lembrar que essa abordagem deve ser utilizada com cautela e transparência.

3.2.1 O uso dos *nudges* nos casos de embriaguez ao volante

Como já verificado anteriormente, a estrutura dos mecanismos regulatórios de comando e controle tem por efeito a maior amplitude de punição a agentes do crime de embriaguez ao volante. Apesar disso, os índices de acidentes no trânsito não diminuem, o que indica que o efeito baseado na política regulatória é muito pequeno, aparecendo assim, a necessidade de estudar estratégias alternativas de resolução dessas situações com a mínima intervenção do Estado. Por isso a presente tese busca nas contribuições da economia comportamental essas alternativas, por meio do estímulo a comportamentos socialmente benéficos para sujeitos que cometeram o crime de embriaguez ao volante.

Esse ramo da ciência parte do pressuposto de que muitas das decisões e comportamentos humanos não se orientam segundo critérios racionais e que certos contextos decisórios podem conduzir os indivíduos a decisões equivocadas e incompatíveis com seus próprios objetivos. Sob essa perspectiva, também as políticas públicas poderiam adotar estratégias que realcem aspectos da tomada de decisões normalmente negligenciados para influenciar e promover comportamentos sem restrição dos espaços de liberdade de escolha do cidadão, como intenta o modelo

comportamental da racionalidade limitada para a análise de decisão dos agentes em sistemas complexos⁴³⁴.

Ao demonstrar as heurísticas e os vieses do pensamento humano, a pesquisa comportamental forneceria ao regulador a base para o estabelecimento de intervenções voltadas à melhoria da conduta individual e coletiva.

O “*nudge approach*” de Thaler e Sunstein parte da premissa de que a tomada de decisões e o comportamento humano podem efetivamente ser influenciados por mudanças aparentemente irrelevantes nos contextos decisórios. O *nudge*, aplicado, por essa perspectiva, à atuação do Estado, supera a visão tradicional de que os indivíduos agem de forma racional e refletida para a consecução de objetivos, o que conduz a falhas na consecução de objetivos comuns. O caminho aí aberto oferece alternativas à adoção de políticas públicas por meio de estímulos endereçados a comportamentos individual e coletivamente melhores.

O *nudge* é entendido aqui como um estímulo comportamental, já incorporado em diversas políticas ambientais, outras questões de ordem pública, doação de órgãos e saúde, o sucesso de um “empurrão” em áreas sensíveis que versam sobre mudanças no comportamento coletivo. Sua adoção pode mostrar que, no que se refere ao assunto de acidentes de trânsito e a prevenção de crimes, podem configurar estratégias adequadas à promoção de comportamentos adequados à segurança viária e à preservação da vida, saúde, etc.⁴³⁵

Embora criticados por aparentemente significar uma “manipulação” da vontade de quem é influenciado pelos “empurrões” através da reconfiguração de contextos decisórios, como propõem Hansen & Jespersen⁴³⁶, sob estruturas transparentes e com uso responsável, os *nudges* podem constituir formas não manipulativas de “influenciar as escolhas sem limitar o conjunto de escolhas ou fazer as alternativas consideravelmente mais custosas em termos de tempo, problemas, sanções sociais”^{437 438}, compatíveis com os princípios e valores democráticos.

⁴³⁴ MELO; FUCIDJI, 2016, p. 625.

⁴³⁵ SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. “Libertarian paternalism is not an oxymoron”. **University of Chicago Law Review**, v. 70, n. 4, 2003, p. 1159-1202.

⁴³⁶ HANSEN, Pelle Guldberg; JESPERSEN, Andreas. “Nudge and the manipulation of choice: a framework for the responsible use of the nudge approach to behaviour change in public policy”. **European Journal of Risk Regulation**, Volume 4, Issue 1, Março 2013, p. 23 – 28, p. 23.

⁴³⁷ Tradução livre de “Nudges are ways of influencing choice without limiting the choice set or making alternatives appreciably more costly in terms of time, trouble, social sanctions, and so forth.”

⁴³⁸ HAUSMAN, Daniel M.; WELCH, Brynn. “Debate: To nudge or not to nudge”. **Journal of Political Philosophy**, v. 18, n. 1, p. 123-136, 2010, p. 216

Assim, após, nos capítulos anteriores, ter sido abordado o contexto dos crimes e a forma como são julgados e como o Estado atribui uma pena, este capítulo visa responder se e de que forma os *nudges* podem contribuir para o diminuir a intervenção estatal e dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais nos casos de embriaguez no volante no Brasil.

Para Alemanno e Sibony⁴³⁹, a regulação baseada em conduta é lícita em pelo menos dois casos: i) regulação de *nudges* privados (*anti-nudges*); e ii) regulação de “*nudging*” público. A primeira categoria envolve a criação de condições para que entidades privadas usem “empurrões” como contramedida às táticas de exploração contratual. Nesses casos, muitas vezes é necessária a intervenção legal. A segunda categoria, por sua vez, envolve o uso das perspectivas da economia comportamental pelo poder público, muitas vezes exigindo legislação, regulamentação ou autorização, como o uso tácito de políticas de doação de órgãos⁴⁴⁰.

Em princípio, a regulação baseada em conduta foge das definições conceituais jurídicas porque não respeita a ideia de soberania e julgamento unilateral. No entanto, muitas formas alternativas de regulação clássica se consolidaram e atingem os objetivos regulatórios de forma diferenciada. Para Calo⁴⁴¹, quando os estados exploram heurísticas e vieses comportamentais, a regulamentação tende a ser mais branda do que a coerção legal, embora o cumprimento às vezes seja maior do que a lei. Esse achado sugere que a autoridade que sustenta essa visão de regulação depende mais da influência do que da coerção.

Nesse contexto, muito tem se discutido sobre o uso de *nudges* no lugar da lei, principalmente porque isso pode ser feito sem aderir às garantias processuais normalmente usadas para desenvolver, interpretar e fazer cumprir a legislação. Além disso, tais efeitos podem incluir a manipulação de cidadãos para desafiar a autonomia individual e subverter ideias democráticas.

Por isso, intervenções dessa natureza precisam seguir o princípio da divulgação, que impede que os governos escolham políticas ou tomem posições que não podem ser explicadas publicamente⁴⁴².

⁴³⁹ ALEMANNNO, Alberto; SIBONY, Anne-Lise (Ed.). **Nudge and the law**: A European perspective. Bloomsbury Publishing, 2015.

⁴⁴⁰ ALEMANNNO, Alberto; SPINA, Alessandro. Nudging legally: on the checks and balances of behavioral regulation. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 12, n. 2, p. 429-456, 2014, p. 439.

⁴⁴¹ CALO, Ryan. Code, nudge, or notice? **Iowa Law Review**, v. 99, n. 2, p. 773-802, 2013, p. 773.

⁴⁴² THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 1186.

Ariely & Jones⁴⁴³, explicam que a análise de custo-benefício é uma expressão do Modelo Simples de Crime Racional (SMORC), que contém três elementos: i) o benefício gerado pelo crime; ii) a probabilidade de detecção; iii) a punição esperada. Portanto, a decisão será o resultado da comparação do primeiro aspecto (benefício) com os outros dois componentes (consequência).

Outro fator psicológico da conduta aliada à realização do teste do etilômetro é a percepção de normas sociais, que reproduzem crenças compartilhadas sobre o comportamento de outros. Existem dois tipos de normas que afetam os indivíduos: i) normas injuntivas, ii) normas descritivas. O primeiro transmite uma mensagem de que a maioria das pessoas aprova ou desaprova um determinado comportamento, especialmente do ponto de vista moral. A segunda, por sua vez, refere-se a observações simples de como as pessoas se comportam em situações específicas, geralmente por meio da medição de frequência⁴⁴⁴.

Nesse sentido, pensar em identificar estratégias de atuação com base nos *nudges* é de alta relevância, uma vez que ao incentivar o suspeito/infrator, pode estimulá-lo a colaborar e participar ativamente da produção de provas, de forma voluntária, sem que para isso resulte em eventual violação de direitos fundamentais.

Destaca-se que, por meio das teorias comportamentais dos “empurrões”, o Estado atua como grande incentivador para determinadas condutas, sem que, para isso, atue de forma a obrigá-las, apenas legislando sobre mecanismos que dão a nítida sensação de benefício.

Em sua releitura do *nudge approach*, Hansen e Jespersen propõem uma estrutura dos *nudges* baseada em tipologias dos *nudges* transparentes e não transparentes. Os diferentes tipos aí implicados correspondem a formas distintas de estímulos comportamentais que proporcionam ou não a compreensão do sentido empregado nos “empurrões” que apelam a “pensamentos automatizados”.

Os modelos transparentes visam reduzir os riscos de *nudges* negativos e abusos contraditórios à ideia “libertária” de intervenção. Essa forma de estímulo não é manipulativa, na medida em que proporciona uma reflexão pelo próprio destinatário do “incentivo” e a compreensão de que aquela opção estimulada é a melhor.

⁴⁴³ ARIELY, Dan; JONES, Simon. **Predictably irrational**. New York: HarperCollins, 2008.

⁴⁴⁴ MONT, Oksana; LEHNER, Matthias; HEISKANEN, Eva. **Nudging: a tool for sustainable behavior?** Stockholm: Swedish Environmental Protection Agency, 2014.

É evidente que, para que o "arquétipo" e modelagem comportamental proporcionada por este tipo de *nudge* não seja abusiva e negativa, sua adoção precisa ser feita de maneira responsável. A noção de responsabilidade na adoção das formas de comunicação implica, para além da insuficiente publicidade sustentada por Thaler e Sunstein (como indicado por Hausman e Welch), em estímulos cujas intenções possam ser percebidas pelo condutor.

A utilização do *nudge* como estímulo à adoção de comportamentos determinados vai orientada por fins socialmente benéficos, nos marcos da ideia de "paternalismo liberal". A alternativa ora proposta, relacionada com o sustentado por Jespersen e Hansen, incorpora a crítica ao paternalismo libertário e oferece saída coerente com a ideia de transparência no uso de *nudges* para a promoção de comportamentos desejados quanto à redução de acidentes de trânsito provocados por pessoas alcoolizadas.

No fim das contas, usado de maneira transparente, o *nudge* modifica o contexto decisório de modo a evitar a tomada de decisões menos racionais a partir de mudanças de comportamento tomadas de modo consciente.

O caráter socialmente benéfico desse estímulo está associado de forma indireta à proteção à segurança viária e aos bens jurídicos implicados, como a vida, a incolumidade pessoal, etc., na medida em que os efeitos do controle, via punição abrandada, podem repercutir de forma mais eficaz sobre os condutores, provocando menor estigmatização, a exemplo das sanções administrativas.

Por outro lado, o uso de estratégias comportamentais que permitam ao condutor escolher racionalmente submeter-se ao teste é diretamente benéfico ao Estado, na medida em que pode, de maneira eficaz e eficiente, produzir informações necessárias à persecução penal.

Ainda, pode-se inclusive fornecer um reforço positivo como *nudge*, como por exemplo a própria suspensão condicional do processo ou o acordo de não persecução penal⁴⁴⁵ – que podem operar eles mesmos como *nudges* nessas situações. Contudo, seria necessário, destaca-se, que o próprio agente de trânsito explicasse essas nuances, o que tornaria o procedimento de realização do etilômetro mais moroso.

⁴⁴⁵ Destaca-se que a presente tese somente tem por objetivo identificar quais alternativas existem enquanto *nudge*. Nesse sentido, não se tem por intuito identificar qual é a alternativa mais benéfica – o que exigiria outra pesquisa. Além disso, também cabe pontuar que a recusa de realização do teste não é por si só um *nudge*.

Reitera-se que o objetivo da presente tese não é exatamente propor o modo de aplicação desses *nudges*, mas somente identificar a possibilidade de seus usos nos casos de embriaguez ao volante. Por isso, cabe somente apontar as situações em que esses mecanismos comportamentais têm função promotora de diminuição na intervenção do poder punitivo do Estado. Ademais, identificou-se outros modos de compreender o funcionamento do processo penal nesses casos em que o *nudge* pode aparecer, a saber: a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

3.2.3 A suspensão condicional do processo como um nudge

A suspensão condicional do processo é um instituto do direito processual penal brasileiro que permite a suspensão do processo criminal contra o réu mediante o cumprimento de certas condições durante um período determinado. É uma alternativa para crimes de menor potencial ofensivo e prevê que o réu não precisará passar pelo processo criminal, evitando a condenação judicial.

Entre as condições que podem ser exigidas para a suspensão condicional do processo estão: reparação do dano causado pela infração, prestação de serviços à comunidade, comparecimento periódico em juízo, proibição de frequentar determinados lugares ou de se comunicar com determinadas pessoas, entre outras. Caso o réu cumpra as condições estabelecidas durante o período determinado, o processo é suspenso e posteriormente extinto. Caso contrário, o processo continua e o réu pode ser condenado.

A suspensão condicional do processo foi introduzida em 1995 pela Lei nº 9.099, trazendo importantes debates e avanços para o âmbito jurídico, especialmente para o processo penal brasileiro. O instituto permite que o réu cumpra certas condições durante um período definido, conhecido como período de prova, para que possa usufruir dos benefícios da suspensão do processo.

De acordo com Alencar⁴⁴⁶, A promulgação da Lei nº 9.099/95 e a regulamentação do art. 98 representaram a criação de um procedimento sumaríssimo no Brasil, caracterizado por uma justiça criminal consensual. Segundo o autor, tal

⁴⁴⁶ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. **Revista do TRF 1ª Região**, Brasília, ano 18, n. 8, p. 42-49, ago. 2006, p. 42.

sistema tem como objetivo efetivar a descaracterização e despenalização, influenciado pelo modelo da *Common Law*⁴⁴⁷.

Esse aspecto, aliás, é ressaltado por alguns autores que afirmam que a Lei 9.099/95 operou como uma porta de entrada para a Justiça Restaurativa e para o Direito Penal Mínimo⁴⁴⁸. Justamente porque identifica-se uma despenalização, que consiste na redução da aplicação de penas privativas de liberdade ou à diminuição da gravidade da pena de um crime, sem desclassificá-lo, por meio da utilização de soluções alternativas que possam atenuar ou evitar a pena de prisão.

Contudo, com relação à possibilidade de aplicação desse *sursis* processual, é importante verificar o seu cabimento. Verifica-se, por meio de interpretação da legislação, que esse instituto pode ser utilizado em relação a infrações penais cuja pena mínima cominada não ultrapasse um ano, independentemente da previsão de pena de multa e da espécie de pena privativa de liberdade prevista para o crime. Destaca-se, também, que não é possível aplicá-lo em casos de competência da Justiça Militar, conforme vedação expressa prevista no art. 90-A da Lei n. 9.099/1995. Além disso, pode ser aplicado em crimes previstos não só no Código Penal, mas também em leis especiais, como em casos de competência da Justiça Federal, Justiça Eleitoral e nos delitos de competência originária dos tribunais. Também cabe pontuar que é possível oferecer a proposta de suspensão do processo mesmo que a ação penal já esteja em curso, desde que ainda não tenha sido proferida a sentença.

Segundo Oliveira⁴⁴⁹, sobre esse tema o importante é destacar que o artigo 89 da Lei 9.099/95 criou uma nova forma de extinguir a punibilidade, a qual é resultado do cumprimento das condições do instituto da suspensão condicional do processo, aplicável a crimes com pena mínima não superior a um ano. Explica o autor que, com esse procedimento inovador, caso o Ministério Público ofereça a proposta de suspensão condicional do processo e ela seja aceita pelo acusado e seu defensor, o juiz poderá impor um período de prova, suspendendo o processo por 2 a 4 anos, com as condições previstas no § 1º do art. 89, além de outras que entender adequadas ao

⁴⁴⁷ De acordo com Wacquant (2001, p. 64), a população carcerária nesse país ultrapassa os dois milhões de presos, enquanto mais de quatro milhões de indivíduos são submetidos a medidas alternativas, como a probation (suspensão condicional do processo) ou o parole (liberdade condicional).

⁴⁴⁸ MOTTA, Leonardo Longo. A suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) e seus aspectos práticos controvertidos. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 42/43, p. 31-70, 2014, p. 36.

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Leonardo Cunha Lima de. A suspensão condicional do processo e a reforma processual penal. **Revista Jurídica do Ministério Público**, v. 1, n. 3, p. 55-65, 2008, p. 56.

caso e à situação pessoal do acusado, conforme o § 2º do mesmo artigo. Também esclarece que caso o período de prova transcorra sem a revogação da suspensão do processo, o juiz declarará extinta a punibilidade. Do mesmo modo, pontua que o oferecimento da proposta pelo Ministério Público não é facultativo, pois poderia resultar em tratamento diferenciado aos acusados em situações idênticas, com o risco de violação do princípio constitucional da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

Ainda há outras especificidades da suspensão condicional do processo que podem ser observados, contudo para a presente tese esses itens não são propriamente objeto de análise, pois o que se intenta é identificar se a suspensão penal do processo pode operar como um *nudge* ou com o uso de *nudges* no intuito de diminuir a intervenção estatal punitiva.

Por isso, é necessário pontuar quais são os vieses que ocorrem nas situações que envolvem a proposição da suspensão condicional do processo pelo Ministério Público e, também, verificar quais os nudges que podem ser utilizados.

Em primeiro lugar, há que se destacar que o responsável pela arquitetura da escolha nas situações de suspensão condicional no processo nos casos de embriaguez ao volante é o membro do Ministério Público. Retoma-se que o arquiteto de escolhas é alguém que implementa estratégias para influenciar as decisões dos indivíduos envolvidos em determinado contexto, com o objetivo de auxiliar essas pessoas a tomar decisões melhores e mais conscientes, maximizando também os benefícios para o Estado e para a sociedade, nesse caso. Como o Ministério Público é o responsável pelo oferecimento da suspensão condicional do processo, cabe a ele o papel de arquiteto da escolha. Pode atuar informando, durante a audiência, seja ela preliminar ou de instrução e julgamento, os benefícios da suspensão condicional do processo utilizando-se de *nudges*.

Também vale apontar que nessas situações de suspensão condicional do processo o advogado também pode operar como arquiteto de escolhas, na medida em que desempenha papel de orientação e influencia a escolha dos indivíduos que estão envolvidos.

Aponta-se que qualquer dos vieses indicados por Sunstein, pode incidir sobre o suspeito, visto que cada indivíduo reage de modo distinto nessa situação. Aponta-se, em especial, o viés da conformidade, também conhecido como “efeito manada”,

que se refere a tendência das pessoas em seguir o comportamento e opiniões da maioria em situações sociais. Nesse sentido, durante a audiência que aborde a embriaguez ao volante, o suspeito pode ser influenciado pela decisão de outros suspeitos em casos similares, em vez de fazer uma escolha independente.

Também, pode-se indicar o viés de projeção, que consiste no fenômeno psicológico em que as pessoas tendem a presumir que outras pessoas têm crenças, valores, atitudes e comportamentos semelhantes aos seus próprios. Nesse sentido, o suspeito pode presumir que o juiz ou o Ministério Público compartilham de suas crenças ou opiniões sobre o uso de álcool ou outras substâncias ao volante, impedindo que faça a escolha ótima na situação.

Diante da possibilidade de incidência desses vieses, há a necessidade da implementação de *nudges* para auxiliar no acordo que estabeleça a suspensão condicional do processo.

Um primeiro *nudge* que pode ser utilizado é o da antecipação, que consistiria no fornecimento de informações aos acusados sobre as possíveis consequências de dirigir sob a influência de álcool ou drogas pode incentivar a tomada de decisões mais responsáveis no futuro. No mesmo sentido, pode-se utilizar o *nudge* da expectativa social, ao informar os acusados que a maioria das pessoas segue as leis de trânsito e não dirige sob a influência de álcool, o que pode influenciar positivamente o comportamento deles.

Outro *nudge*, mencionado por Sunstein, que pode ser utilizado é a divulgação de informações para auxiliar a tomada de decisões. Nesse sentido, caberia ao arquiteto de escolhas explicar o que é a suspensão condicional do processo, quais suas vantagens e, também, explicar sobre as consequências da embriaguez ao volante – de modo acessível e compreensível.

No mesmo sentido, pode-se utilizar do *nudge* da elucidação de intenções de implementação, que consiste em influenciar a intenção das pessoas de realizar uma determinada ação, podendo ser realizada por diversos meios, inclusive por meio de perguntas que buscam provocar uma resposta desejada. As perguntas servem para direcionar e deixar clara a intenção da própria pessoa, que por conta disso ficaria mais propensa a realizar a suspensão condicional do processo.

Por fim, o reforço positivo é também um *nudge* propício nessas situações, já que a suspensão condicional do processo já é, por si só, um incentivo para a adoção

de comportamentos mais responsáveis no futuro, na medida em que impõe condicionamentos para a concessão desse benefício processual e opera conscientizando o indivíduo das consequências de suas ações sem que haja maior intervenção estatal e respeitando seus direitos e garantias individuais.

3.2.4 O acordo de não persecução penal como um nudge

O sistema de justiça criminal no Brasil enfrenta enormes desafios. Segundo Cabral⁴⁵⁰, há uma percepção de que a cifra oculta de delitos não registrados está aumentando e que a investigação criminal é, em geral, ineficaz, com a autoria e participação em delitos identificadas apenas em casos de prisão em flagrante. Além disso, os casos que chegam às Varas Criminais são frequentemente afetados por tramitação lenta e burocrática, tornando quase inatingível uma sentença penal definitiva para delitos graves.

Segundo o autor, uma das soluções mais promissoras para melhorar a eficiência do sistema de justiça criminal é a implementação de um modelo de acordo em casos criminais. Isso implicaria em priorizar os casos mais graves para serem levados a julgamento completo perante o Juiz, enquanto casos de menor gravidade seriam resolvidos por meio de acordos, economizando tempo e recursos públicos e proporcionando uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos.

A Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público no Brasil. Uma das novidades trazidas pelo artigo 18 da resolução foi a criação do "acordo de não persecução penal".

O acordo de não persecução penal é um mecanismo que permite ao Ministério Público encerrar uma investigação criminal sem a necessidade de oferecer denúncia à Justiça, desde que o investigado cumpra certas condições previamente acordadas, como reparação do dano causado ou prestação de serviços comunitários.

A finalidade principal do acordo é acelerar as investigações criminais e desafogar o Judiciário. Além disso, ele pode ser benéfico para réus sem antecedentes

⁴⁵⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal**: resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 21.

criminais, pois evita a abertura de um processo penal e preserva a imagem do investigado.

Vale destacar que o acordo de não persecução penal somente é aplicável em casos de crimes de menor potencial ofensivo e em situações específicas previstas na lei. Além disso, ele não é aplicável a crimes considerados hediondos, de tortura, tráfico de drogas, terrorismo, entre outros.

Pontua-se, também, que o parágrafo 5º do artigo 18 da Resolução nº 181/17 permite que o Ministério Público possa propor e celebrar um acordo de não-persecução penal na mesma oportunidade da audiência de custódia. Essa medida visa a aproveitar a presença física do investigado para economizar recursos públicos e agilizar o procedimento consensual, evitando a realização de novos atos de comunicação.

Antes de identificar os vieses que incidem nessas situações e os *nudges* a serem utilizados, há que se pontuar que, assim como na suspensão condicional do processo, os responsáveis pela arquitetura da escolha para o acordo de não persecução penal nos casos de embriaguez ao volante são o membro do Ministério Público e o advogado do caso. Como o Ministério Público é o responsável pelo oferecimento do acordo de não persecução penal, sobretudo no momento da audiência de custódia, e o advogado acompanha e auxilia o indivíduo envolvido na situação de embriaguez ao volante, cabe a eles o papel de arquiteto da escolha.

Podem atuar informando, durante a audiência de custódia os benefícios do acordo de não persecução penal utilizando-se de *nudges*.

Quanto aos vieses que podem incidir sobre o suspeito, por se tratar de situação de audiência, análoga ao momento em que é ofertada a suspensão condicional do processo, pode-se afirmar que os vieses direcionadores de perspectiva são os mesmos. Dessa forma, há que se atentar especialmente também ao viés da conformidade, visto que o suspeito pode ser influenciado pela decisão de outros suspeitos em casos similares.

Para auxiliar na feitura do acordo de não persecução e evitar a incidência de vieses, sugere-se o uso de *nudges*. Para isso, - além dos mesmos nudges que podem ser utilizados nas situações de proposição da suspensão condicional do processo - durante a audiência de custódia, tanto o juiz quanto o promotor podem fazer uso de

linguagem clara e acessível para explicar as consequências do acordo para o acusado com a finalidade de facilitar a compreensão e incentivar a adesão.

Também, durante a audiência, o promotor pode apresentar ao acusado as alternativas ao acordo de não persecução penal, como a possibilidade de enfrentar um julgamento completo e a consequente possibilidade de uma sentença mais rigorosa. Do mesmo modo, o juiz e o promotor podem destacar os benefícios do acordo para o acusado, como a possibilidade de evitar um julgamento longo e estressante e as consequências negativas de uma condenação criminal.

Pode-se também utilizar o *nudge* das normas sociais, o juiz e o promotor podem destacar que outras pessoas em situações semelhantes têm optado por acordos de não persecução penal e que esta é uma prática aceita e comum.

Por fim, pode-se utilizar o *nudge* da personalização, de modo que o juiz e o promotor podem fazer uma abordagem personalizada para o acusado, levando em consideração as suas circunstâncias específicas e explicando como o acordo pode ser uma solução mais adequada para o seu caso.

O uso desses *nudges* auxiliaria o acusado a tomar uma escolha consciente a respeito de seu próprio destino no processo penal nos casos de embriaguez ao volante. Em contrapartida, a realização do acordo de não persecução, bem como a promoção da suspensão condicional do processo, fomenta o desencarceramento, diminuindo a intervenção punitiva do Estado e respeitando ao mesmo tempo os direitos e garantias individuais. É o que se verifica no tópico a seguir.

3.2.5 A função dos nudges no desencarceramento e a justiça restaurativa

O Brasil apresenta uma realidade que desafia o cenário descrito pela literatura internacional acerca do crescimento do encarceramento e das políticas de endurecimento penal. Autores como Garland⁴⁵¹ e Wacquant⁴⁵² defendem que o aumento do punitivismo é uma tendência decorrente do declínio das políticas sociais do bem-estar. No entanto, conforme Azevedo & Sinhoretto⁴⁵³, nos últimos quinze anos,

⁴⁵¹ GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. **Instituto Carioca de Criminologia Revan**, 2008.

⁴⁵² WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

⁴⁵³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SINHORETTO, Jacqueline. O sistema de justiça criminal na perspectiva da antropologia e da sociologia. **REVISTA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO BIBLIOGRÁFICA EM CIÊNCIAS SOCIAIS - BIB**, v. 1, p. 188-215, 2018, p. 3.

o Brasil tem experimentado a implementação de políticas distributivas, a melhoria dos padrões de desenvolvimento humano e a redução das desigualdades regionais e sociais. Apesar disso, de acordo com dados coletados pelos autores, a população carcerária brasileira cresceu ininterruptamente desde a promulgação da Constituição de 1988. Ainda de acordo com os mesmos autores, em 1990, havia 104,7 presos para cada grupo de 100 mil habitantes acima de dezoito anos de idade, e em 2014, essa taxa havia aumentado para 420,6. Assim, apontam eles que número total de encarcerados no país atingiu 607 mil em 2014, com um crescimento acelerado desde 2003.

Ainda segundo os autores, no Brasil, a opção pelo aumento do encarceramento não vem acompanhada da garantia de condições mínimas para os presos, contribuindo para a violência dentro do sistema prisional, a propagação de doenças e o crescimento das facções criminosas. Indicam eles que em 2011, o déficit de vagas no sistema prisional era de 175.841, número que aumentou para 211.741 em 2012, resultando em uma média nacional de 1,7 presos por vaga. Nesse aspecto, apontam que as teorias internacionais que relacionam o aumento do encarceramento ao declínio das políticas sociais de bem-estar, modificando essencialmente as funções da pena, se confirmam na realidade brasileira⁴⁵⁴.

O desencarceramento é baseado na ideia de que o encarceramento em massa não é a solução para a violência e a criminalidade, mas sim uma das principais causas delas. A superlotação das prisões, a violência e a falta de condições de vida adequadas dentro delas criam um ambiente propício para a perpetuação de práticas criminosas e para a reentrada no mundo do crime após a liberação.

O movimento de desencarceramento argumenta que o sistema de justiça criminal deve se concentrar em abordagens mais justas, eficazes e humanas para lidar com o crime e a violência. Isso inclui o fortalecimento das políticas de prevenção ao crime, a adoção de alternativas ao encarceramento, como penas alternativas, monitoramento eletrônico, liberdade condicional e justiça restaurativa, e a promoção da reinserção social de ex-presidiários.

O desencarceramento não significa que não deve haver punição para os crimes cometidos. Ao contrário, ele enfatiza que a punição deve ser justa, proporcional ao crime cometido e ser acompanhada de medidas de reabilitação e reintegração

⁴⁵⁴ AZEVEDO; SINHORETTO, 2018, p. 15.

social dos condenados. Além disso, a abordagem do desencarceramento também se preocupa em combater as causas estruturais da criminalidade, como a pobreza, a exclusão social e a falta de acesso a serviços básicos, como saúde e educação.

No entanto, o movimento de desencarceramento é frequentemente criticado por aqueles que argumentam que a redução do encarceramento pode levar a um aumento da criminalidade e da violência. No entanto, muitos estudos, como os acima indicados, têm mostrado que a adoção de políticas de desencarceramento pode reduzir a criminalidade e a reincidência, desde que acompanhada por políticas de prevenção e reinserção social.

Em resumo, o movimento de desencarceramento representa uma mudança de paradigma no sistema de justiça criminal, que busca reduzir o encarceramento em massa e promover abordagens mais justas, eficazes e humanas para lidar com a criminalidade e a violência.

O desencarceramento está intimamente relacionado ao conceito de direito penal mínimo. O direito penal mínimo é uma abordagem que busca reduzir o papel do sistema penal na resolução de conflitos sociais, privilegiando soluções extrajudiciais e alternativas à prisão. O desencarceramento é uma das principais medidas propostas para concretizar essa visão de direito penal mínimo.

O desencarceramento se refere a uma redução drástica no número de pessoas presas, principalmente por crimes de baixo potencial ofensivo ou crimes sem violência. A proposta é que, em vez de prender, o sistema penal invista em medidas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade, o acompanhamento psicossocial e a justiça restaurativa. Essas medidas têm como objetivo não apenas reduzir o número de pessoas presas, mas também promover a reintegração social do infrator, ao invés de apenas puni-lo.

Dessa forma, o desencarceramento está diretamente ligado à ideia de direito penal mínimo, pois busca reduzir a intervenção do sistema penal, evitando a prisão e suas consequências negativas, como a superlotação, a violência e a disseminação de doenças nos presídios. Além disso, a ênfase em medidas alternativas e restaurativas tem como objetivo promover a justiça e a paz social de uma maneira mais eficaz e justa.

O direito penal mínimo e os *nudges* são duas abordagens que têm em comum a preocupação com a efetividade das políticas públicas. Ambas buscam alcançar

resultados mais eficientes, usando estratégias que levam em conta o comportamento humano.

O direito penal mínimo é uma abordagem que busca reduzir o papel do sistema penal na resolução de conflitos sociais, privilegiando soluções extrajudiciais e alternativas à prisão. A ideia é que, em vez de recorrer à punição, o sistema penal invista em medidas que promovam a reintegração social do infrator e evitem a reincidência.

Os *nudges*, por sua vez, são intervenções comportamentais que buscam incentivar determinadas escolhas sem restringir a liberdade de escolha das pessoas. São exemplos de *nudges* as informações claras e objetivas que induzem a escolha de uma opção, a facilitação de determinadas ações ou a criação de incentivos para que as pessoas adotem determinados comportamentos.

Assim, a relação entre o direito penal mínimo e os *nudges* está na possibilidade de se aplicar técnicas comportamentais para aumentar a efetividade das medidas alternativas à prisão. Por exemplo, *nudges* podem ser usados para incentivar a adesão a programas de acompanhamento psicossocial, trabalho comunitário, justiça restaurativa e outras medidas que buscam a reintegração social do infrator.

3.2.5.1 A justiça restaurativa e os nudges

Como apontado no tópico 2.1.2, a justiça restaurativa é uma abordagem que propõe um novo modelo de justiça criminal como alternativa ao sistema penal tradicional. Ela busca promover a resolução de conflitos de forma mais participativa, empática e colaborativa, envolvendo as partes interessadas na busca por soluções que possam reparar o dano causado e restaurar as relações sociais rompidas pelo crime.

A justiça restaurativa tem como objetivo central a promoção da reparação do dano e a prevenção da reincidência, além de fomentar a conscientização sobre as consequências do crime e a responsabilização pelo comportamento infrator. Essa abordagem é baseada no diálogo e no respeito mútuo entre as partes envolvidas e tem sido adotada em diversos países como uma forma de reduzir a violência, a reincidência e os custos do sistema penal.

Apesar de ter um longo histórico de aplicação em outros ordenamentos jurídicos, a justiça restaurativa é uma prática ainda em desenvolvimento no Brasil. Visa uma cultura de paz por meio do diálogo e encontros entre a vítima, o perpetrador e os membros da comunidade que foram prejudicados pela prática ilegal. O objetivo é criar um modelo mais humano de distribuição de justiça que garanta, além das garantias legais e processuais, um processo de responsabilidade pela causa do dano, permitindo que outras partes reconheçam e avaliem as necessidades e direitos das vítimas.

Uma forma diferente de lidar com o conflito é por meio da justiça restaurativa, que visa reparar qualquer dano individual, social e interpessoal causado pelo crime cometido. Como resultado, é necessário um processo de participação conjunta no qual o ofensor, a vítima e, quando aplicável, outros indivíduos e membros da comunidade trabalhem ativamente juntos para resolver os problemas que levaram ao crime. Como tal, implica uma abordagem cooperativa e pacificadora para a resolução de conflitos que pode ser usada em vários contextos, incluindo, por exemplo, ambientes familiares, de trabalho, educacionais e judiciais. No âmbito criminal, a justiça restaurativa pode ser uma opção que produz resultados frutíferos. Através da utilização de técnicas cíclicas, entre outras, o foco está na vítima e no agressor, bem como nos processos de aprendizagem e capacidade de autorresponsabilização pelo dano causado e necessidades dos envolvidos.

Sem um julgamento impositivo e verticalmente orientado por um juiz, o diálogo possibilita à vítima expressar sua necessidade e ao ofensor reconhecer suas respectivas culpas nas situações em que se mostra viável a prática da justiça reparadora. Importante destacar que, em determinada conjuntura histórica, o crime foi definido como um ato cometido contra a autoridade do Estado, que assumiu a responsabilidade de responder aos conflitos sociais que perturbavam a paz social, com a imposição da pena (*jus puniendi*) após o término do processo, servindo como a única sanção legal no lugar da propriedade privada. Ocorre que nessa fase, o Estado tomou o lugar da vítima, que passou a ser relegada a uma fonte de prova e sua oitiva, no processo judicial, como um meio de prova a subsidiar o julgador na formação do seu livre convencimento⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ ZEHR, 2008, p. 87.

Verifica-se que o uso das práticas restaurativas, como alternativa ao processo penal, encontra amparo no preâmbulo da Constituição da República e nos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

A Resolução nº 2002/2012 da ONU estimula a aplicação da Justiça Restaurativa, inclusive, no âmbito criminal. No Brasil, a Resolução nº 225/2016⁴⁵⁶ do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, pretendeu estabelecer um norte para implantação das práticas restaurativas, estabelecendo, inclusive, como princípios: a) sigilo, confidencialidade e voluntariedade da sessão. Ou seja, vítima nem agressor devem ser obrigados a participar no processo restaurativo, tampouco a aceitar os resultados restaurativos; b) entendimento das causas que contribuíram para o conflito; c) consequências que o conflito gerou e ainda poderá gerar; d) o valor social da norma violada pelo conflito (art. 8º).

Ainda, a Resolução nº 288/2019 do CNJ⁴⁵⁷, ao prever, em seu art. 1º, a adoção, como política institucional do Poder Judiciário, da promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade, bem como, em seu art. 3º, inciso VII e VIII, o fomento a mecanismos horizontalizados e autocompositivos, a partir de soluções participativas e ajustadas às realidades das partes; VIII - a restauração das relações sociais, a reparação dos danos e a promoção da cultura da paz.

As práticas restaurativas também são recomendadas no âmbito do Ministério Público, consoante artigos 13 e 14 da Resolução nº 118/2014 do CNMP⁴⁵⁸, ao recomendar aos seus membros as práticas restaurativas com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos e, ainda, a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

Como parâmetro legislativo, tem-se a Lei nº 12.594/2012⁴⁵⁹ que institui o SINASE, e que estabelece em seu art. 35, que na execução das medidas

⁴⁵⁶ **DJE/CNJ nº 225/2019**, de 31/05/2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289> Acesso em: 5 mar. 2023.

⁴⁵⁷ **DJE/CNJ nº 288/2019**, de 25/06/2019, p. 1-7. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2957>. > Acesso em: 5 mar. 2023.

⁴⁵⁸ **CNMP nº 118/2014**, de 01/12/2014, p. 1-9. Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>> Acesso em: 5 mar. 2023.

⁴⁵⁹ **BRASIL. Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto

socioeducativas deve-se favorecer meios de autocomposição de conflitos e priorizar práticas restaurativas. O próprio ECA, no art. 126, preceitua o instituto da remissão como mecanismo de exclusão/evitação do processo (prévia à representação) ou, no curso do procedimento judicial. A remissão, como forma de exclusão do processo, evita maior envolvimento do adolescente com o sistema de Justiça Juvenil, preservando a sua primariedade, nos termos do artigo 127 do ECA.

Para além desse parâmetro legal, gradativamente a Justiça Restaurativa vem sendo implantada em Tribunais de Justiça e tornou-se meta e objeto de uma política pública nacional no âmbito do Poder Judiciário, via Conselho Nacional de Justiça⁴⁶⁰.

A Justiça Restaurativa lança um olhar diferenciado sobre a Justiça Retributiva, permitindo que vítima e infrator possam, por meio do diálogo, solucionar o conflito subjacente, atendendo às necessidades daquela e introjetando neste a responsabilização pelo ato, podendo, outrossim, por meio dessa diferenciada feição, servir de importante instrumento preventivo de novos atos delitivos.

Conforme explica Zehr⁴⁶¹, a justiça restaurativa adota uma abordagem distinta em relação aos questionamentos habituais do sistema de justiça criminal, que se concentram em identificar as leis violadas, o autor do dano e a punição merecida pelo infrator. Em vez disso, a justiça restaurativa busca mudar o foco para os envolvidos no conflito, levantando questões mais centradas nas vítimas e suas necessidades, tais como: quem foi afetado pelo dano causado? Quais são as suas necessidades e demandas? E quem é responsável por satisfazê-las? Ao reformular as questões nesses termos, a justiça restaurativa prioriza o diálogo, a empatia e a colaboração como meio de alcançar uma resolução mais satisfatória e curativa para todas as partes envolvidas.

De acordo com Elliot⁴⁶², é uma experiência reparadora para todos os envolvidos, embora complexa e trabalhosa, porque demanda paciência e sensibilidade frente a dolorosas situações e vitimização traumática. Compreende que

da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm Acesso em: 15 mar. 2023.

⁴⁶⁰ Resoluções nº 225/2016 e nº 288/2019.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 189.

⁴⁶² ELLIOT, Elizabet M. **Segurança e cuidado: justiça restaurativa e sociedade saudáveis**. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018, p. 107.

o dano de um é um dano de toda a coletividade, muito embora muitas vezes ofensor e vítima sejam desconhecidos, porque todo o tecido social é afetado. Apesar de haver uma visão amplamente adotada de que a Justiça Restaurativa se limita a crimes relativamente menores, não violentos, as pesquisas demonstram que tem maior impacto em casos violentos.

Questiona-se, contudo, sobre a ausência de previsão legal das consequências jurídicas para o processo penal e ponderar se a Resolução nº 225/2016 do CNJ prevê, com suficiência, a solução jurídica do caso concreto.

Vemos de forma proveitosa a tentativa de positivação da Justiça Restaurativa no Projeto de Lei nº 8045/2010, que trata do projeto de reforma global do novo CPP⁴⁶³, com redação nitidamente orientada pela Resolução nº 225/2016 CNJ.

Do projeto de lei, atribui-se, desde o início ao Delegado de Polícia, um possível primeiro filtro, com a representação pelo encaminhamento do conflito à prática de justiça restaurativa⁴⁶⁴, como, aliás, já está previsto no art. 7º, parágrafo único, da Resolução nº 225/2016 do CNJ. Poderá haver instauração da prática restaurativa, também, pelo juiz, de ofício ou a pedido das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública. O Projeto reserva um capítulo para a justiça restaurativa penal, tratando-a, no art. 114, como política pública destinada a reintegração social, com a participação da vítima, do autor do fato e da comunidade, e que tem por objetivos: I - a redução dos índices de reincidência; II - a reintegração social do autor do fato; III - a promoção da indenização dos danos sofridos pela vítima.

O projeto do novo Código de Processo Penal, de maneira semelhante ao previsto na Resolução nº 225/2016 CNJ, dispõe sobre os princípios que orientam a justiça restaurativa, quais sejam, a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento das necessidades, o diálogo, a igualdade, a informalidade, a extrajudicialidade, a voluntariedade, a participação, o sigilo e a confidencialidade.

O projeto dispõe, ainda, que para que o conflito seja passível da prática restaurativa, é necessário que as partes reconheçam os fatos essenciais, o que não implica admissão de culpa em eventual processo judicial (art. 115, § 1º) e que o

⁴⁶³ BRASIL. **Projeto de lei nº 8.045 de 22 de dezembro de 2010.** Trata do "código de processo penal". Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1998270&filename=SBT+1+P%20L804510+%3D%3E+PL+8045/2010>. Acesso em: 5 mar. 2023.

⁴⁶⁴ BRASIL, PL nº 8045/2010.

conteúdo da prática restaurativa é sigiloso e confidencial, não podendo ser relatado ou utilizado como prova em processo penal, exceção feita apenas a alguma ressalva expressamente acordada entre as partes ou a situações que possam colocar em risco a integridade dos participantes (art. 115, § 6º).

Ainda, estabelece que, as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras.

Orienta ainda, tal qual já o faz a Resolução nº 225/2016 CNJ, que o acordo restaurativo será homologado pelo magistrado responsável, preenchidos os requisitos legais. Ainda, que a prática restaurativa penal ocorre de forma paralela ao processo judicial, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

O Projeto estabelece que cumprido o acordo restaurativo antes do recebimento da denúncia, nos casos de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, será declarada extinta a punibilidade do agente. Ademais, por ocasião da sentença, o juiz valorará o acordo homologado, conferindo-lhe eventual abrandamento da pena (art. 122). Porém, não alcançado o acordo restaurativo, será vedada a utilização de dados obtidos na prática restaurativa como prova processual ou sua utilização como causa para aumento de eventual sanção penal (art. 123).

O Projeto também prevê que nas hipóteses de delitos que admitam a suspensão condicional do processo é possível a realização de acordo restaurativo e que sua homologação acarretará os mesmos efeitos da suspensão condicional do processo (art. 323, § 12), isto é, cumpridas integralmente as condições aceitas, haverá a extinção da punibilidade do agente.

Cite-se, ainda, que o Projeto inova ao dispor que na abertura da audiência de instrução o juiz indagará se o acusado e a vítima foram informados sobre a possibilidade de participar de prática restaurativa (art. 334, § 1º). É, assim, a positivação da ideia fundamental de que antes de se recorrer ao direito penal é dever institucional, antes de recorrer à intervenção penal, esgotar todas as possibilidades extrapenais disponíveis e somente quando essas opções se mostrarem inadequadas

ou insuficientes é que a intervenção penal poderá ser justificada⁴⁶⁵. A partir daí, inicia-se o processo penal.

Com isso em mente, percebe-se a tentativa do legislador de propiciar a Justiça Restaurativa, seja no início da persecução penal, seja ao longo do seu desenvolvimento, devendo ainda o magistrado, antes de iniciar a instrução, questionar as partes se foram informadas sobre a possibilidade de participar da prática restaurativa.

Observe-se que a Resolução nº 225/2016 do CNJ deixa ao prudente arbítrio do julgador, caso a caso, a decisão judicial que deve ser aplicada (art. 1º, § 2º) caso haja o integral cumprimento do acordo restaurativo. Ante a ausência de parâmetros legais, há necessidade de se socorrer de apoio jurisprudencial e doutrinário que apresenta algumas soluções para a situação enfrentada.

Para alguns, a positiva solução restaurativa pode sustentar absolvição, com arrimo no art. 386, inciso III, do CPP, em casos nos quais se alcançou o fim maior do processo (pacificação individual e social, nem sempre advinda do processo penal tradicional) e a consequente desconfiguração da justa causa e da pretensão punitiva e do caráter do ato como infração penal, ocorrendo a perda superveniente do interesse de agir.

Para outros, o acordo restaurativo, em nome do princípio da individualização da pena, pode ter impactos na dosimetria da pena, implicando uma atenuação da sanção, seja por força da atenuante genérica nominada do art. 66 do Código Penal, seja por conta da reparação de danos causados que implicaria uma minoração da condenação⁴⁶⁶.

Muito se tem debatido sobre as possibilidades de saídas alternativas que, ao resolver o conflito penal por outras vias consensuais, acabam por evitar que a solução desague em um julgamento da matéria de fundo.

⁴⁶⁵ DIAS, 2008, p. 210.

⁴⁶⁶ Esse parece ser o entendimento consolidado no Projeto do novo CPP, pois, conforme exposto acima, se o acordo restaurativo for cumprido antes do recebimento da denúncia, nos casos de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, será declarada extinta a punibilidade (art. 121). Porém, afora essa situação, por ocasião da sentença, o juiz valorará o acordo homologado, conferindo-lhe eventual abrandamento da pena (art. 122). BRASIL, PL 8.045/2010.

Com isso, tem-se institutos como a composição civil, a transação penal, e a suspensão condicional do processo. Estes três institutos encontram-se previstos, respectivamente, nos artigos 72, 76 e 89, todos da Lei nº 9.099/95⁴⁶⁷.

Além dos referidos mecanismos de solução de conflito, mais recentemente surgiu o Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A e seguintes do Código de Processo Penal)⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. BRASIL, **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm Acesso em: 15 mar. 2023.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. BRASIL, Lei nº 9099/1995.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. *Ibidem*.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. *Ibidem*.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. *Ibidem*.

⁴⁶⁸ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência). I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) I - se for cabível

Conforme estabelecido pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, quando o investigado confessa, de forma formal e circunstanciada, a prática de uma infração penal sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos e o caso não se enquadrar para arquivamento, o Ministério Público pode propor um acordo de não persecução penal, desde que tal medida seja considerada necessária e suficiente para a reprovação do crime.

Ora, dentro da discricionariedade regrada (poder-dever) que lhe concede a disciplina legal e a própria concepção do instituto, o órgão ministerial poderá se negar a formular proposta ao investigado, pois deverá ponderar previamente se o acordo é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O controle de legalidade efetuado pelo Poder Judiciário se restringe na análise das condições eventualmente impostas no acordo, nas hipóteses em que é formulado, por óbvio.

No entanto, é importante ressaltar que a decisão sobre o acordo de não persecução penal (ANPP) não cabe ao Poder Judiciário, sob o risco de descaracterizar o próprio instituto. Como o nome sugere, trata-se de um acordo que deve ser proposto pelo titular da ação penal pública, e não pelo juiz. É importante observar que a legislação não permite ao magistrado analisar e decidir sobre a conveniência e oportunidade da realização desse tipo de acordo.

Caso o representante do Ministério Público não ofereça o Acordo de Não Persecução Penal, poderá o investigado/acusado utilizando do disposto no § 14^o⁴⁶⁹, do artigo 28-A, do CPP, recorrer à Procuradoria-Geral de Justiça, órgão superior do Ministério Público, responsável pela análise do cabimento, ou não, da propositura do

transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência). BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 15 mar. 2023.

⁴⁶⁹ No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

ANPP. Por isso, também, mostra-se fundamental o uso dos *nudges* e a consideração do Ministério Público como arquiteto de escolhas.

Outro ponto importante de ser observado é a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal aos crimes de embriaguez ao volante, homicídio culposo e lesão corporal culposa.

Embora conste no *caput* do artigo 28-A, do CPP que para o oferecimento do acordo de não persecução penal, a prática de infração penal deve ser sem violência ou grave ameaça, tem-se que a expressão “sem violência ou grave ameaça”, refere-se ao desejo do resultado violência ou grave ameaça, tendo assumido esse risco, ou seja, o dolo.

Ocorre que, nos crimes culposos como, por exemplo, homicídio culposo e lesão corporal culposa, ambos previstos no Código Penal e Código de Trânsito Brasileiro, na ação do sujeito não há intenção ou assunção do risco, mas sim a prática do crime mediante negligência, imprudência ou imperícia, sendo plenamente possível, portanto, o oferecimento do acordo de não persecução penal, desde que preenchidos os requisitos exigidos, bem como seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Assim, a recente previsão de acordo de não persecução penal (ANPP), embora passível de críticas⁴⁷⁰, não se pode negar que pode ser um importante instrumento para aplicação da justiça restaurativa⁴⁷¹, possibilitando um diálogo entre vítima e ofensor na discussão do acordo, otimizando uma solução mais eficiente para ambos, inclusive no atendimento das necessidades da vítima, do ofensor e do entorno deles.

Todos eles constituem uma oportunidade valiosa para desenvolver uma nova perspectiva sobre o conflito no âmbito penal. Também a Justiça Restaurativa pode ser utilizada, trocando as lentes automáticas retributivas, com o devido acompanhamento

⁴⁷⁰ Diversos aspectos do novo art. 28-A do CPP tiveram sua constitucionalidade questionada perante o STF, vide ADI 6304/2020. As principais críticas ao novel instituto se concentram na exigência de confissão e aplicação de condições que, em verdade, trata-se de penas aplicadas sem processo. Vide também: CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Da confissão no acordo de não persecução penal**. MIGALHAS, 1 out. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 15 mar. 2023.

⁴⁷¹ Cite-se a Central Interdisciplinar de Acordo de Não persecução Penal, atualmente em funcionamento no CEJUSC de Ponta Grossa, intitulado “CEI DE COR”, idealizada e desenvolvida pela Juíza Coordenadora do CEJUSC de Ponta Grossa, Dra. Laryssa Angelica Copack Muniz. Central Interdisciplinar de Acordo de Não Persecução Penal funciona no CEJUSC de Ponta Grossa. **TJPR**. 09 jun. 2021. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/51488865. Acesso em: 15 mar. 2023.

por facilitadores e uso de técnicas específicas, podendo ser aplicada em todo e qualquer tipo de crime ou ofensa, ainda que graves ou praticados mediante violência ou grave ameaça.

O sistema penal convencional pode se mostrar custoso, lento e, em algumas ocasiões, traumático, além de não atender plenamente às necessidades de todos os envolvidos, como verificado nos capítulos anteriores dessa tese. Dessa maneira, a Justiça Restaurativa pode ser uma alternativa viável, uma vez que oferece uma abordagem diferenciada, baseada no diálogo e na escuta horizontal entre os participantes, em contraposição à abordagem vertical e impositiva do sistema penal tradicional. É essencial que sejam empregadas múltiplas abordagens para se analisar os diferentes aspectos de uma realidade complexa.

Cita-se como exemplo prática da justiça restaurativa a decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 0068859-18.2021.8.16.0000⁴⁷², em que os julgadores, ao analisar o caso concreto, destacaram que a manutenção do cárcere não traria o efeito desejado no paciente, destacando que os dados coletados do processo demonstravam a necessidade de um acompanhamento social e psicológico.

Por meio dessa análise, pode-se afirmar que a justiça restaurativa, o desencarceramento⁴⁷³ e o direito penal mínimo são ideias profundamente relacionadas, que compartilham uma visão crítica do sistema de justiça criminal e buscam soluções mais humanizadas e eficazes para lidar com o crime e o conflito.

Como verificado, a justiça restaurativa propõe uma abordagem colaborativa e empática para a resolução de conflitos, valorizando a reparação do dano e o diálogo

⁴⁷² HABEAS CORPUS – IMPUTAÇÃO AOS ARTIGOS 155 E 333, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA DA PACIENTE – IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES - ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO – PROVIMENTO – DECISÃO DO JUÍZO DE ORIGEM FUNDAMENTADA EM DADOS CONCRETOS, PORÉM VERIFICA-SE SITUAÇÃO DE ENCARCERAMENTO INEFICAZ, SENDO SITUAÇÃO QUE DETERMINA A NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO SOCIAL E PSICOLÓGICO, COM EVENTUAIS MEDIDAS TERAPEUTICAS, ATRAVÉS DA CEMSU (CENTRAL DE MEDIDAS SOCIALMENTE ÚTEIS). APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E PRISÃO DOMICILIAR, PARA GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM CONCEDIDA. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus - 0068859-18.2021.8.16.0000** - Colombo - Rel.: Juiz de direito substituto em segundo grau Mauro Bley Pereira Junior - J. 25 nov. 2021.

⁴⁷³ Destaca-se, aqui, que a ideia de desencarceramento operaria como norteadora do sistema de justiça, não propriamente como uma consequência direta do uso dos *nudges*. Mesmo porque a pena para o crime de embriaguez ao volante é a detenção, em regra com início do cumprimento no regime semi-aberto.

como meio de alcançar a cura e a restauração da harmonia social. Ao priorizar a resolução pacífica do conflito, a justiça restaurativa pode reduzir a necessidade de encarceramento e punição excessiva.

A defesa pela tese do desencarceramento, por sua vez, propõe a redução do número de pessoas encarceradas, bem como o uso de alternativas à prisão para crimes não violentos ou de baixo impacto social. Essa abordagem busca evitar o encarceramento em massa, que pode ser custoso, desumano e pouco efetivo na prevenção da criminalidade.

O direito penal mínimo propõe que o direito penal só deve ser usado em último caso e em circunstâncias extremas, quando todas as outras opções falharem. Essa corrente argumenta que muitas vezes o sistema de justiça criminal é usado de forma excessiva e punitiva, o que pode levar a resultados prejudiciais para a sociedade e para o infrator.

Dito isso, retoma-se que os *nudges* são intervenções suaves e não-coercitivas que buscam incentivar comportamentos positivos, tais como o cumprimento das leis e normas sociais. Ora, dessa maneira eles podem ser usados em conjunto com as ideias de justiça restaurativa, desencarceramento e de direito penal mínimo para incentivar comportamentos mais colaborativos e menos conflituosos, reduzindo a necessidade de intervenção punitiva do sistema de justiça criminal.

Em conjunto, esses conceitos apontam para a necessidade de repensar o sistema de justiça criminal, de modo a torná-lo mais efetivo, justo e humano. Eles propõem uma abordagem centrada nas necessidades das vítimas, dos infratores e da sociedade em geral, buscando soluções que levem em conta as complexidades e nuances do crime e do conflito.

Dessa maneira, aponta-se para a necessidade de uma transformação do sistema de justiça criminal. A justiça restaurativa, o desencarceramento e direito penal mínimo somados com o uso dos *nudges*, podem ser vistos como soluções alternativas para uma abordagem mais humana e efetiva para lidar com o crime e o conflito.

Essa abordagem deve ser centrada nas necessidades das vítimas, dos infratores e da sociedade em geral. Isso significa o foco principal não consiste em punir os infratores, mas em buscar soluções que atendam às necessidades das pessoas envolvidas e que busquem a reconciliação e a restauração das relações afetadas.

Por fim, destaca-se que, na justiça restaurativa, os *nudges* podem ser utilizados para incentivar a participação das partes envolvidas no processo restaurativo, buscando uma solução colaborativa e pacífica para o conflito.

Uma forma de utilizar os *nudges* com a justiça restaurativa é por meio da comunicação. A utilização de palavras e frases que incentivem a colaboração e a busca por soluções pacíficas pode influenciar positivamente as partes envolvidas no processo, incentivando a participação e a adoção de posturas colaborativas.

Além disso, os *nudges* podem ser utilizados para incentivar a responsabilização das partes envolvidas no conflito. Em vez de impor uma punição ao infrator, pode-se utilizar estratégias que incentivem a sua reflexão sobre as consequências de suas ações e sobre a importância da reparação do dano causado.

Em resumo, os *nudges* podem ser utilizados na justiça restaurativa para incentivar a participação das partes envolvidas no processo, promover a comunicação e a busca por soluções colaborativas, além de incentivar a responsabilização dos infratores pelos seus atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente tese teve como tema o uso de *nudges* no contexto de embriaguez ao volante, sob a perspectiva do direito penal mínimo e do garantismo processual. O problema de pesquisa consistiu em investigar como os *nudges* podem ser aplicados para solucionar as situações de embriaguez ao volante, promovendo um direito penal mínimo. O objetivo principal foi identificar os possíveis usos dos *nudges* para evitar a intervenção estatal punitiva, mantendo as garantias fundamentais respeitadas. A hipótese foi de que os *nudges* podem ser empregados para a promoção de medidas alternativas a punição estatal, sobretudo por meio da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal.

Para percorrer essa temática da presente tese, foi necessário seguir o seguinte itinerário. Primeiramente, foi preciso compreender o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro nas situações de embriaguez ao volante em seu aspecto material (Capítulo 1). Para isso, foram abordados a tipificação da embriaguez ao volante (Tópico 1.1), a interpretação dogmática da embriaguez ao volante a partir

das teorias dos bens jurídico-penais (Tópico 1.2) e o controle do crime de embriaguez ao volante sob a perspectiva da criminologia crítica (Tópico 1.3).

Em seguida, foi abordado o funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro nas situações de embriaguez ao volante em seu aspecto processual (Capítulo 2). O primeiro tópico (Tópico 2.1) apresentou uma introdução ao processo penal constitucional (Tópico 2.1.1) e à justiça restaurativa (Tópico 2.1.2), destacando o paradigma constitucional adotado pela presente tese. Posteriormente, foi analisada a estrutura do sistema de provas no direito penal brasileiro (Tópico 2.2.1), especificamente nos casos de embriaguez ao volante (Tópico 2.2.2), e o uso do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detergere*) e sua problematização no processo penal nos casos de embriaguez ao volante (Tópico 2.3).

Por fim, foi abordada a economia comportamental (Tópico 3.1.1) como fundamento teórico para entender o paternalismo libertário (Tópico 3.1.2), que sustenta a aplicação dos *nudges*. Em seguida, foi apresentado o conceito de *nudges* (Tópico 3.1.3) e os possíveis usos desses instrumentos nos casos de embriaguez ao volante (Tópico 3.2.2), levando em consideração situações em que já são utilizados nas políticas públicas (Tópico 3.2.1). Por fim, foi destacada a função dos *nudges* no desencarceramento, considerando a intervenção mínima no direito penal e processual penal (Tópico 3.3), e a posição das ideias de justiça restaurativa nessa discussão (Tópico 3.3.1).

Em resumo, esse estudo buscou analisar a possibilidade de uso de *nudges* nos casos de embriaguez ao volante com a finalidade de diminuir a intervenção punitiva do Estado. O itinerário percorrido permitiu verificar que os *nudges* podem operar como uma ferramenta na manutenção do Estado Democrático de Direito e do direito penal mínimo, além de favorecer a produção probatória nos casos de embriaguez ao volante auxiliando também o judiciário. Nessa seção, discute-se as implicações dessas considerações para a área de estudo e fornece-se sugestões para futuras pesquisas.

Em primeiro lugar, cabe destacar que a presente pesquisa torna possível a análise do tipo penal da embriaguez ao volante de modo crítico, visto que identifica seu modo de funcionamento a partir da teoria dos bens jurídicos e da criminologia crítica, especialmente com base em Baratta e Zaffaroni.

A partir da visão desses autores, considera-se essencial que o conceito de crime leve em consideração a salvaguarda dos princípios associados à dignidade humana, e que a aplicação do direito penal seja uma medida extrema a ser empregada somente quando necessário. Em outras palavras, a legitimidade do Direito Penal reside na sua capacidade de proteger os bens jurídicos e o uso do poder punitivo deve ser restrito apenas a essa finalidade específica.

Na linha de pensamento de Baratta⁴⁷⁴, a pena é uma forma de violência institucional e de repressão, de modo que a justiça criminal não representa os interesses comuns da sociedade, mas sim de um grupo privilegiado. Dessa maneira, a punição é seletiva e não protege completamente os bens jurídicos, além disso o sistema de justiça criminal produz mais problemas do que resolve, uma vez que reprime conflitos em vez de resolvê-los. Portanto, o sistema de justiça criminal, conforme o autor, é inadequado para cumprir suas funções. Assim, a luta pela redução da violência estrutural é sinônimo da luta pela promoção dos direitos humanos. É disso que se trata o Direito Penal mínimo, da minimização da aplicação de penas e do fomento do livre desenvolvimento da pessoa humana.

A função de garantia consiste na capacidade que o bem jurídico tem de limitar a atividade legislativa do Estado, especificamente impede a criminalização de condutas que outras esferas do direito respondem suficientemente à violação do valor protegido. Trata-se de limite axiológico previsto pela Constituição, fundamentado nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. Fatos os quais a esfera cível, administrativa ou de outra ordem são suficientes para regulação não devem ser afetados pela esfera penal⁴⁷⁵.

Essa ideia advém da passagem do Estado de Democrático De Direito somente garantístico para o Estado Social, no qual as normas ao mesmo tempo em que tem cunho intervencionista assistencial também são limitadas pelo Estado de Direito.

Dessa maneira, o bem jurídico opera como um conceito limite para a norma penal material. O legislador, ao elaborar o tipo penal, deve respeitar o limite estabelecido pelo bem jurídico.

⁴⁷⁴ BARATTA, 2004, p. 300.

⁴⁷⁵ MACHADO, 2016, p. 170.

A partir da análise do tipo penal da embriaguez ao volante sob a ótica da teoria do bem jurídico e do direito penal mínimo, pode-se identificar que o bem jurídico da incolumidade pública é vago e o legislador tem ampliado a possibilidade de punição. No entanto, o aumento da punição não significa necessariamente que o problema social esteja sendo enfrentado de maneira eficaz ou que o bem jurídico esteja sendo protegido adequadamente.

O direito penal deve ser aplicado apenas em último caso, mas nas situações de embriaguez ao volante, isso não tem sido respeitado, como evidenciado pelas estatísticas. Em vez de propor novas intervenções estatais, esta tese justamente propôs alternativas à intervenção punitiva do Estado, utilizando o mecanismo dos *nudges* desenvolvido pela economia comportamental.

Analogamente, o processo penal constitucional é uma corrente doutrinária que se baseia na ideia de que todo processo penal deve estar em conformidade com as normas e princípios previstos na Constituição. Em outras palavras, o processo penal deve ser uma garantia fundamental do cidadão, protegendo seus direitos individuais e coletivos.

Uma das principais ideias do processo penal constitucional é que o processo penal não pode ser apenas um meio de punir o acusado, mas deve também garantir seus direitos fundamentais, como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, entre outros. Dessa forma, o objetivo não é apenas condenar o réu, mas garantir a justiça e a proteção dos direitos fundamentais.

A partir disso encontra-se como opção a justiça restaurativa, que é um modelo alternativo ao processo penal tradicional que busca promover a reparação do dano causado pelo crime por meio de diálogo, negociação e participação ativa das partes envolvidas, como vítimas, agressores, familiares e comunidade.

Ao contrário do processo penal convencional, que tem como objetivo principal a punição do agressor, a justiça restaurativa busca restaurar o dano causado pelo crime, reparar as relações sociais abaladas e promover a reconciliação entre as partes.

Nesse sentido, a justiça restaurativa pode ser vista como uma forma de resolução de conflitos que privilegia a participação ativa dos envolvidos, a escuta das suas demandas e a busca por soluções consensuais.

No contexto do processo penal, a justiça restaurativa pode ser utilizada como uma alternativa à prisão ou à aplicação de penas restritivas de direitos, principalmente em casos de crimes de menor potencial ofensivo ou quando o agressor é primário e sem antecedentes criminais.

Questionou-se se é possível utilizar práticas de justiça restaurativa nos casos de embriaguez ao volante, já que não há uma vítima em específico ou um dano concreto. Dessa forma, não faria sentido seguir as orientações da justiça restaurativa e não seria possível utilizar o sistema de apoio à vítima, mediação vítima-ofensor ou conferência restaurativa. Os círculos de cura não são aplicáveis em grandes centros urbanos e os comitês de paz não se aplicam a governos estabilizados. No entanto, Luna & Poulson⁴⁷⁶ indicam que a justiça restaurativa pode ser viável em algumas situações de embriaguez ao volante, especialmente por meio de conferências que visam responsabilizar o condutor e prevenir a repetição do delito.

Para a presente tese, a justiça restaurativa pode ser considerada uma saída relevante, especialmente as conferências, que podem ser vistas como um *nudge*, incentivando a alteração do comportamento do motorista. No entanto, é importante ressaltar que a justiça restaurativa não é uma alternativa para todos os casos criminais e que sua aplicação deve ser feita de forma cuidadosa e criteriosa, respeitando os direitos das vítimas e dos acusados e garantindo a segurança da comunidade.

Reitera-se, também, que a ideia de *nudges* está diretamente vinculada com a economia comportamental. Aponta-se, assim, que a economia comportamental pode ser utilizada para melhorar a capacidade preditiva e analítica do direito, ao levar em consideração as preferências reveladas pelos indivíduos para maximizar o bem-estar social. Isso pode ser feito através de políticas que auxiliem as pessoas a tomar as melhores decisões, sem a necessidade de ações coercitivas. Thaler e Sunstein propõem o uso do "paternalismo libertário" para influenciar as pessoas a tomar decisões que beneficiem a todos, sem restringir a liberdade individual⁴⁷⁷.

Uma metodologia estudada na teoria da escolha racional é justamente o "*nudge*", que se baseia na arquitetura da escolha para alterar o comportamento das pessoas de forma previsível, sem proibir nenhuma opção disponível ou alterar significativamente seus incentivos econômicos. O *nudge* utiliza descobertas da

⁴⁷⁶ LUNA; POULSON, 2006, p. 787.

⁴⁷⁷ TABAK; AMARAL, 2018, p. 484.

economia comportamental para aplicar políticas específicas, como experimentos empíricos comportamentais, e leva em conta que as escolhas são influenciadas pela simplicidade da informação, pelas opções disponíveis e pela proeminência de opções ou atributos. Exemplos de *nudges* incluem o uso do GPS para orientar, mas não obrigar, o condutor, e as informações nutricionais de alimentos.

A mudança nos paradigmas da racionalidade econômica resultou em uma nova maneira de se entender o indivíduo como destinatário de políticas públicas. Como apontam Ribeiro & Domingues⁴⁷⁸, isso se deu após a adoção da análise comportamental na formulação de programas políticos, a partir do final do século XX. Como resultado, o Estado passou a atuar em setores da vida privada que anteriormente não eram afetados pelas políticas públicas. A estratégia do *nudge* foi empregada em ambientes de escolhas estritamente individuais, com o objetivo de alterar o comportamento das pessoas e aumentar seu bem-estar social.

Os autores também afirmam que, no entanto, a regulação comportamental com base na Economia Comportamental ainda carece de limites claros e específicos. Historicamente, nem todas as escolhas individuais que levam as pessoas ao fracasso ou ruína demandaram a intervenção estatal. Apesar disso, em muitos casos, a correção de comportamentos indesejados é uma justificativa para a intervenção regulatória do Estado. Consequentemente, o behaviorismo e o desenho de incentivos se expandiram para vários campos do Direito, como o Direito do Consumidor, leis antitruste, segurança alimentar e preservação de recursos ambientais.

A discussão acerca da intervenção estatal no domínio socioeconômico é de suma importância, já que existe o risco de que a atuação do Estado regulador possa limitar a autonomia individual dos agentes econômicos. Embora seja amplamente reconhecido que a plena racionalidade desses agentes não é uma suposição válida, o Brasil ainda não conta com políticas públicas que utilizam mecanismos da Economia Comportamental.

Contudo, é importante lembrar que a ordem econômica constitucional exige que o Estado garanta uma existência digna para todos os cidadãos. Nesse sentido, é crucial refletir sobre o potencial da Economia Comportamental na esfera jurídica, uma vez que essa abordagem pode garantir uma maior efetividade das determinações constitucionais. Dessa forma, a utilização de elementos da Economia Comportamental

⁴⁷⁸ RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 470.

representa uma importante possibilidade de aprimoramento do sistema jurídico brasileiro.

A partir da análise da proposta inicial de investigar se o uso da técnica de *nudge* no processo penal nos casos de embriaguez ao volante conclui-se que essa abordagem pode, de fato, contribuir para tornar algumas deliberações mais eficientes e resultar em ações mais aplicáveis e otimizadas, como demonstrado na pesquisa inicial de Thaler e Sunstein sobre a organização da disposição dos alimentos no bandeirão escolar nos EUA.

Para que o uso da técnica de *nudge* seja efetivo e justo no contexto democrático, é imprescindível que as informações sejam acessíveis e confiáveis. Além disso, é necessário evitar a constante sobreposição da maioria sobre os interesses minoritários, a fim de não reduzir a democracia a um critério puramente numérico. Assim, pode-se afirmar que a aplicação da técnica de *nudge* é viável na democracia brasileira, desde que sejam respeitados os valores constitucionais e que nenhum grupo seja subempoderado. A técnica pode fortalecer os princípios fundamentais da Constituição de 1988 e promover uma democracia mais participativa e justa

É incontestável que há muitos vieses cognitivos presentes nos casos de embriaguez ao volante e que esses vieses têm consequências na elaboração de regulamentações ineficientes e injustas. Para combater esses vieses, existem diversos métodos que podem ser empregados, tais como visualização, análise de hipóteses concorrentes, tomada de decisão estruturada, entre outros. Além disso, a explicação do funcionamento dos vieses pode reduzir sua ocorrência.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) defende o compartilhamento de informações e a coordenação governamental na elaboração e execução de regulamentações para casos de embriaguez ao volante, além da utilização da Análise de Impacto Regulatório. Essa ferramenta auxilia os reguladores na identificação do problema, dos objetivos, bem como dos prováveis benefícios, custos e efeitos das possíveis alternativas, resultando em medidas mais efetivas.

Em resumo, é importante que o Estado compreenda os fenômenos cognitivos que afetam a racionalidade dos seus agentes e adote medidas para mitigar esses efeitos nos casos de embriaguez ao volante. Isso envolve o melhor desenho de

processos chave da prática regulatória, como na definição dos critérios para aprovação de leis ou regulamentos, no estabelecimento de condições para discussão das ações públicas, entre outros. A eliminação de distorções nas medidas e o uso de evidências científicas também são importantes para garantir medidas mais efetivas.

De acordo com a economia comportamental de Thaler e Sunstein, um *nudge* é uma intervenção que influencia o comportamento das pessoas de maneira previsível, mas que não impõe proibições ou sanções significativas. O objetivo dos *nudges* é ajudar as pessoas a fazerem escolhas melhores, sem forçá-las a fazer algo que não queiram.

Os *nudges* são baseados na compreensão de que os seres humanos muitas vezes agem irracionalmente ou sem considerar todas as informações relevantes ao fazer escolhas. Assim, eles procuram aproveitar os vieses cognitivos e comportamentais das pessoas para ajudá-las a tomar decisões melhores.

Para que um *nudge* seja posto em prática, é preciso que haja um agente responsável pela projeção de um ambiente de escolhas que direcione o comportamento dos indivíduos, a saber, o arquiteto de escolhas.

Dentro do paternalismo libertário, a função do arquiteto de escolhas seria de ajudar as pessoas a fazer escolhas melhores sem impor preferências pessoais ou interferir em liberdades individuais. Fazer isso por meio de intervenções suaves, como fornecer informações claras e relevantes, tornar as opções mais visíveis ou fáceis de acessar, ou oferecer incentivos para comportamentos mais saudáveis ou responsáveis. O objetivo do arquiteto de escolhas consiste, assim, em ajudar os indivíduos a fazerem escolhas mais conscientes e informadas, que estejam alinhadas com seus interesses e objetivos.

No caso de embriaguez ao volante, a escolha consciente e informada que auxilia o próprio indivíduo é justamente contribuir com o conjunto probatório necessário ou, então, realizando o acordo de não persecução penal ou cumprindo com as condições para a suspensão condicional do processo⁴⁷⁹. O arquiteto de escolhas nessa situação deve ser o agente de trânsito, caso se trate de abordagem, ou então o juiz ou o promotor, que constantemente devem informar o acusado sobre os benefícios da colaboração com o sistema judiciário.

⁴⁷⁹ Reitera-se, mais uma vez, que a presente tese não teve por objetivo identificar qual a alternativa mais benéfica. Apesar disso, trata-se de um outro problema de pesquisa com relevância e que, para manter o rigor metodológico, deve ser investigado em uma pesquisa posterior.

O *nudge*, nessa situação, justamente consiste no ato de informar pelos juízes, promotores e advogados e, em segundo lugar, na própria concessão dos benefícios. Tais benefícios são primordialmente processuais que resultam no não prosseguimento do processo, a saber: a) acordo de não persecução penal; b) suspensão condicional do processo.

Então, retoma-se o objetivo da pesquisa: responder se e de que forma os *nudges* podem contribuir para o diminuir a intervenção estatal e dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais nos casos de embriaguez no volante no Brasil. Esta tese identificou três usos para os *nudges* nos casos de embriaguez ao volante, a saber: a) a suspensão condicional do processo; b) o acordo de não persecução penal; c) a justiça restaurativa.

Quanto ao primeiro ponto, através das teorias comportamentais dos "empurrões" (*nudges*), o Estado atua como um grande incentivador para determinados comportamentos desejáveis, sem precisar impor obrigações, apenas criando mecanismos que dão uma clara sensação de benefício àqueles que escolhem seguir essas condutas. Um exemplo disso é a legislação que exige o teste do etilômetro para motoristas, incentivando-os a não dirigir sob a influência de álcool ao dar a impressão de que aqueles que fazem o teste e estão sóbrios serão beneficiados. Contudo, isso não é o ponto principal da presente pesquisa, que foca especificamente em medidas após o cometimento do delito.

Destaca-se que, na aplicação do *nudge* no contexto da embriaguez ao volante, é possível utilizar estratégias de incentivo, como a antecipação, que consiste em fornecer informações ao condutor sobre as consequências de sua escolha. Além disso, é possível oferecer um reforço positivo como *nudge*, como a suspensão condicional do processo ou o acordo de não persecução penal⁴⁸⁰. No entanto, é importante que o agente de trânsito explique essas nuances, o que pode tornar o procedimento mais demorado.

É importante ressaltar que o objetivo da tese não é propor especificamente o modo de aplicação desses *nudges*, mas sim identificar a possibilidade de seu uso em casos de embriaguez ao volante. Portanto, é fundamental apontar as situações em

⁴⁸⁰ Cabe ressaltar que essa tese não teve por objetivo identificar qual a alternativa mais benéfica e nem verificar as preocupações do condutor embriagado. Trata-se somente de identificar quais são os possíveis usos dos *nudges* para resolver as situações de embriaguez ao volante, evitando a intervenção estatal e mantendo as garantias fundamentais respeitadas

que esses mecanismos comportamentais podem promover a diminuição da intervenção punitiva do Estado. Além disso, outras maneiras de entender o funcionamento do processo penal nesses casos incluem a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

A suspensão condicional do processo é uma medida prevista no direito processual penal brasileiro que possibilita a suspensão do processo criminal contra o réu mediante o cumprimento de determinadas condições durante um período determinado. Esse instituto é aplicável a crimes de menor potencial ofensivo e tem como objetivo evitar que o réu passe pelo processo criminal e seja condenado judicialmente.

É importante destacar que o membro do Ministério Público é responsável pela arquitetura da escolha em situações de suspensão condicional no processo nos casos de embriaguez ao volante. Como arquiteto de escolhas, seu papel é implementar estratégias que influenciem as decisões dos indivíduos envolvidos no contexto, a fim de ajudá-los a tomar decisões melhores e mais conscientes, maximizando também os benefícios para o Estado e a sociedade. Como o Ministério Público é responsável por oferecer a suspensão condicional do processo, cabe a ele o papel de arquiteto da escolha, podendo informar durante a audiência preliminar ou de instrução e julgamento, os benefícios da suspensão condicional do processo utilizando *nudges*.

Observa-se que, em situações de suspensão condicional do processo nos casos de embriaguez ao volante, pode haver a incidência de vieses nos suspeitos que influenciam suas decisões de maneira negativa. Dentre esses vieses, destaca-se o viés da conformidade, também conhecido como “efeito manada”, que se refere à tendência das pessoas em seguir o comportamento e opiniões da maioria em situações sociais. Assim, durante a audiência que trata do caso, o suspeito pode ser influenciado pela decisão de outros suspeitos em situações similares, em vez de fazer uma escolha independente.

Além disso, pode-se apontar o viés de projeção, que consiste no fenômeno psicológico em que as pessoas tendem a presumir que outras pessoas têm crenças, valores, atitudes e comportamentos semelhantes aos seus próprios. Nesse sentido, o suspeito pode presumir que o juiz ou o Ministério Público compartilham de suas crenças ou opiniões sobre o uso de álcool ou outras substâncias ao volante, o que pode impedir que faça uma escolha ótima na situação.

Diante dessa possibilidade de incidência de vieses, torna-se necessária a implementação de *nudges* para auxiliar no acordo que estabeleça a suspensão condicional do processo. Os *nudges* são estratégias que visam influenciar positivamente as decisões dos indivíduos em um determinado contexto, de modo a maximizar os benefícios para o Estado e a sociedade como um todo. Dessa forma, o Ministério Público pode atuar durante a audiência, utilizando-se de *nudges* para informar os benefícios da suspensão condicional do processo de forma clara e objetiva, a fim de auxiliar o suspeito a tomar uma decisão mais consciente e adequada.

Uma primeira estratégia de *nudge* que pode ser utilizada é a antecipação, que envolve fornecer informações aos acusados sobre as possíveis consequências de dirigir sob a influência de álcool ou drogas, incentivando a tomada de decisões mais responsáveis no futuro. Além disso, o *nudge* da expectativa social pode ser utilizado, informando aos acusados que a maioria das pessoas segue as leis de trânsito e não dirige sob a influência de álcool, o que pode influenciar positivamente seu comportamento.

Outra opção é o *nudge* da divulgação de informações, no qual o arquiteto de escolhas explica o que é a suspensão condicional do processo, suas vantagens e as consequências da embriaguez ao volante de forma clara e acessível. Além disso, pode-se utilizar o *nudge* da elucidação de intenções de implementação, que consiste em influenciar a intenção das pessoas a realizar uma ação, como por meio de perguntas que buscam provocar uma resposta desejada, direcionando e deixando clara a intenção da própria pessoa em realizar a suspensão condicional do processo.

Por fim, o reforço positivo pode ser um *nudge* eficaz, uma vez que a suspensão condicional do processo já é, por si só, um incentivo para a adoção de comportamentos mais responsáveis no futuro, conscientizando o indivíduo das consequências de suas ações sem intervenção estatal excessiva e respeitando seus direitos e garantias individuais.

Por sua vez, o acordo de não persecução penal é um instrumento jurídico que possibilita ao Ministério Público encerrar uma investigação criminal sem apresentar uma denúncia à Justiça, desde que o investigado cumpra determinadas condições acordadas previamente, como, por exemplo, reparar o dano causado ou realizar serviços comunitários.

É importante ressaltar que, da mesma forma que na suspensão condicional do processo, o membro do Ministério Público é responsável pela arquitetura da escolha no acordo de não persecução penal nos casos de embriaguez ao volante. Durante a audiência de custódia, é papel do Ministério Público oferecer informações aos investigados sobre os benefícios do acordo e como ele funciona, utilizando nudges para influenciar a tomada de decisão.

Para evitar a influência de vieses na oferta do acordo de não persecução penal em casos de embriaguez ao volante durante a audiência de custódia, é importante estar atento aos vieses direcionadores de perspectiva, que são os mesmos da situação de oferta da suspensão condicional do processo. Além disso, deve-se considerar o viés da conformidade, que pode ser influenciado pela decisão de outros suspeitos em casos similares.

Para auxiliar na oferta do acordo de não persecução penal e evitar a incidência de vieses, é possível utilizar nudges, assim como na proposição da suspensão condicional do processo. Durante a audiência de custódia, tanto o juiz quanto o promotor podem usar linguagem clara e acessível para explicar as consequências do acordo para o acusado, com o objetivo de facilitar a compreensão e incentivar a adesão.

Durante a audiência de custódia, é importante que o promotor apresente as alternativas ao acordo de não persecução penal ao acusado, como a possibilidade de enfrentar um julgamento completo e a consequente possibilidade de uma sentença mais rigorosa. Além disso, o juiz e o promotor podem destacar os benefícios do acordo para o acusado, como a possibilidade de evitar um julgamento longo e estressante e as consequências negativas de uma condenação criminal.

Para auxiliar na escolha consciente do acusado, pode-se utilizar diversos nudges, como o das normas sociais, destacando que outras pessoas em situações semelhantes têm optado por acordos de não persecução penal e que essa é uma prática comum. Também pode-se utilizar o nudge da personalização, explicando como o acordo pode ser uma solução mais adequada para o caso específico do acusado, levando em consideração suas circunstâncias individuais.

Além disso, é importante que o promotor e o juiz utilizem uma linguagem clara e acessível para explicar as consequências do acordo para o acusado, facilitando a compreensão e incentivando a adesão. O uso desses nudges pode ajudar a evitar

vieses e auxiliar o acusado a tomar uma decisão consciente a respeito de seu próprio destino no processo penal nos casos de embriaguez ao volante. Ademais, a promoção da suspensão condicional do processo e a realização do acordo de não persecução penal contribuem para o desencarceramento, reduzindo a intervenção punitiva do Estado e respeitando os direitos e garantias individuais.

Dessa maneira, pode-se concluir que além de ser transparente, o mecanismo de incentivo para aqueles que optam por fazer o teste pode estimular comportamentos benéficos tanto para o motorista quanto para a sociedade como um todo. Isso pode tornar a intervenção na identificação de infrações mais eficaz e, indiretamente, afetar a conduta dos motoristas em geral, contribuindo para a segurança no trânsito.

Destaca-se também que os *nudges* podem ser utilizados para reduzir o crime de embriaguez ao volante através de estratégias de design de escolha que incentivem comportamentos seguros. Por exemplo, colocar avisos de segurança em locais estratégicos, como postos de gasolina e bares, pode conscientizar as pessoas sobre os perigos da direção sob o efeito de álcool e encorajá-las a tomar decisões mais seguras. Além disso, a disponibilidade de meios de transporte alternativos, como táxis e aplicativos de transporte, também pode ser incentivada através de nudges, tornando mais fácil e atraente a escolha de não dirigir sob o efeito de álcool. Contudo, a presente pesquisa lida com situações em que o fato típico já ocorreu, de modo que não faz parte do recorte traçar estratégias preventivas do delito, mas identificar usos de *nudges* para contribuir com a efetividade jurisdicional ao mesmo tempo em que se sustenta a mínima intervenção do Estado.

Outra forma de implementar o nudge seria por meio da criação de uma instituição, que poderia ter uma estrutura minimalista, com apenas cinco pessoas coletando dados importantes, ou um time maior para realizar uma pesquisa mais ampla. As vantagens de ambas as formas seriam a criação de uma equipe especializada e dedicada, com acesso a muitas informações e voltada para um trabalho relevante. No entanto, de acordo com Sunstein, um número crescente de países tem concluído que é mais eficaz reunir um grupo específico de pessoas dedicadas para a implementação do *nudge*.

Em conclusão, os *nudges* são técnicas de influência comportamental que podem ser utilizadas por instituições públicas ou privadas para atingir determinados objetivos sem prejudicar a liberdade individual. Para preservar o livre arbítrio, é

importante conscientizar e informar as pessoas sobre a influência do *nudge* e permitir que elas possam escolher livremente o caminho a seguir.

A tese visava apenas identificar a possibilidade de uso dos *nudges* nos casos de embriaguez ao volante. Apesar disso, indica-se que caso de fato fossem usados, seria necessário formular um projeto de arquitetura decisória adequado ao ambiente existente para alcançar as metas desejadas respeitando a liberdade de escolha dos indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil / Daniel Silva Achutti. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal**: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. Rio Grande do Sul: PUC-RS, 2012.

ALEMANNO, Alberto; SIBONY, Anne-Lise (Ed.). **Nudge and the law**: A European perspective. Bloomsbury Publishing, 2015.

ALEMANNO, Alberto; SPINA, Alessandro. Nudging legally: on the checks and balances of behavioral regulation. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 12, n. 2, p. 429-456, 2014.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Natureza jurídica da transação penal e efeitos decorrentes. **Revista do TRF 1ª Região**, Brasília, ano 18, n. 8, p. 42-49, ago. 2006.

ALMEIDA SOBRINHO, José. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. 1ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012.

ANDRADE, Agenor Cassio Nascimento Correia de; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa; GÓES, Gisele dos Santos Fernandes. “A utilização dos nudges nas sessões de mediação como instrumento da política nacional de tratamento adequado dos conflitos”. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022, pp. 01-27.

ANDRADE DE MELO, Victor. O AUTOMÓVEL, O AUTOMOBILISMO E A MODERNIDADE NO BRASIL (1891-1908) **Revista Brasileira de Ciências do Esporte**, vol. 30, núm. 1, septiembre, 2008.

ANDRADE MOREIRA, Rômulo de. **A reforma do Código de Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia**: o controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro, Revan, 2012.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. Saraiva Educação SA, 2017.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

ARCHARD, D. **Paternalism Defined**. Analysis. Oxford, p. 36-42. jan. 1990.

ARIELY, Dan; JONES, Simon. **Predictably irrational**. New York: HarperCollins, 2008.

ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SINHORETTO, Jacqueline. O sistema de justiça criminal na perspectiva da antropologia e da sociologia. **REVISTA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO BIBLIOGRÁFICA EM CIÊNCIAS SOCIAIS - BIB**, v. 1, p. 188-215, 2018.

BAILEY, Diane. **How the Automobile Changed History**. ABDO, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Principios de derecho penal mínimo**. Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam, p. 299-333, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo**: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Tradução Francisco Bissoli Filho. Revista Doutrina Penal, Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 3-22, 1987.

BORKENSTEIN, RF. et al. **The role of the drinking driver in traffic accidents**. Bloomington, IN, Department of Police Administration, Indiana University, 1964.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de roteção do acusado e a práxis pretoriana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 6.488 de 19 de junho de 2008**. Regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, disciplinando a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6488.htm#:~:text=Decreto%3A,sob%20a%20influ%C3%Aancia%20de%20%C3%A1lcool. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm. Acesso em: 28 jan. 2023

BRASIL, **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.275 de 7 de fevereiro de 2006**. Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11275.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 12.760 de 20 de dezembro de 2012**. Nova Lei Seca. Altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Publicada no Diário Oficial da União de 21.12.2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm>. Acesso em: 28 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura, Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, Sistema Nacional de Registro de Veículos/RENAVAM, **RENAEST - Registro Nacional de estatísticas e acidentes de trânsito**. Brasília: Ministério da Infraestrutura, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transito/arquivos-senatran/docs/renaest>> Acesso em: 4 fev. 2023.

BRASIL. **Projeto de lei nº 8.045 de 22 de dezembro de 2010**. Trata do "código de processo penal". Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1998270&filename=SBT+1+P%20L804510+%3D%3E+PL+8045/2010.>. Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL. **Resolução nº 432 de 23 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: <https://www.gov.br/prf/pt-br/concurso-2021/resolucoes/R432-13#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%20432%2C%20DE%2023,aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20disposto%20nos%20arts>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 575**. Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo. Terceira seção, Brasília-DF 22 jun. 2016. DJe. 27/06/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2ª Câmara Criminal). **Habeas Corpus - 0068859-18.2021.8.16.0000** - Colombo - Rel.: Juiz de direito substituto em segundo grau Mauro Bley Pereira Junior - J. 25 nov. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal**: resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no processo penal**. Revista Justitia. São Paulo, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 4: legislação penal especial — 12. ed. — São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDOSO, Arthur Martins Andrade. **Da confissão no acordo de não persecução penal**. MIGALHAS, 1 out. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/334134/da-confissao-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 15 mar. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad: Lisa Pary Scarpa, 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. In: JUNIOR, Celso Naoto Kashiura; JUNIOR, Oswaldo Akamine; MELO, Tarso de. **Para a crítica do direito**: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Outras Expressões, 2015.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

Central Interdisciplinar de Acordo de Não Persecução Penal funciona no CEJUSC de Ponta Grossa. **TJPR**. 09 jun. 2021. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/51488865. Acesso em: 15 mar. 2023.

CNMP nº 118/2014, de 01/12/2014, p. 1-9. Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>> Acesso em: 5 mar. 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 15 mar. 2023.

COSTA, D. L.; KAHN, M. E. Energy conservation “nudges” and environmentalist ideology: evidence from a randomized residential electricity field experiment. **Journal of The European Economic Association**, [s.l.], v. 11, n. 3, jun. 2013.

COUTINHO JUNIOR, Bazílio de Alvarenga; ZULIANI, Danilo Cinti. Breves considerações sobre a constatação da embriaguez ao volante. **Revista JurisFIB**. Vol. V. ISSN 2236-4498. São Paulo: 2014.

CROMPTON RP et al. **Crash risk of alcohol-impaired driving**. In: Mayhew DR, Dussault C, eds. Proceedings of the 16th International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Montreal, 4–9 de agosto de 2002. Montreal, Société de l'assurance automobile du Québec, 2002:39–44

CZERWONKA, Mariana. “Dados preliminares de 2021 mostram tendência de queda no número de mortes no trânsito brasileiro”. **Portal do Trânsito**, 2022, disponível em <<<https://www.portaldotransito.com.br/noticias/fiscalizacao-e-legislacao/estatisticas/dados-preliminares-de-2021-mostram-tendencia-de-queda-no-numero-de-mortes-no-transito-brasileiro/>>>. Acesso em: 22 jan. 2023.

DEQUECH, DAVID. “Neoclassical, Mainstream, Orthodox, and Heterodox economics”. **Jornal of Post Keynesian Economics**, Vol 30, 2007.

DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. **Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro**. ÂNGELA KRETSCHMANN, p. 151, 2016.

DIAS, Fábio Freitas. “O princípio da intervenção mínima no contexto de um Estado social e democrático de direito”. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 9, n. 1, p. 203-214, jan./jul. 2008.

DJE/CNJ nº 225/2019, de 31/05/2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289> Acesso em: 5 mar. 2023

DJE/CNJ nº 288/2019, de 25/06/2019, p. 1-7. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2957>. > Acesso em: 5 mar. 2023.

DWORKIN, G. “Paternalism: Some second thoughts”. In: SARTORIUS, R. (Ed.). **Paternalism**. Minneapolis: University Of Minnesota Press, 1983.

EDWARDS, Kimberley D. "Prospect theory: A literature review". **International review of financial analysis**, v. 5, n. 1, p. 19-38, 1996.

ELLIOT, Elizabet M. **Segurança e cuidado**: justiça restaurativa e sociedade saudáveis. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.

ESCOBAR, Norma Valeria Torres. **El principio de no autoincriminación en el derecho procesal penal**. Tese para obtenção do título de advogada – Carrera de Derecho – Facultad de Jurisprudencia, Universidad Regional Autónoma de los Andes – UNIANDES, Ibarra (Equador), 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2021.

FRAZÃO, Ana; ISHIHARA, Júlia Namie MP. "A falácia da teoria da escolha racional no direito antitruste e as contribuições da economia comportamental". **Revista de Direito Brasileira**, v. 30, n. 11, p. 346-375, 2022.

FUKASSAWA, Fernando. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2015.

GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. **Instituto Carioca de Criminologia Revan**, 2008.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 122, 2010.

GOMES, Carla Silene. "Bem jurídico e teoria constitucional do direito penal". **Delictae** Vol. 4, Nº6, Jan.-Jun. 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro)", In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**, pp. 303-318. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Bafômetro: é obrigatório. **Revista Magister de Direito Penal**, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt de. **Nova Lei Seca**: Comentários à Lei n. 12.760, de 20-12-2012. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Antonio Baptista. “O bafômetro e a embriaguez no volante: análise constitucional e aspectos penais”. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 13-38, abr. 2013.

GONÇALVES, Guilherme Henrique; LAVALLE, César Collin. “Afim, por que precisamos conservar alguma concepção de bem jurídico?”. IN. **Direito Penal e Filosofia da Linguagem: ação, intencionalidade e norma penal**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Luís. “Bens jurídicos coletivos”. **Revista de concorrência e regulação**, Lisboa, ano II, n. 7 e 8, n. especial luso-brasileiro, jul.-dez. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HANSEN, Pelle Guldberg; JESPERSEN, Andreas. “Nudge and the manipulation of choice: a framework for the responsible use of the nudge approach to behaviour change in public policy”. **European Journal of Risk Regulation**, Volume 4 Issue 1, Março 2013, p. 23 – 28.

HAUSMAN, Daniel M.; WELCH, Brynn. “Debate: To nudge or not to nudge. “**Journal of Political Philosophy**, v. 18, n. 1, p. 123-136, 2010.

HOFFMANN, Maria Helena; CARBONELL, Enrique; MONTORO, Luis. “Alcool e segurança-epidemiologia e efeitos”. **Psicologia: Ciência e profissão**, v. 16, p. 28-37, 1996.

HOUSE, J.; LYONS, E. **Towards a taxonomy of Nudging Strategies**. 2013. Disponível em: <<http://www.rotman.utoronto.ca/-/media/Files/Programs-and-Areas/behavioural-economics/Towardsataxonomy.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2023.

HURST, PM, Harte D, Frith WJ. “The Grand Rapids dip revisited”. **Accident Analysis and Prevention**, 1994, 26:647–654.

ILHARA, Rafael. “Pesquisa mostra que 42% das mortes no trânsito em SP são causadas por suspeita de embriaguez ao volante”. **G1**, São Paulo. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/09/17/pesquisa-mostra-que-42percent-das-mortes-no-transito-em-sp-sao-causadas-por-suspeita-de-embriaguez-ao-volante.ghtml>>. Acesso em 22 jan. 2023.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Tradução: Gersélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. 142 p.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Routledge, 2013.

JUNIOR, Manoel Lopes. **Nudge**: teoria e prática. Dissertação (Mestrado em Economia) - Programa de Pós-graduação em Economia, Departamento de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 100. 2020.

JUNIOR, Ricardo Bispo Razaboni; DE LAZARI, Rafael José Nadim; DE LUCA, Guilherme Domingos. Direito penal mínimo: a teoria do equilíbrio da norma penal. **REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM**-ISSN 1984-7866, v. 10, n. 01, p. 245-258, 2017.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (Ed.). **Judgment under uncertainty**: Heuristics and biases. Cambridge university press, 1982.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: An analysis of decision under risk. **Econométrica**, v. 47, n. 2, p. 363-391, 1979.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KNOPFHOLZ, Alexandre. "A necessária - e já tardia - constitucionalização do processo penal". **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, Ano 2 - Número 2, ago. 2017, pp. 1-40.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1992.

LARANJEIRA, Ronaldo; ROMANO, Marcos. "Consenso brasileiro sobre políticas públicas do álcool". **Brazilian Journal of Psychiatry**, v. 26, p. 68-77, 2004.

LAVALLE, César Collin; DA SILVA, Pedro Manenti Vieira. "O constitucionalismo multidimensional: a democracia sob o positivismo crítico de Ferrajoli". **Revista Eletrônica Multidisciplinar Unifacear**, Araucária, vol. 1, ano 11, abril de 2022.

LEITE, João Henrique Balau. **Nudge**: Uma revisão teórica acerca do arquiteto de escolhas. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) - Curso de Graduação em Ciências Econômicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 27. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

LUCENDO, Jorge. **Las Edades del Automóvil**: Historia del Automóvil. Jorge Lucendo, 2019.

LUNA, Erik; POULSON, Barton. **Restorative Justice in Federal Sentencing: An Unexpected Benefit of Booker**. McGEORGE L. REV., v. 37, p. 787, 2006.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. “Bens jurídico-penais e o direito penal moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos”. **Revista Brasileira de Direito**, 12(2): 166-179, jul.-dez. 2016.

MANKIW, N. Gregory. **Principles of economics**. Boston: Cengage Learning, 2001.

MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARÍN, Letícia; QUEIROZ, Marcos S. “A atualidade dos acidentes de trânsito na era da velocidade: uma visão geral”. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 16, p. 7-21, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II. Campinas: Bookseller, 1998.

MARSHAL, T. **The evolution of restorative justice in Britain**. European Journal on Criminal Policy and Research, vol. 4-4, 1996.

MCLEAN, AJ. Holubowycz OT. “Alcohol and the risk of accident involvement”. In: Goldberg L, ed. Alcohol, drugs and trafic safety. **Proceedings of the 8th International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety**, Stockholm, 15–19 junho de 1980. Estocolmo, Almqvist & Wiksell International, 1981: 113–123.

MELO, Tatiana Massaroli; FUCIDJI, José Ricardo. “Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos”. **Revista de Economia Política**, vol. 36, nº 3 (144), pp. 622-645, julho-setembro/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILL, J. S. **On Liberty**. Londres: Yale University Press, 2017.

MIR PUIG, Santiago. **Funcion de la pena y teoria del delito em el estado social y democrático de direito**. Barcelona: Bosch, 1982.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**. Bookseller, 2001.

MONT, Oksana; LEHNER, Matthias; HEISKANEN, Eva. **Nudging: a tool for sustainable behavior?** Stockholm: Swedish Environmental Protection Agency, 2014.

MORAES, Mariana Thomé de. O direito à não auto-incriminação. A problemática do teste do bafômetro. RFD- **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 21, jun. 2012, p. 294. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1956>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

MOTA, Camila; MARCOLINO, Diego; RIBEIRO, Maria Clara; SCAFUTTO, Lorena. HOMICÍDIO POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE? **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 9, n. 2, p. 12-12, 2017. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/73> Acesso em: 28 jan. 2023.

MOTTA, Leonardo Longo. A suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) e seus aspectos práticos controvertidos. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 42/43, p. 31-70, 2014.

MULLAINATHAN, Sendhil. A memory-based model of bounded rationality. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 117, n. 3, p. 735-774, 2002.

MULLAINATHAN, Sendhil; THALER, Richard H. **Behavioral economics**. 2000.

MURAMATSU, R. The death and resurrection of economics with psychology: remarks from a methodological standpoint. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan./mar. 2009.

OGAMA, William Oguido. “Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro: do Texto Original às Mudanças Surgidas com o Advento da Lei n. 12.760/12”. **UNOPAR Cient. Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 201-209, set. 2014.

OLIVEIRA, Guilherme Martins de; KOYAMA, Ricardo Sussumu. ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL. **Pensar Além**. v. 4, n. 1, 2020.

OLIVEIRA, Leonardo Cunha Lima de. A suspensão condicional do processo e a reforma processual penal. **Revista Jurídica do Ministério Público**, v. 1, n. 3, p. 55-65, 2008.

OLIVEIRA, Lucimara Aparecida Silva Antunes de. “Crimes de perigo abstrato como meio para proteção de bens jurídicos”. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 61, nº 192, p. 19-64, jan./mar. 2010.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

PEREIRA, Márcia de Andrade. **O novo código de trânsito brasileiro**: impactos no trânsito urbano e outros aspectos. Dissertação (mestrado) – Escola de Engenharia de São Carlos - Universidade de São Paulo, 1999 p. 42. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18137/tde-26012018-182140/publico/Dissert_Pereira_MarciaA.pdf Acesso em: 22 jan. 2023.

PIMENTEL, Manoel Pedro, **Crimes de mera conduta**, Ed. Rev. dos Tribunais, 1968.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad 1997.

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, 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DOMINGUES, Victor Hugo. “Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança”. **Rev. Bras. Polit. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 456-471.

RIBEIRO, Rochelle Pastana. Penas e medidas cautelares patrimoniais no processo penal: em busca da eficiência do sistema persecutório para a segurança social. **Revista da AGU**, v. 9, n. 25, p. 301-338, 2010.

RODRIGUES, Éderson José. **O crime de embriaguez ao volante e seu impacto na sociedade**. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Erechim, pp. 57, 2018.

ROTHBARD, M. N. **For a New Liberty**: The Libertarian Manifesto. New York: Collier Books, 1978.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos**: Estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economics** (Sixteen Edition). 1998.

SAMUELSON, W.; ZECHJAUSER, R. J. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk & Uncertainty**, n. 1, p. 7-59, 1988.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, 2004.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Flávia Augusta Bueno; ROCHA, Luiz Carlos. A criminologia crítica e o direito penal mínimo: avanços e retrocessos. **Revista de Psicologia da UNESP**, São Paulo, 11(2), 2012.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, p. 57-72, 2015.

SIMON, Herbert A. Rational decision-making in business organizations. **The American Economic Review**. vol. 69, n. 4 sep., 1979, pp. 493-513.

SCHWARZ, N.; VAUGHN, L. A. "The Availability Heuristic Revisited: Ease of Recall and Content of Recall as Distinct Sources of Information". In: GILOVICH, T.; GRIFFIN, D.; KAHNEMAN, D. (Ed.). **Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement**. New York: Cambridge University Press, 2002.

SOUZA, Luciana Cristina; RAMOS, Karen Tobias França; PERDIGÃO, Sônia Carolina Romão Viana. "Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge". **Rev. Bras. Polit. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 234-250.

STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **(Mais) Um Passo Atrás no Direito Processual Brasileiro Atual Ou "Quem Vai Cuidar do Guarda na Esquina"?** Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 6, 2006.

SUNSTEIN, C. "Nudging: A Very Short Guide." **Journal of Consumer Policy**, [s.l.], v. 37, n. 4, 16 out. 2014.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. "Libertarian paternalism is not an oxymoron". **University of Chicago Law Review**, v. 70, n. 4, 2003, p. 1159-1202.

SUNSTEIN, Cass R. Nudges that fail. **Behavioural Public Policy**, v. 1, n. 1, p. 4-25, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. "The Ethics of Nudging." **Yale Journal on Regulation**, [s.l.], v. 32, n. 2, p. 413-450, 2015, p. 417-418. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol32/iss2/6>. Acesso em: 20 fev. 2023.

SUNSTEIN, Cass R. **Why nudge?** The politics of libertarian paternalism. Londres: Yale University Press, 2012.

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 472-491, 2018.

TAPIA GRANADOS, José A. La reducción del tráfico de automóviles: una política urgente de promoción de la salud. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 3, p. 137-151, 1998.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Os momentos probatórios no Direito Processual Penal. **Revista da Faculdade de Direito do Largo São Francisco**, v. 106/107, p. 779-807, 2012.

TAYLOR, S. E. The availability bias in social perception and interaction. In: KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P.; TVERSKY, A. **Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases**. New York: Cambridge University Press, 1982.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. "Libertarian paternalism." **The American Economic Review**, v. 93, n. 2, 175-179, 2003.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. **Nudge**. Improving decisions about health, wealth, and happiness. Penguin, 2009.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: um pequeno empurrão. Alfragide: Lua de Papel, 2018.

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

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

VERBICARO, Dennis; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. "A economia comportamental no desenho de políticas públicas de consumo através dos nudges". **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 133, p. 385-411, 2021.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WANSINK, B.; KENT, R. J.; HOCH, S. J. "An Anchoring and Adjustment Model of Purchase Quantity Decisions." **Journal Of Marketing Research**, [s.l.], v. 35, n. 1, p. 71-81, fev. 1998.

ZAFFARONI, R. E. Culpabilidade por vulnerabilidade. Tradução Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 31-48, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, p. 167-202, 2008.