



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O direito ao silêncio e o teste do bafômetro.

Beatriz de Oliveira Monteiro Marques

Rio de Janeiro  
2012

BEATRIZ DE OLIVEIRA MONTEIRO MARQUES

**O direito ao silêncio e o teste do bafômetro**

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Nelson Tavares  
Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2012

## O DIREITO AO SILÊNCIO E O TESTE DO BAFÔMETRO

**Beatriz de Oliveira Monteiro Marques**

Graduada pela Universidade Federal  
Fluminense. Advogada.

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é debater o suposto direito de não produzir provas contra si mesmo em face do teste do bafômetro, que passou a ser previsto no Código de Trânsito Brasileiro, com o advento da Lei 11.705/08. O estudo contempla a decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido da imprescindibilidade do bafômetro ou do exame de sangue para fins de adequação típica do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

**Palavras-Chaves:** Direito Processual Penal. Provas. Teste do Bafômetro. Direito ao silêncio. Devido Processo Legal.

**Sumário:** Introdução. 1. Direito ao silêncio e teoria da prova. 2. A Lei 11.705/08 e o teste do bafômetro. 3. Análise dos precedentes do STJ e TJRJ. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com o objetivo de diminuir a quantidade de acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados, haja vista ser o consumo de bebidas alcoólicas uma das principais causas de acidentes automobilísticos no Brasil foi editada a Lei n. 11.705/08. A informalmente chamada “Lei Seca” entrou em vigor em junho de 2008, alterando o art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Essa lei, que altera o Código de Trânsito Brasileiro, proíbe o consumo de praticamente qualquer quantidade de bebida alcoólica por condutores de veículos. Por ela, motoristas flagrados excedendo o limite de 0,2 grama de álcool por litro de sangue (tolerância decorrente

da não regulamentação dos casos específicos previstos no art. 276, parágrafo único, combinado com o Decreto n. 6.488/08) serão penalizados mediante pagamento de multa, terão carteira suspensa por um ano e ainda terão o carro apreendido. O motorista que for flagrado com mais de 0,6 grama de álcool por litro de sangue deverá ser preso.

Para verificação do índice de álcool no organismo, há três maneiras: uso do etilômetro, realização de exame de sangue, existindo ainda o exame clínico para verificação dos sinais e sintomas de embriaguez. Das três maneiras citadas, o uso do etilômetro mais conhecido como bafômetro, é o que tem causado mais polêmica, a qual é fundamentada no princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

Observa-se que antes da vigência da Lei n. 11.705/08, não havia previsão do teor alcoólico necessário para a caracterização do crime, bastando, para tanto, que o condutor do veículo estivesse sob a influência de álcool. Nesse contexto, o exame de alcoolemia era prescindível, podendo ser substituído por outras provas, tais como o depoimento de testemunhas ou o exame clínico. Entretanto, verifica-se que o legislador introduziu uma nova elementar no tipo penal previsto no art. 306, da Lei n. 9.503/1997, ao fazer menção expressa ao *quantum* de álcool no sangue necessário para a configuração do crime, tornando indispensável o referido exame técnico, sob pena de não restar comprovada a materialidade do delito.

Deste modo, de acordo com a redação da nova lei, caso o exame de alcoolemia aponte menos de 0,6 grama de álcool por litro de sangue, não haverá infração penal, apenas um ilícito administrativo. Porém, acaso constatado concentração de álcool no sangue superior a 0,6 grama resta configurado o delito, que, contudo, para subsunção ao tipo exige a prova objetiva da materialidade.

Sendo assim, o condutor que não for submetido ao exame de sangue ou ao bafômetro não estará incurso nas penas do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, pois não haverá

comprovação da materialidade delitiva, uma vez que ausente prova sobre elemento do tipo penal.

Este é o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, no tocante à aplicação do crime de trânsito envolvendo embriaguez ao volante.

Embora promulgada com o fim de recrudescer o combate ao crime de embriaguez ao volante, a Lei n. 11.705/08, ao prever a concentração de 0,6 grama de álcool por litro de sangue como elemento objetivo do tipo penal, assume a condição de norma penal mais benéfica, quando não houver nos autos prova técnica da dosagem alcoólica no sangue do acusado.

Desde a vigência da nova lei, aumentou-se ainda mais a discussão sobre a necessidade da prova e a obrigatoriedade da realização do teste para verificação do teor alcoólico descrito na norma. Assim, pergunta-se: motorista envolvido em acidente de trânsito ou submetido à fiscalização por meio do teste do bafômetro, ao apresentar recusa, poderá ser considerado culpado?

Essa é a principal indagação que o presente estudo traz à tona, visto que, com o advento da Lei n. 11.275/06, que alterou os artigos 165, 277 e 302, do Código de Trânsito Brasileiro, a recusa do motorista fundamentada no princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si pode comprometer a utilidade e a eficácia da lei em comento.

O presente tema é de profundo debate jurídico, tanto na doutrina quanto nos tribunais do país, na medida em que exige a ponderação entre o juízo individual de não produzir provas contra si mesmo e o interesse social da nova legislação que impôs critérios rígidos para aquele que usa álcool e se dispõe a conduzir um veículo.

## **1. DIREITO AO SILÊNCIO E TEORIA DA PROVA.**

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, antigos direitos fundamentais foram confirmados e novos foram estabelecidos, surgindo no Brasil os primeiros contornos para a construção do que se chamou Estado Democrático de Direito.

O direito ao silêncio, estabelecido no art. 5º, LXIII, da Constituição da República de 1988: “O preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, veio para garantir ao réu que ele não precisa mais colaborar com o Estado na busca da chamada “verdade real” no processo criminal, pois a ele está garantido que não é obrigado a “descobrir-se” (*nemo tenetur se detegere*).

A garantia disposta no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República de 1988, assegura ao cidadão o direito de não se auto-incriminar ou de não fazer prova contra si mesmo, já consagrada no Pacto de San Jose da Costa Rica (artigo 8º, n. 2, b), de 22 de novembro de 1969, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi internalizado no Brasil através do Decreto n. 678, de 1992, crucial para a construção de um sistema punitivo compatível com o Estado Democrático de Direito que se pretende construir, em que, como medida de respeito a outros princípios constitucionalmente albergados e igualmente consagrados, como o da dignidade da pessoa humana, o do respeito à intimidade, à liberdade moral e à intangibilidade corporal, o réu no processo criminal não mais pode ser considerado como objeto de prova, nem seu silêncio poderá ser interpretado em seu desfavor.

Segundo Maria Elizabeth Queijo<sup>1</sup>:

O mencionado princípio [*nemo netur se detegere*] consolidou-se como direito fundamental, vinculado ao Estado de Direito, estritamente relacionado com outros direitos igualmente consagrados: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade da pessoa humana e à intangibilidade corporal.

---

<sup>1</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo pena*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

Destaca a autora, ainda, que “a manifestação mais tradicional do princípio *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio”, tido como direito fundamental de primeira geração, pois inserido entre os direitos à liberdade.

Para Queijo<sup>2</sup>, “o princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se auto incriminar”. Acrescenta ainda que dele se extrai o respeito à dignidade desde o interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.

Lembra, ainda, a referida autora que “o princípio também é expresso por outras máximas latinas: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*”, respectivamente assim conceituados: ninguém é obrigado a produzir provas contra si; ninguém é obrigado a se acusar; nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesmo em público; ninguém é obrigado a revelar a sua própria vergonha; e ninguém é obrigado a ser testemunha contra si mesmo, observando que “No direito angloamericano recente, o princípio é expresso pelo *privilege against selfincrimination*”.

Carlos Henrique Borlido Haddad<sup>3</sup> observa que “o princípio contra a auto-incriminação é um princípio de justiça universalmente acolhido” e ainda que não estivesse presente na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos, “a maioria dos Estados consente em aplicá-lo, porque são inerentes a todos os povos o instinto de autopreservação e a correlata opção por não produzir provas contra si”.

---

<sup>2</sup> Ibid, p. 1

<sup>3</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas-SP: Bookseler, 2005, p. 89.

Assim, constata-se que, embora tardiamente, já que a inclusão do direito ao silêncio no ordenamento constitucional nacional somente foi garantida, expressamente e sem qualquer consequência negativa em razão do seu exercício, no século XX, representa importante conquista no campo dos direitos e garantias individuais, já que permite a todo cidadão acusado de um crime o direito de calar sobre os fatos que lhe são imputados, vedando, via de consequência, a utilização de métodos violentos, coercitivos ou mesmo artificiosos pelas autoridades estatais na apuração dos fatos, prática comum em períodos ditatoriais, nem um pouco compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

O conceito de verdade no processo penal e os limites dos poderes instrutórios do juiz, especialmente os referentes à possibilidade de o magistrado ordenar medidas que obriguem o acusado a cooperar na produção de provas, afetam diretamente a dimensão que vem sendo conferida ao significado do princípio *nemo tenetur se detegere* e, via de consequência, a amplitude do direito ao silêncio, segundo a doutrina.

Daí a importância de examinar doutrinariamente a aplicabilidade do direito ao silêncio também nas provas que dependam de sua colaboração, bem como as consequências processuais advindas da violação a esse princípio, segundo a doutrina, e, especificamente no tocante a essa pesquisa, na interpretação dada a essa prerrogativa pelo Superior Tribunal de Justiça.

Prevalece, todavia, no Brasil, o conceito ampliativo, e a doutrina dominante segue reconhecendo o mencionado direito de não prestar qualquer contribuição em provas que possam revelar-se desfavoráveis ao investigado ou acusado em procedimento criminal.

Eugenio Pacelli de Oliveira<sup>4</sup>, por seu turno, ressaltando a posição destacada do direito ao silêncio, interpreta, contrariamente à posição dominante na doutrina, que seu alcance estaria restrito a impedir quaisquer intervenções por parte do Estado que possam afetar a

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.190.



capacidade de autodeterminação do acusado no plano do processo criminal, convergindo para o tratamento que vem sendo conferido pelo direito norte-americano ao tema, “que confere ao direito à não incriminação um caráter exclusivamente testemunhal”.

Sob a perspectiva colocada pelo referido autor, o princípio do direito ao silêncio ocupa posição proeminente, que, uma vez instituído como direito, impõe ao Estado o dever de respeitar a opção pelo seu exercício, o que impedirá a adoção de quaisquer ações tendentes à extração forçada – extorsão – da confissão, com o que se poderá bem e melhor tutelar a integridade física e psíquica do acusado, o seu direito à personalidade e à dignidade humana.

Com isso, obtém-se dupla proteção: no plano do direito material, com a tutela da integridade física e psíquica antes mencionada; e, mais uma vez, no plano processual, atinente ao controle da idoneidade da prova e da preservação da construção da certeza judicial em bases racionalmente demonstráveis.

Tais considerações delimitam o campo hermenêutico do direito a permanecer calado, quanto à definição de seu sentido e de seu significado enquanto garantia individual fundamental.

Nesse mesmo sentido, instada a se manifestar a Advocacia Geral da União<sup>5</sup>, no Parecer nº 121/2009/AGU/CONJUR/DPRF/MJ, entendeu que a recusa em se submeter ao etilômetro não é legítima, ensejando a configuração do crime de desobediência previsto no artigo 330, do Código Penal.

O Ministério da Justiça, por meio de seu Departamento de Polícia Rodoviária Federal, emitiu nota expondo a análise acerca do uso do etilômetro. No referido documento concluiu-se que, para o Pacto de San José da Costa Rica, nenhuma liberdade ou direito é absoluto, somente podendo persistir sem limitações até o momento em que não conflite com o interesse social.

---

<sup>5</sup>AGU. Parecer nº 121/2009/AGU/CONJUR/DPRF/MJ de 20/07/09. Disponível em <https://docs.google.com/gview?url=http://s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-etilometro.pdf&chrome=true>. Acesso em 17 out. 2012.

Consoante o mencionado documento, na gama dos objetivos citados no pacto, está claro que a proteção dos direitos coletivos se encontra acima da proteção dos individuais, não se confundindo e sim sobrepondo-se aos apontados direitos fundamentais de presunção da inocência e proibição de auto-incriminação.

Observa-se que o Poder Executivo entende que o Estado não tem somente o dever de fazer o possível para propiciar a realização dos direitos e garantias fundamentais, como também cabe a ele identificar e fazer prevalecer, sob determinadas condições, a ordem de precedência desses. Ou seja, proteger aquele que tenha maior peso com fins a garantir a maior segurança de todos e o bem comum.

Dessa forma, a restrição a um direito fundamental individual seria possível sempre que imprescindível para o alcance de uma finalidade relacionada à comunidade coberta também pela ordem de valores constitucionais.

Mas a doutrina processual penal brasileira normalmente não se satisfaz com esses limites, preferindo atribuir ao *nemo tenetur se detegere* uma verdadeira imunidade corporal, não reduzida ao direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, como expressamente se contém no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesma ou confessar-se culpada, consoante se tem no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis.

Cumprido, ainda, destacar que as provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção, segundo a doutrina<sup>6</sup>, dividem-se em: a) aquelas que implicam intervenção corporal, subdivididas nas chamadas provas invasivas (em que há introdução de substâncias ou instrumentos no organismo), para cuja produção se exige o consentimento livre e consciente do réu – os exemplos são exames de sangue em geral, exame ginecológico,

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.190.

identificação dentária, endoscopia, exame de reto, e até, em alguns casos, a busca pessoal (revista). –, e as não invasivas (em que não há interferência corporal), que dependem da colaboração passiva do acusado – como exemplos, tem-se o exame de DNA realizado a partir de fio de cabelos, saliva e pêlos, de urina ou fezes, as identificações datiloscópicas, de impressão dos pés, unhas e palmar, radiografias empregadas em buscas pessoais, o reconhecimento, a reconstituição dos fatos, o exame grafotécnico, o exame clínico para verificação de embriaguez, a entrega de prova documental, etc.

Por outro lado, as provas podem ainda ser de cooperação ativa e passiva. As de cooperação ativa exigem um comportamento ativo do acusado, tais como soprar o teste do bafômetro ou se submeter à perícia grafotécnica. Já as de cooperação passiva não exigem nenhum comportamento por parte do acusado, tal como o exame clínico.

Sendo assim, prevalece na doutrina que as provas invasivas e as de cooperação ativa não podem ser exigidas do réu sob pena de violação do direito ao silêncio. Por outro lado, as provas de cooperação passiva e as não invasivas desobrigam o réu de qualquer comportamento, bem como não interferem no corpo do acusado ou investigado.

## **2. A LEI 11.705/08 E O TESTE DO BAFÔMETRO**

A Lei Federal n. 11.705/08 - comumente chamada de "Lei Seca" - trouxe ao debate público a questão da embriaguez ao volante. Com o objetivo de proteger a segurança viária, a vida e a integridade física das pessoas tal conduta foi criminalizada. Isso porque atualmente referidos bens jurídicos eram demasiadamente violados pela violência no trânsito.

Antes da vigência da Lei n. 11.705/08 não havia previsão legal do teor alcoólico necessário para a caracterização do crime, bastando, para tanto, que o condutor do veículo estivesse sob a influência de álcool. Nesse contexto, o exame de alcoolemia era prescindível,

podendo ser substituído por outras provas, tais como o depoimento de testemunhas ou o exame clínico.

Entretanto, o legislador introduziu uma nova elementar no tipo penal previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/1997, ao fazer menção expressa ao *quantum* de álcool no sangue necessário para a configuração do crime, tornando indispensável o referido exame técnico, sob pena de não restar comprovada a materialidade do delito.

Com relação à comprovação da embriaguez, além do teste sanguíneo, prevê a lei de trânsito o vulgarmente chamado “teste do bafômetro”, que é o teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), que afere a embriaguez através da concentração de álcool em miligramas por litro de ar expelido dos pulmões.

O critério de equivalência com o exame sanguíneo é dado pelo Decreto n. 6.488/08, que assim dispõe:

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte: I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

O estudo do direito estrangeiro revela que *o nemo tenetur se detegere* tem incidência muito restrita nas provas que dependem da colaboração do acusado. Alguns ordenamentos sequer reconhecem a incidência do referido princípio nas aludidas provas. Reservam sua aplicação ao momento do interrogatório, exclusivamente. Em outros, admite-se a execução coercitiva de intervenções corporais no acusado.

Há ainda a orientação de permitir que sejam extraídas inferências de culpabilidade a partir da recusa do réu em submeter-se às provas que necessitem de sua cooperação para serem produzidas. Mas a tendência predominante é a de somente considerar violadora do *nemo tenetur se detegere* a prova que implique uma postura ativa do acusado.

Desse modo, entende-se que as provas que impliquem intervenção corporal no acusado, nas quais se exige que esse apenas “tolere” a sua realização, permanecendo passivo, não violam o *nemo tenetur se detegere*. No direito nacional, essa orientação também predomina, mas não se admite a execução coercitiva de provas que dependam de intervenção corporal no acusado.

Percebe-se, pelo exposto acerca da teoria da prova em processo penal, que o exame do bafômetro é de cooperação ativa, já que exige um comportamento positivo do indivíduo, soprar o bafômetro, que enseja a invocação do direito ao silêncio.

Inicialmente, deve-se mencionar que o Código de Processo Penal e, ainda, o Código de Processo Civil, não mencionam em nenhum de seus artigos se o acusado deve colaborar ou não com as provas que serão produzidas.

A doutrina<sup>7</sup> vem se manifestando no sentido de que a recusa do acusado em se submeter à prova invasiva e não invasiva não configura crime de desobediência e tampouco poderá esta recusa ser usada contra o acusado, apesar da jurisprudência mais antiga do Supremo Tribunal Federal já ter tratado a recusa do acusado em produzir a prova como presunção em seu desfavor e, algumas vezes, ter aceitado a não produção de provas pelo acusado como crime de desobediência.

Porém, a jurisprudência mais atual, conforme anteriormente comentado, vem tratando o assunto de forma diferente dizendo que, em razão do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o acusado não pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo, que servirão para incriminá-lo, pois, esse não tem o dever de fornecer tais elementos que lhe incriminarão.

Surge então o paradoxo: de um lado, exige-se o bafômetro para configurar a materialidade do delito, e por outro lado, não se pode exigir que o indivíduo faça o teste ou se submeta ao exame sanguíneo.

---

<sup>7</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo pena, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

### 3. ANÁLISE DOS PRECEDENTES DO STJ E TJRJ.

Em decisão publicada em julho de 2010, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) fomentou ainda mais o debate ao entender que o motorista não pode ser obrigado a soprar bafômetro ou submeter-se a exame de sangue para apurar dosagem alcoólica. Considerando que a prova técnica, indicando com precisão a concentração sanguínea de álcool, é indispensável para incidência do crime por dirigir embriagado, o paradoxo legal contido na Lei Seca foi apontado no julgamento do HC 166377/SP, no qual o tribunal concedeu ordem para trancar a ação penal contra motorista que se recusou sujeitar-se aos exames.

habeas corpus. embriaguez ao volante. art. 306 do código de trânsito brasileiro. pedido de extinção da ação penal por ausência de prova da materialidade do delito. realização de exame de ar alveolar pulmonar. prescindibilidade de exame pericial específico. Ordem denegada. 1. a lei n. 11.705/08, deu nova redação ao caput do art. 306 do código de trânsito brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto. o legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, caput, do código de trânsito brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal. 2. o código de trânsito brasileiro declara, no seu art. 277, que todo condutor de veículo automotor que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam certificar seu estado. o parágrafo único do art. 306, ao tratar do crime de embriaguez ao volante, determina ao poder executivo federal que estipule a equivalência entre os diferentes testes de alcoolemia. por fim, a redação do decreto n° 6.488/08 esclarece que, para os fins criminais de que trata o art. 306 da lei n° 9.503/07, a concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões deve ser igual ou superior a três décimos de miligrama. 3. no caso, a materialidade do delito se encontra demonstrada pelo teste de etilômetro, cujo resultado acusou o índice de 1,22 miligrama de álcool por litro de ar expelido dos pulmões do paciente, concentração esta superior ao máximo de 0,30 mg/l. 4. ordem denegada.

Antes, o CTB previa apenas que o motorista expusesse outros a dano potencial em razão da influência da bebida ou outras substâncias. Não previa quantidade específica, mas exigia condução anormal do veículo. Com a nova redação, a dosagem etílica passou a integrar o tipo penal. Isso é, só se configura o delito com a quantificação objetiva da concentração de

álcool no sangue - que não pode ser presumida ou medida de forma indireta, como por prova testemunhal ou exame de corpo de delito indireto ou supletivo.

De fato, a modificação legislativa trouxe consigo enorme repercussão nacional, dando a impressão de que a violência no trânsito, decorrente da combinação bebida mais direção, estaria definitivamente com os dias contados. Contudo, com forte carga moral e emocional, com a infusão na sociedade de uma falsa sensação de segurança, a norma, de natureza até simbólica, surgiu recheada de dúvidas, imperfeições e polêmicas.

Em recente decisão<sup>8</sup>, de março de 2012, o STJ manteve o seu posicionamento no sentido da impossibilidade de se obrigar o motorista a se submeter ao teste e diante da ausência da prova, restaria ausente a materialidade do delito tipificado no CTB. De acordo com a decisão, a ausência da comprovação por esses meios técnicos impossibilita precisar a dosagem de álcool e inviabiliza a adequação típica do fato ao delito, o que se traduz na impossibilidade da persecução penal.

No recurso interposto no STJ, o Ministério Público do Distrito Federal (MPDF) se opõe a uma decisão do Tribunal de Justiça local (TJDF), que acabou beneficiando um motorista que não se submeteu ao teste do bafômetro, porque, à época, o exame não foi oferecido por policiais. O motorista se envolveu em acidente de trânsito em março de 2008, quando a Lei Seca ainda não estava em vigor, e, à época, foi encaminhado ao Instituto Médico Legal, onde um teste clínico atestou o estado de embriaguez.

Denunciado pelo MP com base no artigo 306 do CTB, o motorista conseguiu o trancamento da ação penal, por meio de um *habeas corpus*, sob a alegação de que não ficou comprovada a concentração de álcool exigida pela nova redação da norma trazida pela Lei Seca. O tribunal local entendeu que a lei nova seria mais benéfica para o réu, por impor

---

<sup>8</sup> STJ. HC 166377 de 10/06/10. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218). Acesso em 12/04/12.

critério mais rígido para a verificação da embriaguez, devendo por isso ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência.

Procurou o legislador inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez - daí a conclusão de que a reforma pretendeu ser mais rigorosa, "Todavia, inadvertidamente, criou situação mais benéfica para aqueles que não se submetessem aos exames específicos", observou ministro Og Fernandes<sup>9</sup>, relator do HC 166377.

Para o relator e ministro do STJ, como o indivíduo não é obrigado a produzir prova contra si - sendo lícito não se sujeitar a teste de bafômetro ou exame de sangue -, e que o crime previsto na Lei Seca exige a realização de prova técnica específica, "poderíamos, sem dúvida alguma, tornar sem qualquer efeito prático a existência do sobredito tipo penal".

"É extremamente tormentoso deparar-se com essa falha legislativa", lamenta o relator, ressaltando a impossibilidade de sujeitar a lei ao sentimento pessoal de justiça do juiz. Tal opção, afirma, levaria ao "arbítrio na aplicação do direito que, fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica".

A ministra Maria Thereza de Assis Moura, cujo voto desempatou o julgamento no STJ, concordou que somente a mudança na lei poderia permitir que outros meios de prova fossem usados para comprovar a prática do crime de dirigir embriagado. "Se o tipo penal é fechado e exige determinada quantidade de álcool no sangue, a menos que mude a lei, o juiz não pode firmar sua convicção infringindo-a."

Mas afinal, o motorista é obrigado a realizar o teste de alcoolemia? Em não se submetendo, é possível considerar presumida a embriaguez? Para o Supremo Tribunal

---

<sup>9</sup>STJ. HC 166377 de 10/06/10. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218). Acesso em 12/04/12.



Federal, em julgamento proferido em 2008, para ambas as perguntas a resposta é negativa.

Veja-se<sup>10</sup>:

Presunção de embriaguez - Exame de dosagem alcoólica. Não se pode presumir que a embriaguez de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Na tentativa de preservar a segurança no trânsito e a incolumidade pública, alguns tribunais, na contramão de direção, entendem não haver qualquer constrangimento ou ilegalidade na obrigatoriedade da realização do teste, conforme julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>11</sup>:

teste de ar alveolar - ausência de ilegalidade. (...) A recusa em se submeter ao exame de ar alveolar acarreta na apreensão da carteira de habilitação. Exegese dos artigos 165 e 269, incisos III e IV do Código de Trânsito Brasileiro. A princípio e em tese, a apreensão em lide se revelou um legítimo exercício da Administração Pública no seu poder de polícia, visando à segurança pública e do próprio condutor do veículo. (...)

Resta claro que a jurisprudência, no que concerne às sanções administrativas, afasta a aplicação do direito de não produzir prova contra si. Isso porque a recusa à submissão ao teste do bafômetro enseja a aplicação de multa, retenção da Carteira Nacional de Habilitação e possível apreensão do veículo automotor, mesmo sem a prova material de que o condutor estava dirigindo sob efeito do álcool.

Observa-se, portanto, a partir de uma análise jurisprudencial da aplicação da “Lei Seca”, que a divergência quanto à aplicabilidade do princípio da vedação de produção de prova contra si cinge-se à esfera penal.

---

10 STF. HC 93.916-3 de 26/06/08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893916%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 17 out. 2012.

11 TJ-RJ. AI 2009.002.19425 de 23/6/2009. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EA9D72F1CA020907429FA649C0F05B77A3C40220192E> Acesso em 17 out. 2012.

Nota-se que em sede de sanções extrapenais prevalece o legítimo interesse da Administração Pública no exercício do poder de polícia, garantindo a segurança pública e do próprio condutor.

A diferença quanto à exigência probatória nas duas searas se dá pelo fato de que, enquanto a esfera administrativista se baseia na presunção de legalidade e legitimidade de seus atos, bem como no interesse público, a seara penal se fundamenta em uma complexa rede de princípios garantistas. Isso porque a aplicação da lei penal pode culminar com a aplicação de sanções que limitem ou cerceiem o direito fundamental ambulatorial do indivíduo, o que implica a adoção do princípio da presunção de inocência e permite a invocação do aviso de Miranda.

Quando o julgado tange à esfera penal do acusado, surge a barreira do direito à liberdade como princípio fundamental limitador, que prevalece ao interesse público que legitima o teste do bafômetro.

O esvaziamento da “Lei Seca”, definido no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como confirmado pelos próprios ministros, só poderá ser revertido pelo Congresso Nacional se os parlamentares alterarem o texto da lei, ou pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando julgar a exigência do bafômetro e a possibilidade de comprovar a embriaguez de outras maneiras.

Nesse mesmo sentido entende o doutrinador Fernando Capez<sup>12</sup>, que firmou seu entendimento em entrevista ao sítio “Carta Forense”:

A Lei, ao modificar o art. 306, do CTB, delimitando o nível de concentração de álcool, passou a eleger a prova técnica como o único meio hábil a comprovar o nível de embriaguez do condutor do veículo automotor, não se admitindo outros meios de prova, como, por exemplo, exame visual em que se constatam nítidos sinais de embriaguez, etc., o que dificultará sobremaneira o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Com isso, como já afirmado, corre-se o risco de se tornar letra morta o art. 306 do CTB.

---

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. Entrevista Lei Seca de 04/08/2008. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/lei-seca/2137>. Acesso em 17 out. 2012.

Um projeto de lei já votado no Senado e em tramitação na Câmara pode solucionar o problema, conforme entendimento sustentado por parlamentares, especialistas, integrantes do governo e magistrados que acompanham o debate.

O texto que está sendo debatido pelo Congresso e por diferentes órgãos do governo estabelece que o motorista que ingerir qualquer quantidade de álcool antes de dirigir pode ser punido criminalmente. A proposta, apelidada de "tolerância zero", permitiria também que a ingestão de bebida alcoólica fosse comprovada de outras maneiras, que não somente pelo exame de sangue ou teste do bafômetro.

A autoridade de trânsito, seja um policial rodoviário ou agente de trânsito, poderia relatar a ingestão de álcool, caso identificasse sinais de desequilíbrio do motorista ou cheiro de álcool.

Pela proposta em tramitação, o depoimento de testemunhas também poderia servir de prova para comprovar a prática do crime de dirigir sob efeito de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que puder causar dependência, previsto no Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

O projeto da nova lei seca aprovado pelos deputados amplia a possibilidade de provas de embriaguez ao volante. A proposta ainda dobra o valor da multa, de R\$ 957,70 para R\$ 1.915,40. A intenção é permitir que condutores que se recusarem a fazer os testes de sangue e de bafômetro possam ser enquadrados e punidos criminalmente.

A proposta aprovada prevê o uso de vídeos, prova testemunhal e outros meios de prova em direito admitidos como forma de comprovar a condução de veículo com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

A intenção da nova lei é justamente corrigir os equívocos da alteração implementada em 2006 que acabou por beneficiar os condutores alcoolizados.

## CONCLUSÃO

O estudo do direito revela que, por vezes, o conteúdo de uma lei busca inserir no seio social determinado modelo de conduta, objetivando a proteção de bens jurídicos reconhecidamente relevantes.

No caso do bafômetro, a legislação procurou estabelecer, por meio de sanções mais severas, uma conduta mais responsável no trânsito, a fim de se evitar o grande número de mortes envolvendo veículos automotores. O papel da lei, nesse caso, não era o de meramente reconhecer um desvalor social, mas o de concretizar no imaginário a periculosidade da combinação álcool e direção.

Contudo, apesar do esforço legislativo, o STJ entendeu que a Lei Seca trouxe um critério objetivo para a caracterização do crime de embriaguez, tipificado pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Sendo assim, seria necessária a comprovação de que o motorista esteja dirigindo sob influência de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue.

Considerando que esse valor somente pode ser atestado pelo exame de sangue ou pelo teste do bafômetro, segundo definição do Decreto n. 6.488/08, surgiu a discussão sobre a obrigatoriedade da sujeição aos referidos exames.

O argumento do direito ao silêncio sob a fórmula de ninguém ser obrigado a produzir provas contra si mesmo veio a rechaçar a imposição do teste do bafômetro, com fundamento na garantia do devido processo legal.

Resta claro que a intenção do legislador esbarrou na técnica jurídica, resultando na completa inutilidade do agravamento da lei, que inclusive, repercutiu nas condutas praticadas anteriormente por motoristas embriagados.

Diante dos números a opinião pública mobilizou-se no sentido de coibir a direção sob efeitos do álcool. A incidência de acidentes de trânsito com mortos envolvendo o uso de bebida alcoólica deixou de ser excepcional há muito. E neste ponto concentra-se a pedra de toque da questão: na defesa de um bem jurídico transindividual e de notável relevância, como o direito a vida, é possível manter intangível um suposto direito absoluto ao silêncio?

Um dos focos atuais no estudo de Direitos Humanos é a necessidade de prevaência de um direito individual fundamental ainda que haja um interesse público confrontante. Busca-se a preservação do ser humano acima de qualquer outro interesse coletivo não individualizado.

O fundamento da virada Kantiana no pós Segunda Guerra mundial diz respeito exatamente a essa necessidade de manutenção de um núcleo essencial, já que o homem não pode servir de meio para um bem maior, ele é um fim em si mesmo.

De todo modo, contrapondo-se a questão constitucional, questiona-se se a obrigatoriedade do teste do bafômetro realmente viola o direito ao silêncio. Seria esta uma interpretação exagerada do direito ao silêncio, ampliativa de um direito individual que acabou por aniquilar uma norma assentida pela sociedade.

Ou seja, será que o STJ baseado em uma falsa premissa extrapolou o seu papel constitucional impedindo a atuação de outro poder? Ou a defesa dos direitos individuais deve prevalecer diante da imponência do interesse coletivo?

As decisões do STJ seguem a mesma linha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que prioriza o direito individual ao silêncio, e que, de certa forma, não se coaduna com a técnica legislativa, uma vez que esta promulgou lei morta, já que desatenta aos princípios e regras constitucionais-penais que permeiam o ordenamento jurídico.

Assim, surge um embate democrático em que de um lado figura um direito individual, que para uma parte relevante da doutrina não está sendo sequer violado na hipótese de

obrigatoriedade do bafômetro, e de outro um preceito legal, resultado de um processo legislativo e que possui ampla aceitação popular.

Conclui-se que não obstante os princípios regentes do processo penal e das garantias individuais constitucionais, no caso do bafômetro, o STJ aplicou de forma excessivamente extensiva o direito ao silêncio.

Como se sabe nenhum direito é absoluto e no caso em tela, a partir do estudo desenvolvido, percebe-se que não há violação ao direito de não produzir provas contra si, pois o referido direito não abarca hipóteses de provas não invasivas e previstas expressamente na legislação. O bafômetro é adotado em diversos países e se revela como medida razoável e proporcional.

A decisão do STJ, apesar de aparentemente salvaguardar direitos constitucionais, viola o processo democrático por meio de um contorcionismo interpretativo, sacrificando a justiça da decisão.

A postura do Direito Penal diante dos novos interesses, difusos e coletivos, de um mundo globalizado não pode se curvar à interpretações distorcidas sobre o conteúdo de garantias individuais. Isso porque não pode referida seara jurídica ser instável a ponto de adequar-se a interesses ou interpretações de um dado momento, sob pena de torna-se apenas um direito simbólico.

O direito de conduzir veículos automotores não é absoluto, mas concedido pelo Estado após a observância de vários requisitos (frequência às aulas de auto-escola, aprovação em teste teórico e prático, entre outros).

Tudo isso é exigido para proteger, na medida do possível, a sociedade de maus condutores que possam colocar em risco a segurança da coletividade. Nessa lógica, o teste de alcoolemia a que devem se submeter os cidadãos não representa mais do que outra exigência legal para que os motoristas possam continuar fazendo jus ao direito de conduzir veículos.

O direito penal deve estar preparado para lidar com esta nova realidade, o que significa a adoção de uma nova dogmática jurídica-penal na proteção dos bens meta-individuais, porém conformada com os direitos humanos.

Os direitos humanos devem ser assegurados em todas as dimensões, o que significa um ajuste entre o garantismo positivo e o garantismo negativo na aplicação do direito penal globalizado na consecução do bem comum.

A sociedade contemporânea e a legislação pátria impõem condições de vida indispensáveis para convivência harmônica dentro da coletividade. Desta forma, a restrição a um direito fundamental individual é possível sempre que for indispensável para o alcance de uma finalidade relacionada à comunidade: a preservação do interesse público.

A restrição ao direito de dirigir, materializado na proibição de dirigir embriagado e de ter que se submeter ao “teste do bafômetro” quando solicitado, fundamenta-se nos direitos fundamentais à vida e à segurança, que alcança toda a sociedade, inclusive o cidadão fiscalizado diante do que não se pode invocar uma suposta afronta ao direito de não produzir provas contra si.

Não se trata, portanto, de uma situação em que uma exigência estatal tenha o poder de ofender um direito fundamental assegurado, mas sim diante da possibilidade constitucional de limitar direito fundamental individual na exata medida em que a restrição seja necessária à garantia de outros direitos fundamentais coletivos e constitucionalmente estabelecidos, tal como prevê o próprio Pacto de San José.

Desse modo, verifica-se o equívoco da decisão do Superior Tribunal de Justiça no que se refere à aplicação da ‘Lei Seca’, visto que as premissas principiológicas que fundamentaram a referida decisão não correspondem à doutrina mais adequada à promoção das garantias constitucionais em matéria processual penal.

A valorização de determinados princípios constitucionais e garantias individuais não pode servir de argumento para supressão de outros que ostentam igual relevância no ordenamento jurídico, de modo a esvaziar o núcleo essencial de direitos relativos ao interesse público.

Nenhum direito deve ser aplicado de modo absoluto que impeça que o ordenamento jurídico estabeleça regras restritivas ao seu exercício, sob pena de instabilidade e desarmonia sociais.



## REFERÊNCIAS

AGU. Parecer nº 121/2009/AGU/CONJUR/DPRF/MJ de 20/07/09. Disponível em <https://docs.google.com/gview?url=http://s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-etilometro.pdf&chrome=true>. Acesso em 17 out. 2012.

BARZOTO, Luiz. *Tratado de Direito Constitucional*, v. 1, coordenadores Ives Gandra da Silva, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. Entrevista Lei Seca de 04/08/2008. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/lei-seca/2137>. Acesso em 17 out. 2012.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas-SP: Bookseler, 2005, p. 89.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

STF. HC 93.916-3 de 26/06/08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893916%29&base=baseAcordaos>>Acesso em: 17 out. 2012.

STJ. HC 166377 de 10/06/10. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218).

Acesso em 12/04/12.

TJ-RJ. AI 2009.002.19425 de 23/6/2009. Disponível em:  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EA9D72F1CA020907429FA649C0F05B77A3C40220192E> Acesso em 17 out. 2012.