

## O TESTE DO BAFÔMETRO E O PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO

## BREATHALYZER TEST AND THE PRINCIPLE OF NON-SELF INCRIMINATION

*Fabiano de Oliveira Gobeth\**

**RESUMO:** Este artigo tem o objetivo de expor a relação da prova com o princípio da não-autoincriminação. Busca-se demonstrar que o exame de alcoolemia, por meio do teste de aparelho alveolar (bafômetro) fere, frontalmente, o princípio da não-autoincriminação, outrossim compreendido como a garantia de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Referido princípio, albergado pela Constituição da República Federativa do Brasil, encontra-se estampado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Aborda-se, ainda, o momento pré-processual de colheita dessa prova, sabidamente alijado dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

**Palavras-chave:** Bafômetro. Prova. Princípio. Não-autoincriminação.

**Abstract:** This article discusses the relationship of race and the principle of non self-incrimination. It also demonstrates that the blood alcohol test by means of the alveolar breath test (breathalyzer) goes against the principle of non-self-incrimination, which is meant to guarantee that no one is obliged to produce evidence against oneself. That principle, hosted by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, is printed in the American Convention on Human Rights (Pact of San Jose, Costa Rica). The article also discusses pre-trial collection of evidence, known to be disconsidered in the principles of the contradictory and full defense.

**Keywords:** Breathalyzer. Proof. Principle. Non-self-incrimination.

---

\* Pós-graduando pela Faculdade Anhanguera. E-mail: <fgobeth@yahoo.com.br>

## 1 Considerações iniciais

Pelo princípio da não-autoincriminação, entende-se que nenhum indivíduo está obrigado a se manifestar (que compreende um ato comissivo: cessão de parte de seu corpo, confissão, reconstituição de fatos etc.) perante qualquer autoridade, inclusive judicial, quando sua atitude ativa traga-lhe algum prejuízo.

O princípio em comento tem origem histórica antiga, pois está adstrito à ideia de autoconservação, de preservação da espécie. Foi severamente mitigado na Idade Média, com o emprego das inquisições e a corrente prática da tortura (ordálias e juízos de deus). Entrementes, com o avanço do processo civilizatório e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, vê-se que a não-autoincriminação galgou maior relevo e, de tal forma, respeito no meio jurídico. Tanto é verdade que figura, expressamente, na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Decreto nº. 678/1992 internalizou em nosso país a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), celebrada em 22 de novembro de 1969, que prevê, expressamente, que toda pessoa tem, como garantia mínima, dentre outras, o direito de não se incriminar. Ressalte-se que a referida Convenção goza de dignidade constitucional, segundo reconheceu o E. Supremo Tribunal Federal.

Não se pode olvidar, outrossim, que a autoincriminação constitui prova e, como é cediço, esta tem a função primordial de reconstituição dos fatos. Vale dizer, almeja-se, na obtenção da prova, a busca da verdade real, o desenrolar de fatos pretéritos, não se mostrando, portanto, em tarefa simples e ordinária. Nessa toada, não obstante a inexis-

tência da chamada prova tarifada, esta subjugada pelo sistema do livre convencimento motivado, há que se considerar que a prova trazida pelo próprio investigado/acusado tem um notável valor.

A prova, dependendo de seu momento de colheita, pode ser verificada sem qualquer observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. De outro giro, pode, também, ser iluminada pelos mencionados princípios constitucionais.

A utilização do bafômetro ou do teste sanguíneo tornou-se, segundo a atual redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, imprescindível para a caracterização do ilícito, pois se adotou critério objetivo, apurável somente com o rigor técnico científico, tendo em vista que este artigo define que o condutor do automotor deve estar com a concentração de álcool igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue, ou, no caso de verificação do ar alveolar pulmonar (etilômetro), com a concentração de álcool igual ou superior a 0,3mg por litro de ar expelido dos pulmões.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 O princípio da não-autoincriminação

Princípio, segundo algumas de suas definições, pode ser compreendido como preceito, regra, lei, origem, começo etc. Na esfera jurídica, os doutrinadores conceituaram este princípio de inúmeras formas; no entanto, a maior parte delas apresenta traços comuns, havendo congruência na opinião doutrinária. Para Reale (2000, p. 306) “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordena-

mento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”

O princípio da não-autoincriminação não é diferente dos demais princípios gerais de direito e abebera o nosso ordenamento jurídico com o seu preceito, também compreendido como o axioma de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere* – ninguém é obrigado a se descobrir).

É entendimento consagrado de que o direito ao silêncio é um meio de defesa. Ora, reconhecendo-se que o silêncio, conduta (ou ausência dela) puramente omissiva é um útil estratagema de defesa, não há como negar que é inadmissível quaisquer coerções ou pressões para que o indivíduo aja em seu desfavor. Para Luiz Flávio Gomes (2010), a pessoa até pode contribuir com a investigação ou a instrução processual, contanto que assim queira, pois não é obrigada, uma vez que é considerada, presumidamente, inocente.

É intrínseca ao ser humano a sua própria defesa, a sua preservação. O direito não descarta dessa característica e reconhece tal faculdade. Na verdade, vai além, pois o investigado/acusado pode inclusive afirmar situações inverídicas, desde que não atinja terceiros. Beccaria (1997, *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 400), no século XVIII, já se manifestava contrariamente à obrigatoriedade de juramento do acusado, dizendo:

Uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir para a própria

destruição; como se a religião não se calasse, na maioria do homem, quando fala o interesse.

Sabe-se que cabe à acusação o dever de provar os fatos contra o denunciado. Ou seja, não se pode exigir que o indivíduo tenha comportamento ativo, que ingresse no cenário da prova, ainda mais para se autoincriminar. Não há falar, *concessa venia*, em que o reconhecido direito ao silêncio limite-se, tão só, à possibilidade da pessoa calar-se. Esta é apenas uma das facetas pela qual se exterioriza essa permissão constitucional, podendo o sujeito de direitos se socorrer da sua absoluta inatividade, ou, quiçá, prestar versão imaginária, como alhures mencionado.

Ultrapassados os funestos tempos da Idade Média no que diz respeito à prova, o indivíduo passou a ser visto não mais como o objeto da investigação, sendo guindado à condição de sujeito de direitos. Ou seja, não lhe recaíam mais as provas ultrajantes e dissociadas da dignidade da pessoa humana, tais como as ordálias e juízos de deus. Nessa esteira, foi-se cristalizando o princípio em comento, vindo a ser declarado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), admitido por nosso país.

## 2.2 O crime previsto no artigo 306 do código de trânsito brasileiro

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, ao disciplinar o crime de embriaguez ao volante, diz:

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.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

A infração penal consistente na condução de veículo automotor, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas é, segundo a doutrina mais balizada, infração de perigo concreto indeterminado, uma vez que exige uma condução anormal do veículo (GOMES, 2010).

Vê-se que, para a caracterização do sobredito delito, faz-se necessária a quantidade mínima de álcool no sangue (seis decigramas), o que representa, por seu turno, na quantidade de 0,3mg por litro de ar expelido dos pulmões, conforme se extrai da Resolução nº 206, de 26 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Trânsito.

Ou seja, a materialidade delitiva está adstrita à aferição do nível de álcool no sangue, critério técnico, objetivo, sem margem a ilações. Como se sabe, para se chegar a esse resultado há necessidade de realização dos dois únicos exames idôneos, a saber: exame de sangue e bafômetro. Contudo, ninguém está obrigado a realizar esses exames, amparado no princípio da não-autoincriminação.

Dentro deste contexto, Nucci (2009, p. 1154) afirma:

Hoje, torna-se indispensável comprovar que o agente conduzia o veículo com concentração alcoólica específica, vale dizer, seis decigramas por litro de sangue. Para que se possa demonstrar tal situação demanda-se prova técnica (exame de sangue ou utilização do denominado bafômetro). É mais que sabido não se poder exigir de qualquer pessoa a colaboração efetiva para produzir prova contra seus próprios interesses, ou seja, é inviável que a agente ceda amostra de sangue ou sobre o aparelho próprio para determinar a concentração de álcool por litro de sangue. Assim sendo, o tipo penal do art. 306 tornou praticamente impossível a punição da embriaguez ao volante.

### 2.3 O momento de produção/colheita da prova

A prova é o meio que as partes ou terceiros (peritos, *v.g.*) dispõem para “moldar” o convencimento do Estado-juiz, demonstrando a existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de algo. “Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual” (CAPEZ, 2010, p. 342).

Impera em nosso sistema o entendimento de que todas as provas devem, em princípio, ser produzidas sob o crivo do contraditório, exercendo o acusado a sua ampla defesa. Contudo, há situações em que a prova tem que ser colhida prontamente, sem dar azo a qualquer meio de defesa. Em vista disso é que todas as provas, caso haja essa possibilidade, devem ser repetidas em juízo, na fase de instrução processual, pois, na fase

pré-processual tiveram como escopo imediato a formação da *opinio delicti*.

No teste de aparelho de ar alveolar, o indivíduo produz uma prova sem qualquer observância ao direito de defesa, pois, como se sabe, não há falar em devido processo legal, haja vista que não há qualquer relação processual. Na verdade, não há sequer *inquérito policial*. Veja-se, caso o teste aponte para um nível de álcool superior ao estabelecido, aí sim haverá a instauração de um *inquérito policial* (de cognição coercitiva<sup>1</sup>), mediante o auto de prisão em flagrante do autuado.

Desse modo, resta à fase judicial a verificação da idoneidade do exame pericial realizado, averiguando a regularidade do aparelho, a observância de procedimento adotado pelo agente fiscal etc. Mas, no tocante ao resultado do teste, não haverá margem de discussão para o defendente.

#### 2.4 A atual redação do artigo 306 do ctb

A atividade legiferante, movida pelo caótico panorama do trânsito de nosso país, ansiou reprimir a violência e os seus deletérios efeitos e sociais econômicos criminalizando o indivíduo que conduz veículo automotor, em via pública, estando embriagado. Inflige-se a quem pratica essa conduta, conforme se vê no preceito secundário da norma incriminadora, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além de multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

<sup>1</sup> Quando a instauração do *inquérito policial* se dá de ofício pela autoridade policial, decorrente da prisão em flagrante (GONÇALVES; REIS, 2009, p. 8).

A criminalização primária<sup>2</sup> pretendida pelo legislador não alcançou, ao menos em tese, o fim colimado, pois, como acima dito, a condenação de alguém na prática do crime previsto no artigo 306 do CTB (embriaguez ao volante por álcool) necessita de prova técnica, obtida somente com o consentimento do indivíduo.

Não cabe ao Poder Judiciário modular o entendimento acerca da ocorrência do crime por meios oblíquos. Pois, assim fazendo, usurpa, de modo indisfarçável, a atividade típica do Poder Legislativo, com o gravame de legislar na seara penal. Destarte, não pode o magistrado atuar na correção estrutural do tipo, a fim de dar-lhe efetividade, mormente que o Direito rege-se pela estrita legalidade e tipicidade (STJ – Resp. 1113360/DF, Rel. Min. Og Fernandes, em 28/09/2010).

#### 3 Considerações finais

O teste de aparelho de ar alveolar (bafômetro) não é obrigatório, face à existência do princípio da não-autoincriminação.

O laudável objetivo da legislação de trânsito, em especial ao delito previsto no artigo 306 do CTB, de minar a crescente violência das ruas de nossas cidades não é motivo suficiente para um arriscado retrocesso no campo (pré)-processual.

É incontestado que o indivíduo que conduz veículo automotor, estando embriagado, deve ser punido, exemplarmente, por sua conduta. Entretanto, isso não significa que se devam denegar princípios construídos ao longo dos séculos e, ademais, firmados justamente com o escopo de se livrar de

<sup>2</sup> De acordo com Eugênio Raúl Zaffaroni (2006, p. 43), a criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.

execráveis práticas antes tidas como íntegras.

Assim, não cabe ao agente fiscal, obediente ao princípio da legalidade, bem como ao Poder Judiciário, responsável pela pacificação social, modular a aplicação do artigo 306 do CTB face a sua falha legislativa.

Obrigando uma pessoa a ter um comportamento ativo, em seu prejuízo, ainda mais com a cessão de parte de seu corpo (mesmo que seja um mero sopro), não pode ser tolerado e tido como regular em um Estado Democrático de Direito.

### Referências

- BRASIL. Ministério das Cidades. Conselho Nacional do Trânsito. Resolução n. 206. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 nov. 2006. Disponível em <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/Resolucao206\\_06.pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/Resolucao206_06.pdf)>. Acesso 20 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. Código de Trânsito Brasileiro. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Vade Mecum**. 11. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Embriaguez ao volante. Ausência de exame de alcoolemia. Aferição da dosagem que deve ser superior a seis decigramas. Necessidade. Elementar do tipo. Recurso Especial n. 1113360/DF (2009/0062831-8). Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 28 set. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 out. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=baF4metro&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 22 fev. 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**: introdução ao Direito Civil brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FRANÇA, R. Limongi. **Princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em 20 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Lei seca**: certezas, equívocos, abusos e impunidade. Disponível em <[http://www.tvjustica.jus.br/apostilas\\_saber\\_direito.php](http://www.tvjustica.jus.br/apostilas_saber_direito.php)>. Acesso em 21 fev. 2011.
- MACEDO, Leandro Machado. **Legislação de trânsito descomplicada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 949 p.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal**: parte geral. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção sinopses jurídicas; v. 14).
- RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 895 p.
- \_\_\_\_\_. **A reparação nos acidentes de trânsito**: lei 9.503, de 23 set. 1997. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 475.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 658 p.