

## Quem se recusa a fazer teste do bafômetro não pode ser punido

A Lei Federal 11.705, de 19 de junho de 2008, que, dentre outras disposições, instituiu a total intolerância à presença de álcool no sangue do condutor de veículo automotor, inovou desastrosamente ao penalizar administrativamente a conduta daquele que se recusa a se submeter a exames que certifiquem o seu estado etílico (art. 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro).

A enormidade é ainda maior se considerado que, mesmo havendo a recusa, pode o agente de trânsito indicar a existência de “*notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor*” (art. 277, § 2º, CTB) e, assim, caracterizar a infração administrativa prevista no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, que diz: “*dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*”.

Essa nova disposição legislativa retirou do CTB o equilíbrio obtido com a alteração trazida pela Lei Federal 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, que, ante a recusa do condutor em se submeter aos exames de alcoolemia, permitia ao agente de trânsito indicar “*notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor*” para caracterizar a infração do artigo 165. E só.

Essa fora a fórmula encontrada para preservar o *direito de não produzir [antecipadamente] provas contra si mesmo — nemo tenetur se detegere* — consignado pela Constituição da República (art. 5º, LVII e LXIII), pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, 2, g) e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, g), ao mesmo tempo em que permitia às autoridades de trânsito observar o *princípio da legalidade* (art. 5º, ii, da CR).

A Lei Federal 11.705 pôs fim a esse equilíbrio: agora, ao condutor não somente seria imputada a infração do artigo 165 do CTB, com base no parágrafo 2º do artigo 277 do CTB, como também o mesmo seria penalizado pela recusa a se submeter aos testes de alcoolemia.

O condutor teria à frente, então, os seguintes caminhos: **ou se submeter aos testes e não exercer o direito de não produzir provas contra si mesmo; ou exercer o direito, não se submeter aos testes e ainda ser punido pelo exercício de um direito. Tertio non datur.**

Mas como bem colocou Damásio de Jesus, “... *se o direito à não-auto-incriminação adquiriu um status constitucional, é evidente que nenhuma outra regra, muito menos de cunho administrativo, pode servir de instrumento de persuasão para que o indivíduo viole as suas próprias convicções e, especialmente, os seus direitos fundamentais*”.<sup>[1]</sup>

Grinover Et Al acrescentam que “*a tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou acusado em submeter-se a exames de partes íntimas, bem como a provas degradantes, como o ‘bafômetro’, até porque ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo*”.<sup>[2]</sup>

Em obra sobre a culpa e sua prova nos delitos de trânsito, Vicente Greco Filho sustenta que, desde a Constituição de 1988, onde se acham previstas as garantias de não produção de provas contra si mesmo e de presunção de não-culpabilidade, não se podem colher conseqüências danosas àqueles que se recusam a se submeter aos testes de alcoolemia.[3]

Convém lembrar que o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) — correspondente àquilo que os americanos chamam de *privilege against self-incrimination* — tem estreitas relações com o Iluminismo, época marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais.

Estabelecido então como garantia máxima contra a tortura, se faz contemporaneamente presente nos principais instrumentos de defesa dos direitos fundamentais.

Em razão do *status* de que desfruta — de direito fundamental propriamente —, não pode nenhuma outra regra, muito menos de natureza administrativa, servir de instrumento de coação para que o indivíduo viole os seus próprios direitos fundamentais.

Em inúmeros julgados o Supremo Tribunal Federal firmou posição de que ninguém tem o dever de colaborar na produção de provas que exijam a sua participação ativa e que possam importar em assunção de culpa, em observância às garantias constitucionais da não produção de provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII, CR) e da presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CR). Em 1987, o STF considerou constrangimento ilegal a decretação de prisão preventiva em razão da recusa à participação na reconstituição do crime (Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. RHC 64.354, j. 1.7.1987).

Em 1991, por maioria, salientou o STF que ninguém pode ser compelido a participar da reconstituição do crime, sob pena do coator incidir em constrangimento ilegal, em razão do direito a não produzir provas contra si mesmo (1ª T. Rel. Min. Celso de Mello. HC 69.026, j. 10.12.1991).

E em 1998, decidiu que ninguém pode ser coagido a fornecer padrões gráficos do próprio punho para exames periciais, por ofensa ao *nemo tenetur se detegere* (1ª T. Rel. Min. Ilmar Galvão. HC 77.135, j. 8.9.1998).

Esclareça-se, desde já, que **nenhuma sanção criminal, seja penal ou processual penal, poderá advir da recusa** dos condutores de veículo automotor a se submeter a exames que certifiquem o seu estado etílico.

Tampouco há como ser caracterizado o crime de “embriaguez ao volante”, previsto no artigo 306 do CTB, a partir das indicações do agente de trânsito de “*notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor*”, conforme disposto pelo parágrafo 2º do artigo 277 do CTB.

E isso porque a infração que a lei permite caracterizar por tais expedientes é a prevista no artigo 165 do CTB, de natureza administrativa, cujas penalidades são multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses.

Portanto, da recusa a se submeter aos testes de alcoolemia nenhuma penalidade poderá recair sobre o condutor de veículo automotor, forte no entendimento de que ninguém está obrigado a produzir, e nesse caso de forma antecipada, provas contra si mesmo; daí decorrendo, ainda, que o parágrafo 3º do artigo

---

277 do CTB é inconstitucional, por ofensa ao artigo 5º, LVII e LXIII, da Constituição da República, do artigo 8, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

[1] JESUS, Damásio E. de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 344, 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5338>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 158.

[3] GRECO FILHO, Vicente. A culpa e sua prova nos delitos de trânsito. São Paulo: Fadusp, 1993, p. 146.

**Date Created**

15/08/2008