

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FABRÍCIA MASCARENHAS BALLARINI

**GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS: A RECUSA AO  
TESTE DO ETILÔMETRO COMO MEIO DE PROVA DO  
ESTADO DE EMBRIAGUEZ**

VITÓRIA  
2018

FABRÍCIA MASCARENHAS BALLARINI

**GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS: A RECUSA AO  
TESTE DE ETILÔMETRO COMO MEIO DE PROVA DO  
ESTADO DE EMBRIAGUEZ**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Américo Bedê Júnior.

VITÓRIA

2018

## RESUMO

O presente estudo versa sobre a legalidade e constitucionalidade dos meios de prova do estado de embriaguez alcoólica previstos no Código de Trânsito Brasileiro, com enfoque na obrigatoriedade do teste do etilômetro, após as alterações promovidas pelas leis nº 11.705/2008, nº 12.760/2012 e nº 13.281/2016. Destaca-se a discussão sobre a extensão do direito ao silêncio e obrigatoriedade ou não do condutor ser submetido a exames para comprovação da embriaguez alcoólica. A pesquisa fundamenta-se na análise de doutrina, jurisprudência e legislação pertinente ao tema, sobretudo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), o Pacto de São José da Costa Rica e as leis nº 11.705/2008, nº 12.760/2012 e nº 13.281/2016. Com isso, entende-se que a doutrina e jurisprudência vêm atribuído interpretação demasiadamente extensiva do direito ao silêncio, de modo a criar um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. Portanto, é necessário delimitar a extensão da aplicação do direito ao silêncio, o qual busca possibilitar que o acusado ou réu permaneça em silêncio durante o interrogatório e protegê-lo de medidas realizadas pelo o Estado que afetem a sua integridade ou a dignidade humana.

**Palavras-chave:** Constitucionalidade. Obrigatoriedade. Teste do etilômetro. Direito ao silêncio.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>04</b>
<b>1 O DIREITO AO SILÊNCIO E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR</b>	
<b>PROVA CONTRA SI MESMO.....</b>	<b>07</b>
<b>2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A QUESTÃO DO</b>	
<b>ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>14</b>
<b>3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DO TESTE</b>	
<b>DO ETILÔMETRO.....</b>	<b>20</b>
<b>3.1 LEGALIDADE E (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA.....</b>	<b>20</b>
<b>3.2 EXAME DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>23</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>28</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>31</b>

## INTRODUÇÃO

Conforme será demonstrado ao longo do trabalho, os índices de mortes no trânsito brasileiro são altíssimos, sendo boa parte das mortes causada pela embriaguez ao volante. Segundo dados do último estudo realizado pelo Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, foram registradas 37.345 mortes de trânsito em 2016. Além disso, mais de 60% dos leitos hospitalares do Sistema Único de Saúde (SUS) são ocupados por vítimas por acidente de trânsito.<sup>1</sup>

Desse número, segundo a Polícia Rodoviária Federal (PRF), 15,6% dos acidentes com mortes ocorridos no ano de 2016 foram causados pela ingestão de álcool.<sup>2</sup> Apesar do altíssimo número de acidentes e mortes ocorridas, verificou-se uma redução de 14,8% desse número em relação a 2014, ano em que ocorreram 43.870 óbitos no trânsito brasileiro.<sup>3</sup>

Ademais, um levantamento do Ministério da Saúde indica que, em seis anos, houve uma redução de 27,4% dos óbitos nas capitais do país.<sup>4</sup> Essa diminuição pode estar atribuída às ações de fiscalização após a promulgação da Lei nº 11.705/2008, popularmente conhecida como Lei Seca.

Essa lei foi aprovada diante do alto número de mortes e lesões corporais resultantes de acidentes automobilísticos relacionados ao uso de substâncias psicoativas, em especial o álcool. Assim, o preocupante e elevado número de acidentes gerava na sociedade o sentimento de impunidade e a busca por punições mais severas.

A resposta do legislador para a sociedade foi agravar as penalidades dos condutores que dirigem sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que gera dependência.

---

<sup>1</sup> BRASIL reduz mortes no trânsito, mas está longe da meta para 2020. **Portal do Trânsito**, 21 set. 2018. Disponível em: <<http://portaldotransito.com.br/noticias/brasil-reduz-mortes-no-transito-mas-esta-longo-da-meta-para-2020/>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>2</sup> BRASIL é o quinto país do mundo em mortes no trânsito, segundo OMS. **Metro Jornal**, 01/05/2017. Disponível em: <<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-em-mortes-no-transito-segundo-oms.html>>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>3</sup> BRASIL..., op. cit., 2018, nota 1.

<sup>4</sup> BRASIL..., op. cit., 2018, nota 1.

Além da Lei Seca (nº 11.705/2008), posteriormente, o Código Brasileiro de Trânsito (CTB) foi alterado pelas Leis nº 12.760/2012 e nº 13.281/2016. Antes da promulgação da Lei 13.281/2016, que incluiu o art. 165-A ao Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9.503/1997), o agente de trânsito enquadrava a conduta da recusa do condutor em realizar o teste do etilômetro como se ele estivesse dirigindo embriagado (art. 165, CTB). Com a inclusão do art. 165-A ao CTB, tipificou-se a própria recusa à realização dos procedimentos previstos em lei ou em resoluções normativas.

Diante dessas dessas alterações, surge a discussão sobre a constitucionalidade dessas medidas, em especial a questão da extensão da aplicação do direito ao silêncio, uma vez que doutrinadores, advogados e a própria jurisprudência entendem que a obrigatoriedade do teste do etilômetro fere o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Nesse contexto, o presente trabalho busca obter uma resposta ao seguinte problema: "A obrigatoriedade da realização do teste do etilômetro (bafômetro) é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro? "

A metodologia adotada neste trabalho é a dialética hegeliana. Conforme explicam Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro

Especialmente em Platão e Aristóteles a noção de verdade e de realidade se identificam intrinsecamente. Mas para aquilo que se mostre real e verdadeiro posso assumir essa condição plena, é necessário que seja confrontado com suas possibilidades contraditórias, ou seja, os fatores que poderiam determinar que tal coisa (pode ser uma ideia) não fosse real verdadeira, isto é, sua antítese. Utilizando, portanto, a dialética como método de raciocínio, seria possível verificar com mais rigor os objetos de análise, justamente por ser postos frente a frente com o teste de suas contradições possíveis.<sup>5</sup>

Além disso, "a partir da noção hegeliana de *dialética*, o objeto dialeticamente tratado é proposto, para, a seguir, se autossuperar mediante o confronto com seu próprio contraditório, vindo a ser inteiramente outro como resultado de si mesmo."<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.73.

<sup>6</sup> MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.73.

Dessa forma, esse método é adequado para essa pesquisa, pois a partir da tese que atualmente é utilizada na jurisprudência e confirmada pelo STJ, qual seja, que o indivíduo não é obrigado a se autoincriminar (produzir prova contra si mesmo) e, em razão disso, não é obrigado a se submeter ao teste de bafômetro, propõe-se a antítese, com a finalidade de se chegar a uma síntese, que seria o resultado da ponderação, ou seja, um consenso.

No primeiro capítulo, serão discutidas as correntes sobre a extensão da aplicação do direito ao silêncio na questão da obrigatoriedade de o condutor ser submetido ao teste de etilômetro. Já no segundo capítulo, será relacionada a questão do ônus da prova, bem como o princípio de presunção de inocência com o tema. Por fim, no terceiro capítulo será realizada a análise constitucional da obrigatoriedade do bafômetro e o exame de proporcionalidade da medida.

## **1 O DIREITO AO SILÊNCIO E O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO**

É importante ressaltar que, apesar de comumente invocado pela doutrina e jurisprudência, o direito de não produzir prova contra si mesmo não se encontra expresso no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura, no art. 5º, LXIII, o direito ao silêncio, ao prever que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;"<sup>7</sup>

No mesmo sentido, a Convenção Americana De Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto De San José Da Costa Rica<sup>8</sup> e integrada em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, prevê no artigo 8º que

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

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e [...]

A questão é compreender se este direito abrange somente a "proibição de extrair "compulsoriamente do acusado informações verbais que possam incriminá-lo"<sup>9</sup> ou se torna inadmissível que o Estado obrigue a pessoa a produzir prova contra si.

Conforme aduz MORO<sup>10</sup>, não se constata com facilidade argumentos pragmáticos que fundamentem a ampliação do direito ao silêncio para resguardar comunicações não-verbais. Isso porque, segundo ele, forçar, mediante procedimento legal, o acusado a colaborar com o processo em casos específicos não afeta, salvo no caso das confissões, a credibilidade da prova. O autor esclarece que em nenhum caso se legitima a utilização de tortura ou meios de coação repudiados pelo Direito.

Conclui que, atualmente, o direito ao silêncio possui a função de prevenir, porém não de maneira absoluta, a extração de confissões forçadas, seja por ameaça física ou

---

<sup>7</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>8</sup> AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José De Costa Rica)**. San José, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>9</sup> MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 853, ano 95, nov./2006, p. 432.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 434.



moral, e impedir a submissão do acusado e do investigado ao dilema de confessar o seu crime.<sup>11</sup>

Eugênio Pacelli<sup>12</sup> defende que o direito ao silêncio compreende não só a possibilidade que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, mas também impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse. O autor ressalva que nesta última hipótese a participação do réu é admitida em casos excepcionalíssimos, que não só estejam expressamente previstos expressamente em lei, como também desde que não afetem a integridade física e psíquica do agente.

As hipóteses legalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro são o fornecimento pelo acusado da sua escrita de próprio punho, para o reconhecimento de escritos por meio da comparação da letra (art. 174, Código de Processo Penal) e a realização do teste do etilômetro (bafômetro), a qual está prevista no art. 306, §2 do Código de Trânsito Brasileiro - com redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014. Acresça-se que a Lei nº 13.281 de 2016 alterou o CTB para expressamente tipificar a sanção a quem se recusa a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

Em sentido contrário, grande parte da jurisprudência, incluindo o Superior Tribunal de Justiça, atualmente entende que nessas hipóteses há uma violação ao suposto direito de não produzir prova contra si mesmo.

No julgamento do HC 166.377 - SP (2010/0050942-8), de relatoria do Ministro Og Fernandes, o Denunciado dirigia o veículo automotor pela contramão de direção, momento em que foi interceptado por uma viatura policial. Na abordagem realizada pelos policiais militares, foi constatado o visível estado de embriaguez alcoólica do denunciado, que se recusou a se submeter a qualquer exame de alcoolemia, inclusive o bafômetro. Por esse motivo, a defesa sustentava a falta de justa causa para a ação penal em razão da ausência de provas, apontando que o acusado foi submetido

---

<sup>11</sup> MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 853, ano 95, nov./2006, p. 434.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 45.

apenas a exame clínico, "o qual não é apto para constatar a concentração de álcool por litro de sangue".<sup>13</sup>

Em seu voto, o Min. Og Fernandes argumentou que

[...] o indivíduo não é obrigado a se autoincriminar (produzir prova contra si mesmo) e, em razão disso, não ser obrigado a se submeter ao teste de bafômetro ou a exame de sangue e, também, que o crime previsto no art. 306 do CTN exige a realização de prova técnica específica [...].<sup>14</sup>

No Acórdão, os eminentes Ministros foram unânimes em conceder a ordem de *habeas corpus*, por entenderem que, com o advento da Lei nº 11.705/08, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue na dosagem etílica superior a 6 (seis) decigramas, a qual não pode ser presumida, tornando-se indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.<sup>15</sup>

Insta mencionar que a Lei 12.971, de 2014, alterou o art. 306 do CTB, admitindo no §2 deste dispositivo outros meios de prova, tais como "teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova."<sup>16</sup>

No mesmo sentido do entendimento do STJ, recentemente o Ministério Público Federal manifestou-se em parecer no recurso especial nº 1.720.065/RJ, a ser julgado pelo STJ, defendendo que a recusa em submeter-se ao teste do etilômetro não implica, por si só, em implacável reconhecimento de estado de embriaguez, sob pena de violação da vedação à autoincriminação, do direito ao silêncio, da ampla defesa e do princípio da presunção de inocência.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS n. 166.377- SP (2010/0050942-8)**.

Relatoria Min. Og Fernandes - Sexta Turma, 30 mar. 2010. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10410135&num\\_registro=201000509428&data=20100701&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10410135&num_registro=201000509428&data=20100701&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 26 ago. 2018

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>16</sup> BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro (CTB)**. 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/leis/L9503/Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503/Compilado.htm)>. Acesso em: 1 set. 2018.

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer n. 236/208 proferido no Recurso Especial n. 1720065/RJ do Relator Ministro Sérgio Kukina, da Primeira Turma do STJ, 19 de abr. 2018, fl. 3. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180511-02.pdf##LS>>. Acesso em: 1 set. 2018

E ainda, o Subprocurador-Geral da República argumentou que

[...] se o indivíduo não pode ser compelido a se autoincriminar, *nemo tenetur se detegere*, não pode ser obrigado a efetuar o teste do bafômetro, competindo à autoridade fiscalizadora provar a embriaguez a fim de aplicar as sanções previstas pelo art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro através dos mecanismos dispostos pelo artigo 277 do mesmo diploma [...]<sup>18</sup>

Dessa forma, o MPF concluiu que na inexistência do teste de alcoolemia, cabe à autoridade de trânsito a produção de outras provas do suposto estado de embriaguez do ora recorrido por meios diversos, tais como o exame pericial, a comprovação testemunhal ou, até mesmo, a descrição do estado físico e mental do abordado.<sup>19</sup>

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o assunto:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXTRAIR QUALQUER CONCLUSÃO DESFAVORÁVEL AO SUSPEITO OU ACUSADO DE PRATICAR CRIME QUE NÃO SE SUBMETE A EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: NEMO TENETUR SE DETEGERE. INDICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS JURIDICAMENTE VÁLIDOS, NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTARIA EMBRIAGADO: POSSIBILIDADE. LESÕES CORPORAIS E HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE, EM TESE, CONFIGURAM CRIME. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. 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: Precedentes.

(...).

3. Ordem denegada”.<sup>20</sup>

Assim, percebe-se que a Suprema Corte Brasileira também defende a existência do direito de não produzir prova contra si mesmo. Entretanto, concordamos com o posicionamento de Pacelli, isso porque, o objetivo do direito ao silêncio é proteger a integridade física, psíquica e moral do acusado.<sup>21</sup> Ou seja, o direito ao silêncio busca proteger o réu de medidas realizadas pelo o Estado que afetem a integridade ou a

<sup>18</sup> Ibidem, fl. 4.

<sup>19</sup> Ibidem, fl. 5.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93.916**, Relatora Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10 jun. 2008, publicado em 27 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535925>>. Acesso em: 1 set. 2018.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 391.

dignidade do acusado. Nesse sentido, compelir alguém a soprar o aparelho do etilômetro não nos parece atingir a sua integridade.

De mesmo modo, assim como concluiu Sergio Moro, acreditamos que não há argumentos jurídicos ou históricos que autorizem a dilatação do direito ao silêncio para um direito genérico de produzir prova contra si mesmo. Conforme bem expõe o autor, “A invocação de pretensão de direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto do poder de um *slogan* do que de robusta argumentação jurídica.”<sup>22</sup> Ainda, no direito comparado, não se tem notícia de limitação do teste do bafômetro.

Enquanto o legislador brasileiro optou por tratar a questão da recusa ao teste de alcoolemia no Código de Trânsito Brasileiro, ou seja, fora da lei penal, no Direito Comparado, a Espanha, por exemplo, optou por tratar esse tema no próprio Código Penal. *In verbis*:

**Artículo 383.** El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.<sup>23</sup>

Em outras palavras, a lei espanhola estipulou a pena de prisão de seis meses a um ano e a suspensão do direito de dirigir veículos automotores e ciclomotores por período superior a um e até quatro anos para o condutor que, requerido por uma autoridade, se negue a se submeter às provas legalmente previstas para a comprovação das taxas de alcoolemia e a presença de outras substâncias psicotrópicas.

Já em Portugal, o Código da Estrada prevê, no artigo 152, inciso 3, que os condutores, peões (pedestres) intervenientes em acidentes de trânsito e pessoas que se

---

<sup>22</sup> MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 853, ano 95, nov./2006, p. 441.

<sup>23</sup> ESPANHA. **Código Penal**. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Disponível em: <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20121008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2018.

propuserem iniciar a condução que recusem a se submeter às provas estabelecidas para a deteção do estado de influência pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência.<sup>24</sup>

Interessante lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro, a realização do teste do bafômetro é obrigatória, uma vez que o artigo 165-A do CTB prevê sanção (multa, suspensão do direito de dirigir, recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo) em caso da recusa à realização ao teste. Ocorre que, um alto número de pessoas, sabendo do “slogan” adotado pelo Poder Judiciário Brasileiro de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ingressam com ação para afastar os efeitos previstos na lei, e na maioria dos casos conseguem decisão favorável do juiz.

Quanto a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* na questão da obrigatoriedade de o acusado ser submetido ao teste de etilômetro, de DNA ou outros exames, Maria Elizabeth Queijo aduz que com relação às provas produzidas com a cooperação do acusado, mas sem intervenção corporal

[...] poderão ser determinadas pela autoridade policial ou pela autoridade judiciária, mesmo sem o consentimento do acusado, desde que impliquem apenas a colaboração passiva deste; - se a prova for determinada pela autoridade policial, ficará sujeita, obrigatoriamente, ao controle jurisdicional, feito *a posteriori*; se necessitarem, para a sua produção, de colaboração ativa do acusado, imprescindível será o seu consentimento, precedido de advertência com relação ao *nemo tenetur se detegere*, exteriorizado previamente à realização da prova, livre e conscientemente de modo expresse; - para atender ao princípio da proporcionalidade, poderão ser determinadas quando houver indícios de autoria ou participação em infração penal, seja ela contravenção ou crime apenado com detenção ou reclusão.<sup>25</sup>

Em síntese, conforme explicam Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, sobre a aplicação do direito ao silêncio na questão da obrigatoriedade de o acusado ser submetido ao teste de etilômetro, há duas correntes bem marcadas: a primeira defende ser impossível a submissão do réu a qualquer perícia contra a sua vontade,

---

<sup>24</sup> PORTUGAL. **Código da Estrada**. Lei n.º 72/2013, de 3 de setembro. Disponível em: <[http://www.ansr.pt/SegurancaRodoviaria/CodigoDaEstrada/Documents/Codigo\\_Estrada\\_2014\\_versaoWEB.pdf](http://www.ansr.pt/SegurancaRodoviaria/CodigoDaEstrada/Documents/Codigo_Estrada_2014_versaoWEB.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>25</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 432.

não se podendo extrair da recusa nenhuma presunção de culpa. Já a segunda corrente defende a possibilidade de sujeição do réu a exames compulsórios.<sup>26</sup>

A primeira corrente fundamenta-se na não obrigatoriedade do indivíduo submeter-se ao teste do bafômetro, pois mostra-se como um direito público subjetivo a não realização de provas contra si.

Já a segunda corrente, a qual nos filiamos, juntamente com Pacelli, Moro, Bedê e Senna, fundamenta-se no fato de que não há base normativa que sustente o direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. O que há, na realidade, é o exposto direito ao silêncio, que compreende a possibilidade do acusado ou réu permanecer em silêncio sem que seja usado em seu prejuízo e abrange a impossibilidade de forçar o sujeito a realizações de exames que afetem a integridade ou dignidade do acusado, o que não é o caso do bafômetro.

Portanto, defende-se a possibilidade legal e constitucional da sujeição do acusado ao teste do etilômetro ou outro teste de alcoolemia de forma obrigatória, com a consequente sanção em caso da negativa de sua realização.

## **2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA**

Tendo em vista que o tema em análise envolve a questão da produção de prova, não há como deixar de falar sobre o princípio da presunção de inocência e sobre o ônus da prova.

Primeiramente, é importante definir o que é prova. Conforme Dinamarco, “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para julgamento”.<sup>27</sup> Já para Echandia, “prova

---

<sup>26</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42-43.

<sup>27</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 43.

é todo motivo ou razão levado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos”.<sup>28</sup>

Para Aury Lopes Jr.<sup>29</sup>, “[...] o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz.” O autor acrescenta que

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença.<sup>30</sup>

Com isso, compreende-se que o objeto da prova é sempre a alegação de um fato e não o fato em si mesmo.<sup>31</sup> Isso porque

Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real.<sup>32</sup> O fato aconteceu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações.<sup>33</sup> Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe.<sup>34</sup> Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto.<sup>35</sup> Os 'fatos' debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato.<sup>36</sup> Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato.<sup>37</sup> O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamento da acusação e da defesa.<sup>38</sup> O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou 'probo', são as alegações sobre o fato.<sup>39</sup>

---

<sup>28</sup> ECHANDIA, Hernando Davis. *Teoría general de la prueba judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Zavallia Editor, 1972, p. 34 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 158.

<sup>29</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Processual Penal*. 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas. 1984, p. 251 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 344.

<sup>30</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 344.

<sup>31</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159.

<sup>32</sup> TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici, Milano: Giuffrè, 1992, p. 91 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159.

<sup>33</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159.

<sup>34</sup> IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 33 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159.

<sup>35</sup> BAZARIAN, Jacob. O problema da verdade: teoria do conhecimento. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1991, p. 133. *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159.

<sup>36</sup> TARUFFO *apud* BADARÓ, op. cit., nota 32.

<sup>37</sup> BADARÓ, op. cit., p. 160, nota 33.

<sup>38</sup> BADARÓ, op. cit., p. 160, nota 33.

<sup>39</sup> BADARÓ, op. cit., p. 160, nota 33.

No caso do presente estudo, ou a pessoa está embriagada, ou seja, ingeriu substâncias que alteram sua capacidade psicomotora; ou está sóbria. A questão é compreender, em primeiro lugar, se o acusado que possui interesse em demonstrar a sua inocência, ao se negar a efetuar o teste do etilômetro, denota com a sua atitude uma provável existência de culpa, ou seja, de estar embriagado. Em segundo lugar, busca-se verificar se a opção adotada pelo legislador de tornar obrigatória a realização do teste do etilômetro, ao tipificar a própria conduta de recusar-se a ser submetido a procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, está de acordo com as garantias processuais penais e com a Constituição Federal.

Quanto à primeira indagação, não vislumbram-se motivos plausíveis/razoáveis para alguém que não tenha ingerido bebida alcoólica ou outra substância psicoativa se recusar a soprar o aparelho do etilômetro. Isso porque, a alegação de que o aparelho de bafômetro pode estar "descalibrado" pode ser contra argumentada pela possibilidade de se efetuar um segundo teste (de etilômetro em outro aparelho ou exame de sangue ou exame clínico) no momento do flagrante.

Ainda, a Portaria nº 202, de 4 de junho de 2010, do INMETRO, em seu item 7.2.2 determina que o aparelho do etilômetro deve passar por uma calibração a cada 12 (doze) meses.<sup>40</sup> Nesse sentido, quando essa determinação não é cumprida, certamente a prova deve ser desconsiderada. Já há admirável entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre essa questão:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/1997. DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. LEI N.º 11.705/08. FATO ANTERIOR À ALTERAÇÃO NORMATIVA CRISTALIZADA NA LEI N.º 12.760/12. AUSÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. APARELHO SEM AFERIÇÃO HÁ QUASE DOIS ANOS. IMPRESTABILIDADE DA PROVA. TIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n.º 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue de maneira precisa.

2. A Lei n.º n.º 12.760/12 modificou a norma mencionada, a fim de dispor ser despicienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova

---

<sup>40</sup> INMETRO. **Portaria Inmetro nº 202**, de 04 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC001575.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2018.



testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora.

**3. Contudo, no caso em apreço, praticado o delito com a redação primeva da legislação e ausente exame de sangue, a sujeição do recorrente a etilômetro sem aferição pelo INMETRO, há quase dois anos, torna imprestável a demonstração da embriaguez, denotando ser desarrazoado validar a persecução penal fundada naquela prova, cuja precisão não se tem no caso concreto. Ausência de justa causa demonstrada.**

4. Recurso ordinário provido para trancar a ação penal no tocante ao crime do art. 306 do CTB.<sup>41</sup>

Por essa razão, não há porque temer o aparelho descalibrado, pois caso isso se confirme a prova não poderá ser utilizada.

Em relação à segunda indagação, vimos que não há argumentos jurídicos ou históricos que autorizem a dilatação do direito ao silêncio para um direito genérico de produzir prova contra si mesmo, uma vez que não há menção expressa a este direito no nosso ordenamento jurídico, nem nos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário. Ademais, o objetivo do direito ao silêncio é proteger o réu de medidas realizadas pelo o Estado que afetem a sua integridade física, psíquica ou a dignidade humana. Sendo assim, assoprar o aparelho do etilômetro por alguns segundos não lesiona a integridade física do ser humano.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, o art. 5º, LVII, da CRFB/88 garante que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".<sup>42</sup> Para Aury Lopes Jr, "a presunção de inocência é uma barreira de contenção que, somente superada, pode legitimar uma condenação."<sup>43</sup> Nesse sentido, para que o réu seja condenado, é necessário que existam provas capazes de demonstrar que ele praticou um ato típico, ilícito e culpável. Com isso, o juiz se utilizará das provas para confirmar ou negar a enunciação da existência de um fato.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 46.161 / SP**, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 03/03/2015.

<sup>42</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>43</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 349.

Sobre o ônus da prova, Badaró entende que inclusive nos processos regidos pelo princípio inquisitivo, compreendido este como livre investigação da prova, ainda que os poderes instrutórios sejam utilizados pelo juiz, poderá permanecer a dúvida sobre fato relevante no momento de decidir.<sup>44</sup> Acrescenta que por mais amplos que sejam os poderes concedidos ao juiz no campo probatório, e por melhores que sejam os meios de investigação, não se pode excluir a dúvida com resultado da atividade instrutória.<sup>45</sup> Conclui que é fundamental que exista uma regra determinando ao juiz como decidir sobre aquele fato que se mostrou incerto ao final da instrução.<sup>46</sup> Essa regra de julgamento a determinar a solução para a hipótese de dúvida judicial é denominada como ônus objetivo da prova, o qual o autor entende que deve existir sempre, independentemente de tratar-se de processo “dispositivo” ou “inquisitório”, ou seja, de um processo em que o juiz seja inerte ou tenha poderes probatórios.<sup>47</sup>

Portanto, a afirmação de que o ônus da prova é incompatível com a “busca da verdade material” e com os poderes probatórios de que é atribuído o juiz para cumprir tal intuito é fruto de uma concepção parcial e incompleta do conceito de ônus.<sup>48</sup> É possível que a parte não se desincumba do ônus da prova, mas que dessa inércia não decorra um prejuízo, pois o juiz determinou a produção de provas *ex officio*, que comprovaram a existência do fato favorável ao onerado. Nesta hipótese, haverá ônus da prova, embora se trate de ônus relativo ou imperfeito.<sup>49</sup> Vejamos o que dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

---

<sup>44</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 196.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>47</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 198.

<sup>48</sup> Ibidem, p.198.

<sup>49</sup> BADARÓ, op. cit., nota 47.

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)<sup>50</sup>

Por essas razões, concordamos com Badaró ao afirmar que os poderes instrutórios do juiz no processo penal não são incompatíveis com a noção de ônus.<sup>51</sup> Dito isso, é evidente que o acusado possui interesse na atividade probatória em buscar provas que confirmem a sua inocência.

Dessa forma, apesar de o ônus da prova da culpa do acusado recair sobre a acusação, todo acusado tem direito à prova, ou seja, a possibilidade de se levarem ao processo todos os elementos necessários à demonstração de sua inocência.<sup>52</sup> Isso significa dizer que mesmo não recaindo sobre o acusado o ônus de provar a sua inocência, cabendo à acusação o esforço de provar a culpabilidade do acusado, é evidente que existe um interesse dele em demonstrar a sua inocência.<sup>53</sup>

Ainda que o ônus da prova seja da acusação e apesar do fato de o réu possuir o direito ao silêncio, isto é, ele pode permanecer em silêncio e não ser considerado culpado, defende-se, no mesmo raciocínio de Bedê e Senna, que esse direito não impede o acusado de colaborar nas investigações e na elucidação do fato criminoso, visto que o acusado tem interesse em provar sua inocência. Ademais, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não acoberta medidas dos que pretendem dificultar ou destruir os meios de prova da prática do crime.<sup>54</sup>

Portanto, em que pese o ônus da prova ser da acusação, defende-se a compatibilidade da obrigatoriedade do teste do etilômetro com o princípio da presunção de inocência e com o ônus da prova.

---

<sup>50</sup> BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>51</sup> BADARÓ, op. cit, p. 199, nota 47.

<sup>52</sup> BADARÓ, op. cit, p. 301, nota 47.

<sup>53</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 301.

<sup>54</sup> BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

### **3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DO TESTE DO ETILÔMETRO**

#### **3.1 LEGALIDADE E (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA**

Em primeiro lugar, tendo em vista que vários advogados invocam a inconstitucionalidade do art. 165-A do CTB - o qual estabelece sanção administrativa em caso de recusa ao teste do etilômetro - sob o fundamento de que esse artigo viola direito de não produzir prova contra si mesmo (direito à não-autoincriminação), mostra-se necessário esclarecer o que é inconstitucionalidade.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, “se os atos públicos ou privados contrariarem o caráter supremo das normas constitucionais, estaremos diante da

*inconstitucionalidade*.”<sup>55</sup> Nesse sentido, a ideia de inconstitucionalidade e ilegalidade está interligada, pois ambas ensejam transgressões normativas.<sup>56</sup> A diferença é que enquanto na inconstitucionalidade ferem-se preceitos da da constituição - a norma hierárquica máxima do ordenamento jurídico, na ilegalidade ofendem-se preceitos legais - normas de hierarquia inferior do ordenamento jurídico, submetidas à supremacia da Lei Maior.<sup>57</sup>

No Brasil, adota-se a lei como fonte imediata de toda a ordem jurídica.<sup>58</sup> Essa afirmação pode ser compreendida a partir do art. 5º, II da Carta Maior, a qual prescreve que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."<sup>59</sup> Nisso encontra-se o princípio da legalidade, que vincula os Poderes Públicos, inclusive o Poder Legislativo, responsável pela elaboração das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções).<sup>60</sup>

Com isso, os efeitos da diretriz da legalidade se estendem ao processo legislativo, razão pela qual há requisitos formais e materiais que devem ser observados para se averiguar a constitucionalidade das leis e atos normativos.<sup>61</sup> Caso estes requisitos não sejam observados, o Poder Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade da norma.

Os requisitos formais são aqueles que estabelecem o procedimento de elaboração das leis e atos normativos.<sup>62</sup> O primeiro requisito de procedimento é o próprio princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB), isto é, as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição devem ser elaboradas conforme as normas do processo legislativo

---

<sup>55</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.138, grifos do autor.

<sup>56</sup> BULOS, op. cit., p.140, nota 55.

<sup>57</sup> BULOS, op. cit., p.140, nota 55.

<sup>58</sup> BULOS, op. cit., p.140, nota 55.

<sup>59</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>60</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.140.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 141.

constitucional.<sup>63</sup> Assim, deve ser observada qual autoridade tem o poder de iniciar o procedimento de elaboração legislativa (requisito formal subjetivo).<sup>64</sup> Também deve ser observado qual o caminho pelo qual cada espécie normativa deve trilhar, conforme o procedimento que a constituição lhes reservou.<sup>65</sup>

Já os requisitos materiais "são aqueles que nos permitem comparar o conteúdo da lei ou ato normativo com a constituição, para sabermos se ela foi violada na sua substância."<sup>66</sup> Ademais, esses requisitos estão presentes em todas as fases do processo legislativo e não vêm prescritos na constituição.<sup>67</sup> "São pressupostos de fundo, ou seja, parâmetros que estão embutidos nos escaninhos da mensagem constitucional positivada, sendo extraídos da lógica geral do sistema."<sup>68</sup>

A Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016, alterou a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), acrescentando, dentre outros, o artigo 165-A, o qual será objeto da análise de constitucionalidade. Do ponto de vista formal, não há que se falar em vício de inconstitucionalidade, pois o projeto de lei foi aprovado por ambas as casas do Congresso Nacional e sancionado pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, em 4 de maio de 2016 e publicado no Diário Oficial da União em 05 de maio de 2016.<sup>69</sup>

Do ponto de vista material, faz-se necessário analisar a compatibilidade da obrigatoriedade do bafômetro com o conteúdo da Constituição. Sobre o tema, há quem defenda que

Nosso Direito Constitucional consagra o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir contra si mesmo, seguindo a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Em face disso, não pode a lei infraconstitucional impor a obrigação da sujeição do motorista

---

<sup>63</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>69</sup> BRASIL. **Lei nº 13.281**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13281-4-maio-2016-782997-publicacaooriginal-150248-pl.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

suspeito ao exame do bafômetro (etilômetro), sob pena de configurar-se presunção contra ele. Negando-se, não responde pelo crime de desobediência. Embora a regra mencionada refira-se mais ao direito ao silêncio do preso, ela é aplicável a qualquer pessoa, detida ou não. O preceito significa, que, na verdade, em nosso Direito, não se pode compelir o indivíduo a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).<sup>70</sup>

Por outro lado, boa parte da doutrina, a qual concordamos, sustenta que

Conforme já demonstrado, não é correto nem adequado considerar que a Constituição abarque o genérico direito de não produzir provas contra si mesmo. É certo que ela consagra o privilégio da não autoincriminação, ao estabelecer o direito ao silêncio. Todavia, essa regra aborda apenas as manifestações de natureza comunicativa (direcionada exclusivamente ao interrogatório).<sup>71</sup>

Isto é, considera-se essa interpretação extremamente ampla dada para o norma constitucional que garante o direito ao silêncio inconcebível, pois entende-se que esse dispositivo busca garantir o direito de permanecer calado.

É evidente que a Constituição também protege o indivíduo da realização de exames compulsórios invasivos, o que está abarcado pela proteção da dignidade humana. O teste do etilômetro, por ser um exame simples e não invasivo, não afeta a integridade nem a dignidade humana.

Assim, conclui-se a constitucionalidade e legalidade da infração administrativa de trânsito prevista no art. 165-A do CTB, bem como dos meios de prova elencados no art. 277 do mesmo diploma legal, uma vez que estão de acordo com o conteúdo da Constituição e atendem ao princípio da legalidade, o qual norteia a Administração Pública e determina que a obrigação imposta pelo Estado ou a limitação de um direito esteja previsto em lei.<sup>72</sup>

No tocante ao crime de trânsito previsto no art. 306 do CTB, após as mudanças realizadas pela Lei nº 12.971, de 2014, que passou a expressamente admitir prova testemunhal, teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico e outros meios de prova (art. 306, §2, CTB) para a comprovação da embriaguez alcoólica e

<sup>70</sup> JESUS, Damásio de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano XVI, nº 493, dez. 2004, p. 19.

<sup>71</sup> PATRUS, Aline Leite Viana Dilly. **Revisitando o princípio da não autoincriminação**: incidência da garantia como meio de defesa no processo penal. v. 15, n. 26, jan.-jun. 2016, p. 259-303.

<sup>72</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

caracterização do delito, entende-se pela constitucionalidade, pelas mesmas razões já expostas.

### 3.2 EXAME DE PROPORCIONALIDADE

Como demonstrado, o presente trabalho defende que não há argumentos para que a garantia constitucional do direito ao silêncio seja estendida a não realização do teste de etilômetro. Contudo, ainda que se considere que aplica-se o direito da não-autoincriminação para que o indivíduo possa se negar a realizar o teste do etilômetro, será então realizado o exame da proporcionalidade da medida.

Leonardo de Bem sustenta que

A previsão do art. 165-A do CTB, dada pela Lei nº 13.281/2016, também viola o princípio da proporcionalidade. O dispositivo prevê sanção para uma simples desobediência a uma autoridade (agente de trânsito ou policial rodoviário, por exemplo), mas isso não implica que o desobediente conduza sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa. Em outros termos, o autor da infração poderá ser um condutor desobediente sóbrio (releia o exemplo anteriormente citado.) Qual a razão para suspender o direito de dirigir por 12 meses? Nenhuma!<sup>73</sup>

Entretanto, para verificar se uma medida viola ou não o princípio da proporcionalidade, é imprescindível analisar as etapas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Virgílio Afonso da Silva ensina que

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> DE BEM, Leonardo Schmitt. Primeiras impressões sobre a Lei nº. 13.281/2016. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 469, nov./2016, p. 94.

<sup>74</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 798, abr. 2002, p. 31.



Isto é, não basta uma mera análise da relação meio-fim dos atos estatais. É preciso analisar minuciosamente os sub-elementos que compõe a regra da proporcionalidade.

No caso concreto, estamos diante de um embate entre o direito de não produzir produzir prova contra si mesmo x direito à vida.

Para a análise da sub-regra da adequação, é proveitoso observar que uma medida é adequada quando, não somente o objetivo que ela busca é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.<sup>75</sup> "Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido."<sup>76</sup>

Nesse sentido, a medida do teste do etilômetro é adequada, pois com ela é possível aferir se o condutor dirige ou não embriagado (sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa).

Ademais, a realização de fiscalizações com o intuito de verificar uma possível embriaguez do condutor tem contribuído para evitar que essa perigosa prática se materialize. Com efeito, verifica-se uma melhora na segurança no trânsito nos últimos 10 anos após as alterações realizadas no Código de Trânsito Brasileiro, ainda que a meta de redução do número de acidentes automobilísticos não tenha sido completamente alcançada.

No tocante à sub-regra da necessidade,

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>77</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 798, abr. 2002, p. 38.

Em outros termos, para analisar a necessidade da medida, deve-se questionar se há outra igualmente eficaz.

Posto isto, não se vislumbra nenhuma outra medida que, com a mesma eficácia, permite averiguar de forma precisa a quantidade de álcool ingerida. Isso pois, conforme já mencionado, o teste do etilômetro é simples, bastando soprar por alguns segundos o aparelho, sem dor e sem constrangimento (no sentido de desconforto).

Dentro das possibilidades da presente análise, a medida pode ser considerada como necessária, pois ainda que a medida alternativa de verificação visual dos sinais de alteração da capacidade psicomotora pudesse restringir em menor escala o direito a não autoincriminação, tal alternativa não parece ter a mesma capacidade de medir com precisão a quantidade de álcool ingerida.

Convém dizer que os efeitos do álcool se manifestam de forma diferente em cada indivíduo. Por isso, ainda que a pessoa não aparente estar embriagada, não é possível afirmar com certeza se a sua capacidade de raciocínio e reflexo está ou não alterada. Dessa forma, é preciso criar parâmetros objetivos comuns a um homem médio, tal como fez o legislador.

Com relação à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito,

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.<sup>78</sup>

Isto é, se a relevância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 798, abr. 2002, p. 41.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 41.

No caso em questão, defende-se que nem a Carta Maior Brasileira, nem o Pacto De San José Da Costa Rica prestigiam o direito de não produzir prova contra si mesmo. Ou seja, não há base normativa para a ampliação do direito ao silêncio para o caso da obrigatoriedade do acusado ser submetido ao teste de etilômetro. Isso pois, o direito ao silêncio possui a finalidade de proteger o réu de medidas realizadas pelo o Estado que afetem a integridade ou a dignidade dele. Visto isso, a realização do teste do etilômetro não lesiona a dignidade ou integridade da pessoa, por se tratar de um teste simples, rápido e indolor.

Do outro lado do embate, temos o direito à vida. Isso porque a combinação de álcool e direção pode levar a ocorrência de acidentes fatais, como se pode verificar diariamente ao assistir noticiários. Nesse mesmo sentido, Natália Lemos Mourão defende que

[...] é inegável que uma pessoa que dirige alcoolizada é um risco em potencial para toda a sociedade e também para si mesma. Uma pessoa alcoolizada não possui reflexos confiáveis, muito embora o consumo de álcool em pequenas quantidades possa trazer uma ligeira impressão de alegria, ou ainda de um falso bem-estar, e não se pode descartar a possibilidade de a pessoa se exceder, e passar a consumir álcool em grandes quantidades, o que transforma o bem-estar e a alegria em irritabilidade, sonolência, anestesia, tontura e tantos outros sintomas, o que faz com que se chegue a uma conclusão um tanto quanto óbvia, isto é, tem-se a certeza de que se trata de uma pessoa que não se encontra em estado adequado para conduzir um carro, pois, perdendo seus reflexos, poderá fatalmente sofrer um acidente automobilístico, podendo, dessa maneira, sofrer lesões leves, graves e até quem sabe morrer, matar ou pior, pode acontecer os dois: morrer e matar.<sup>80</sup>

Consoante o pensamento de José Afonso da Silva,

A *vida humana*, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). [...] Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.<sup>81</sup>

Dessa forma, ressalta-se que não há direitos absolutos, mas o direito à vida tem fundamental importância, pois é o pressuposto para o exercício dos outros direitos.

<sup>80</sup> MOURÃO, Natália Lemos. Teste do Bafômetro - Conflito de Direitos: Direito à Vida X Direito a não produzir provas contra si mesmo. **Revista Jurídica**, São Paulo, nº 425, mar. 2013, p. 63.

<sup>81</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 200.

Assim, as fiscalizações (blitzes) promovidas após a promulgação da Lei Seca e as posteriores modificações ao Código de Trânsito Brasileiro têm se mostrado um importante mecanismo para a diminuição de acidentes automobilísticos envolvendo condutores alcoolizados.

Portanto, após realizados os exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conclui-se que a obrigatoriedade do teste do etilômetro é proporcional.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É necessário esclarecer que quando o condutor se recusa a realizar o teste do etilômetro não há crime, há somente sanção administrativa de multa, suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, prevista no art. 165-A do CTB.

Em virtude dessa sanção, pode-se afirmar que realizar o teste do etilômetro é obrigatório no Brasil, uma vez que é previsto na lei penalidade pelo não cumprimento. Assim, conforme o princípio constitucional da legalidade, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."<sup>82</sup> Logo, não há dúvidas que o teste do bafômetro é obrigatório, já que a lei obriga os condutores a realizá-lo.

Dessa forma, a infração administrativa prevista no art. 165-A do CTB se relaciona com a matéria penal na medida em que ao obrigar o condutor a realizar o teste do etilômetro, o exame poderá comprovar a materialidade do delito.

O crime se configura quando, na forma do art. 306 do CTB, o infrator conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou

---

<sup>82</sup> BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

de outra substância psicoativa na quantidade 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.

Conforme o art. 7º, inciso II da Resolução 432/2013 do CONTRAN, para que a conduta seja considerada crime, o resultado do teste do etilômetro precisa ser igual ou maior do que 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L).

Muitos doutrinadores e advogados invocam a inconstitucionalidade do artigo 165-A do CTB, por violar o direito de não produzir prova contra si mesmo. Fundamentam que o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir contra si mesmo pode ser extraído a partir da leitura do art. 5º, LXIII, CRFB/88 e do art. 8º, inciso 2, alínea g do Pacto De San José Da Costa Rica.

Com efeito, em razão do indivíduo não ser obrigado a se autoincriminar (produzir prova contra si mesmo), grande parte da jurisprudência, incluindo STJ e STF, entende que ele não é obrigado a se submeter ao teste de bafômetro.

Ocorre que, conforme buscou-se demonstrar no presente trabalho, adota-se a corrente que considera o direito ao silêncio não deve ser interpretado de forma tão extensiva, de modo a criar um genérico direito de que ninguém é obrigado a produzir qualquer tipo de prova contra si mesmo.

Destarte, a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos ao estabelecer o direito ao silêncio, objetiva possibilitar que o acusado ou réu permaneça em silêncio durante o interrogatório e protegê-lo de medidas realizadas pelo o Estado que afetem a sua integridade ou a dignidade humana.

Em relação ao princípio da presunção de inocência e a questão do ônus da prova com a temática, conclui-se que acusado possui interesse em buscar provas que confirmem a sua inocência. Por essa razão, mesmo que o ônus da prova não recaia sobre o acusado ou réu, há a possibilidade dele colaborar nas investigações e na elucidação do fato.

No tocante à legalidade e constitucionalidade da obrigatoriedade do teste do etilômetro, evidenciou-se a compatibilidade da medida com o ordenamento jurídico brasileiro, visto que ela se encontra regularmente prevista em lei, vinculando assim os atos da Administração Pública, e essa lei (Código de Trânsito Brasileiro com suas alterações) está de acordo com o procedimento e o conteúdo estipulado na Constituição.

Por fim, após realizado o exame da proporcionalidade da obrigatoriedade do bafômetro, conclui-se que a medida é proporcional, tendo em vista que é adequada (alcança o objetivo de verificar se o condutor dirige sob a influência de álcool ou outra substância psicotrópica), necessária (não há outra medida com a mesma eficácia que garanta a segurança no trânsito) e proporcional em sentido estrito (a ínfima intervenção corporal representada pelo teste do etilômetro em muito contribui para a manutenção do direito à vida).

## REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José De Costa Rica)**. San José, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 301.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: Entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Código de Trânsito Brasileiro (CTB)**. 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/leis/L9503Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm)>. Acesso em: 1 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93.916**, Relatora Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10 jun. 2008, publicado em 27 jun. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535925>>. Acesso em: 1 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS n. 166.377 - SP (2010/0050942-8)**. Relatoria Min. Og Fernandes - Sexta Turma, 30 mar. 2010. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10410135&num\\_registro=201000509428&data=20100701&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10410135&num_registro=201000509428&data=20100701&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 26 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 46.161 / SP**, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 03/03/2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.281**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13281-4-maio-2016-782997-publicacaooriginal-150248-pl.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Parecer n. 236/208 proferido no Recurso Especial n. 1720065/RJ**, do Relator Ministro Sérgio Kukina, da Primeira Turma do STJ, 19 de abr. 2018, fl. 3. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180511-02.pdf##LS>>. Acesso em: 1 set. 2018

BRASIL é o quinto país do mundo em mortes no trânsito, segundo OMS. Metro Jornal, 01/05/2017. Disponível em:

<<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-em-mortes-no-transito-segundo-oms.html>>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL reduz mortes no trânsito, mas está longe da meta para 2020. **Portal do Trânsito**, 21 set. 2018. Disponível em: <<http://portaldotransito.com.br/noticias/brasil-reduz-mortes-no-transito-mas-esta-longo-da-meta-para-2020/>>. Acesso em: 23 out. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.140.

DE BEM, Leonardo Schmitt. Primeiras impressões sobre a Lei nº. 13.281/2016. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 469, nov./2016, p. 89-98.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 43.

ESPANHA. **Código Penal**. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20121008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf). Acesso em: 17 out. 2018.



INMETRO. **Portaria Inmetro nº 202**, de 04 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC001575.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2018.

JESUS, Damásio de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano XVI, nº 493, p. 19-22, dez. 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 349.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.73.

MOURÃO, Natalia Lemos. Teste do Bafômetro - Conflito de Direitos: Direito à Vida X Direito a não produzir provas contra si mesmo. **Revista Jurídica**, São Paulo, nº 425, mar. 2013, p. 61-69.

MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 853, ano 95, nov./2006, p. 441.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 45.

PATRUS, Aline Leite Viana Dilly. Revisitando o princípio da não autoincriminação: incidência da garantia como meio de defesa no processo penal. v. 15, n. 26, jan.-jun. 2016, p. 259-303.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 200.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 798, abr. 2002, p. 23-50.

