

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

LUCAS SILVEIRA BOHN

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, LIMITES CONSTITUCIONAIS DE**  
**APLICAÇÃO DA GARANTIA *NEMO TENETUR SE DETEGERE***  
**EM FACE DO EXAME DO ETILÔMETRO**

Porto Alegre

2010

LUCAS SILVEIRA BOHN

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, LIMITES CONSTITUCIONAIS DE  
APLICAÇÃO DA GARANTIA *NEMO TENETUR SE DETEGERE*  
EM FACE DO EXAME DO ETILÔMETRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2010

LUCAS SILVEIRA BOHN

**EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, LIMITES CONSTITUCIONAIS DE  
APLICAÇÃO DA GARANTIA *NEMO TENETUR SE DETEGERE*  
EM FACE DO EXAME DO ETILÔMETRO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Ciências  
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul, como requisito parcial para obtenção  
do título de Bacharel em Ciências  
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em Porto Alegre, em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Danilo Knijnik  
Orientador  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

---

Prof.

---

Prof.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família pelo permanente incentivo durante toda esta caminhada.

Ao amigo Felipe Bochehin pelo material bibliográfico disponibilizado.

Ao Dr. André Ricardo Colpo Marchesan, incentivador e exemplo de combatividade na busca pela diminuição da mortalidade no trânsito.

Finalmente, o meu reconhecimento e gratidão ao Prof. Dr. Danilo Knijnik pela orientação precisa e qualificada ao longo do trabalho.

## RESUMO

A presente pesquisa aborda a polêmica envolvendo o princípio da não autoincriminação e o exame do etilômetro, temática que remete à ponderação entre as garantias fundamentais do processo penal e o direito à vida. O trabalho encontra-se dividido em dois capítulos, o primeiro concernente à análise do conceito da garantia a não autoincriminação e de sua relação com outros princípios fundamentais do processo penal. A segunda parte refere-se às provas que demandem cooperação do acusado, bem como à exposição de motivos e às consequências da Lei nº 11.705/2008 em face do delito de embriaguez ao volante. Por fim, a pesquisa busca ponderar princípios que garantam uma maior segurança no trânsito de forma conjunta com o máximo de respeito aos direitos fundamentais do investigado.

**Palavras-Chave:** Princípio da não Autoincriminação. Direito à vida. Etilômetro. Embriaguez ao volante. Ponderação.

## ABSTRACT

This research approaches the controversy between the privilege against self-incrimination and the Breathalyzer exam, matter which draws attention to the weighting regarding fundamental guarantees of the criminal procedure and the right to life. The study is divided into two chapters; the first one analyses the privilege against self-incrimination concept and its relation to other fundamental principles of the criminal procedure. The second part refers to evidence production requiring the cooperation of the accused as well as the explanatory memorandum and consequences of the 11.705/2008 Act, pertaining the drunk driving crime. Finally, the research seeks to weigh the principles assuring a greater road safety jointly with the utmost respect for the fundamental rights of the imputed.

**Keywords:** Privilege against self-incrimination. The right to life. Breathalyzer. Drunk driving. Weighting.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Distribuição dos óbitos por doze meses antes e doze meses após a implantação da “Lei Seca” segundo regiões e Unidades Federadas. Brasil, 2007-2009 .....	70
Tabela 2: Comparativo da Acidentalidade no Trânsito do RS .....	71

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO .....</b>	<b>8</b>
2.1 NEMO TENETUR SE DETEGERE COMO DECORRÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	9
2.1.1 Considerações Preliminares sobre Princípios e Regras Jurídicas.....	9
2.1.2 O Princípio da Não Autoincriminação sob o pano de Fundo dos Direitos Fundamentais.....	11
2.1.2.1 Nemo tenetur se detegere como princípio-garantia.....	12
2.1.3 Evolução Histórica do Princípio.....	13
2.1.4 Sistemas Continentais.....	15
2.1.5 Sistema da <i>Common Law</i> (Magna Carta de 1215 e <i>Bill of Rights</i> ) .....	17
2.1.6 Surgimento do <i>nemo tenetur se detegere</i> .....	18
2.1.7 <i>Nemo tenetur se detegere</i> no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	19
2.1.7.1 Status Constitucional e Tratados Internacionais Incorporados ao Direito Nacional ....	20
2.1.7.2 Advertência quanto à garantia e à inexistência do dever de colaborar em sede penal .....	22
2.1.7.2.1 Provas ilícitas.....	24
2.1.7.2.2 Miranda vs. Arizona .....	25
2.1.7.2.3 Confissões dadas inconscientemente ou sob falsa representação, sem a devida advertência.....	26
2.1.7.3 Âmbito de incidência do princípio em relação à esfera administrativa.....	28
2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL .....	30
2.2.1 Devido Processo Legal .....	30
2.2.2 Contraditório.....	32
2.2.2.1 Contraditório Diferido .....	33
2.2.3 Ampla Defesa .....	33
2.2.3.1 Defesa Técnica .....	35
2.2.3.2 Plena .....	35
2.2.3.3 Efetiva e Direito de Escolha .....	36
2.2.3.4 Autodefesa .....	37

2.2.4 Presunção de Inocência .....	37
2.2.4.1 Relação entre os princípios da Presunção de Inocência e da não autoincriminação ....	39
<b>3 DAS PROVAS E DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO .....</b>	<b>41</b>
3.1 PROVAS COM INTERVENÇÃO CORPORAL .....	41
3.1.1 Provas Invasivas .....	42
3.1.2 Provas Não-invasivas .....	43
3.1.3 Provas que dependem da cooperação do acusado .....	43
3.1.3.1 Previsão Legal .....	45
3.1.4 O Etilômetro como meio de prova .....	45
3.1.4.1 Questões Preliminares sobre o Ordenamento Jurídico no que Tange à Regulamentação do Sistema Viário.....	46
3.1.4.2 Evolução da Penalidade Administrativa de Dirigir Veículo Automotor sob Influência de Álcool (Art. 165 do CTB) e do Delito de Embriaguez ao Volante (Art. 306 do CTB).....	48
3.1.4.3 Comprovação do Teor Alcoólico .....	49
3.1.5 Advento da Lei nº 11.275/2006.....	50
3.2 CARACTERÍSTICAS E CONSEQUÊNCIAS DA LEI Nº 11.705/2008.....	51
3.2.1 Exposição de motivos.....	51
3.2.2.1 Perigo concreto.....	53
3.2.2.2 Crime de lesão e mera conduta.....	54
3.2.2.3 Perigo abstrato ou presumido .....	54
3.2.3 Limitação dos Meios de Prova para Comprovar o Estado de Embriaguez .....	56
3.2.4 Impossibilidade do exame clínico substituir o exame do etilômetro.....	57
3.2.5 Retroatividade Mais Benéfica .....	61
3.2.6 Dinâmica dos exames de alcoolemia no direito estrangeiro.....	62
3.2.7 Ponderação de Princípios .....	64
3.2.7.1 Adequação .....	66
3.2.7.2 Necessidade .....	66
3.2.7.3 Proporcionalidade em sentido estrito .....	68
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A garantia a não autoincriminação apresenta-se disposta entre os direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, estando profundamente sedimentada na doutrina e na jurisprudência brasileira. A polêmica envolvendo esse princípio e o exame de alcoolemia abrange uma discussão que ultrapassa a simples dicotomia entre interesse público *versus* interesse privado.

A grande contenda que envolve o princípio *nemo tenetur se detegere* remete a doutrina ao debate acerca da sobreposição do interesse individual do acusado em relação ao interesse público, bem como em sentido contrário. Não há que se falar em primazia de um direito sobre o outro, senão estariam caracterizadas a impunidade ou a arbitrariedade estatal, motivo pelo qual se mostra razoável uma análise proporcional entre tais méritos.

A necessidade de uma diminuição do número de mortes no trânsito fez com que o legislador instituísse a obrigatoriedade do exame do etilômetro em face dos condutores que apresentassem sinais de embriaguez. Tal medida visava a coibir a grande incidência da nefasta combinação de “álcool e direção” junto aos condutores brasileiros, indicando a busca do Estado em garantir um trânsito viário seguro à população, ou seja, garantir o direito fundamental à vida (art. 5º, *caput*, da CRFB).

Todavia, o respeito às garantias constitucionais do cidadão, em especial o direito a não autoincriminação, é questão crucial para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, ao longo do trabalho serão analisadas a evolução histórica, a conceituação, bem como a relação do *nemo tenetur se detegere* junto às garantias constitucionais do Direito Processual Penal a ele interligadas.

Após apreciar o *nemo tenetur se detegere* e o exame do bafômetro, será imperioso abordar tópicos relativos à legislação penal de trânsito atual e suas peculiaridades, bem como analisar as consequências da Lei nº 11.705/2008, vulgarmente batizada de “Lei Seca”. A pesquisa realizará, ainda, a ponderação entre o *nemo tenetur se detegere* e o direito à vida (segurança viária), buscando-se uma inter-relação proporcional entre ambos.

Além disso, analisar-se-ão dados concretos em relação à mortalidade no sistema viário brasileiro por meio do cotejo entre estatísticas anteriores e posteriores à “Lei Seca”. Busca-se, por meio deste estudo, avaliar erros e acertos do legislador e buscar a máxima segurança no trânsito de forma conjunta com o máximo respeito aos direitos fundamentais do investigado.

## 2 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Há outros brocardos que identificam o princípio em tela, uma vez que com o passar do tempo a máxima assumiu variados significados<sup>1</sup>. Entre as expressões elencadas por Maria Elizabeth Queijo encontram-se: *nemo tenetur edere contra se*<sup>2</sup>, *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), *nemo tenetur prodere se ipsum*<sup>3</sup>, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*<sup>4</sup> e *nemo testis contra se ipsum*<sup>5</sup>. Nos países da *common law*, mais precisamente, no direito anglo-americano, o princípio é expresso pelo termo *privilege against self-incrimination*<sup>6</sup>.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade suscitam discussão acerca do alcance do princípio em tela por meio da análise dos seus fundamentos constitucionais, baseados na teoria substantiva e na teoria processualista<sup>7</sup>.

A primeira teoria encontra raízes nos direitos fundamentais, precipuamente na dignidade da pessoa humana, dentre outros (direito à integridade física e ao desenvolvimento da personalidade); a segunda corrente compreende a ideia de que o direito ao silêncio e à não autoincriminação teria seu berço ligado às garantias processuais dispensadas ao sujeito passivo<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

<sup>2</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema Dell'oralità*, Milano: Giuffrè, 1974. p. 380 *apud* QUEIJO, op. cit., p. 4 No sentido de que “*a mais específica significação da fórmula antiga **Nemo tenetur edere contra se** deveria limitar sua aplicação à produção de documentos e outros elementos de relevância probatória para o processo.*”

<sup>3</sup> HELMOHOLZ afirma que a autoria de tal brocardo é atribuída a São João Crissóstomo, no quarto século, o qual definiu que “*Nemo tenetur prodere se ipsum*” *preconiza que nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público*. (HELMOHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, Chicago: Universidade de Chicago, 1997. p. 1 *apud* QUEIJO, op. cit. p. 4).

<sup>4</sup> Na tradução de Queijo “*ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha*”. (QUEIJO, op. cit., p. 4).

<sup>5</sup> GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*. Milano: Giuffrè, 1972. p. 6 *apud* QUEIJO, op. cit., p. 4.

<sup>6</sup> QUEIJO, op. cit., p. 4.

<sup>7</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 40.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 40.

## 2.1 *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO DECORRÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Direito à Garantia a Não autoincriminação, segundo a doutrina predominante, encontra balizas na proteção à dignidade da pessoa humana<sup>9</sup>.

O constitucionalista Alexandre de Moraes, precipuamente, discorre que o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se sob o prisma de valores, espirituais e morais, os quais são inerentes à natureza do ser humano<sup>10</sup>. Tais valores são consubstanciados por meio da “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”<sup>11</sup>.

Nessa esteira, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana foi introduzida à lista de Direitos Fundamentais, encartados nas Constituições, devido aos abusos efetuados por regimes de extremo autoritarismo<sup>12</sup>. Este fundamento “prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos”<sup>13</sup>.

Assim exposto, somente em momentos de necessidade extrema, respeitando aos princípios da legalidade e proporcionalidade, poder-se-ia lançar mão de pequenas mitigações ao exercício dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, ao princípio *nemo tenetur se detegere*<sup>14</sup>. Deve-se ressaltar, porém, que tais restrições teriam de ser feitas “sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”<sup>15</sup>.

### 2.1.1 Considerações Preliminares sobre Princípios e Regras Jurídicas

José Joaquim Gomes Canotilho leciona que “*o sistema jurídico do Estado de direito*

<sup>9</sup> COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 116.

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 48.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998 *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth Queijo. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 79.

<sup>13</sup> MORAES, op. cit., p. 48-49.

<sup>14</sup> QUEIJO, op. cit., p. 56.

<sup>15</sup> MORAES, op. cit., p. 48.

*democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios*”<sup>16</sup>, ou seja, ressalta que regras e princípios são espécies do gênero norma. Dentre os critérios de distinção entre regras e princípios encontram-se:

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são <standards> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <justiça> (Dworkin) ou na <ideia de direito> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.<sup>17</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho filia-se à distinção clássica de generalidade para diferenciar princípio e regra; enquanto esta apresenta generalidade restrita, aquele apresenta uma generalidade de maior amplitude. Nessa senda, assim exemplifica:

[...] o princípio democrático, na hipótese, abrange a atribuição do poder; no dispositivo, a supremacia do povo, mas num e noutro ponto cabem incontáveis fórmulas. No extremo oposto, estão as regras, normas jurídicas, cuja hipótese é (mais ou menos) restrita e cujo dispositivo é (mais ou menos) preciso (pode, não pode; se matar, sofrerá tal pena, p. ex.).<sup>18</sup>

Canotilho analisa, de forma pormenorizada, as diferenças qualitativas entre princípios e regras, dando ênfase ao fato de que os primeiros “são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”<sup>19</sup>. Assim, os princípios “permitem o balanceamento de valores e interesses [...] consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes”<sup>20</sup>. No que tange às regras, aduz que estas “são normas que

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2000. p. 1159.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 1160-1.

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 392.

<sup>19</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1161-2.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 1161-2.

prescrevem imperativamente uma exigência”<sup>21</sup>, haja vista que impõem, permitem ou proíbem o que é ou não é cumprido, devendo ser respeitadas na sua exata previsão.

Nesse diapasão, Alexandre de Moraes, ao estudar o conceito de norma, assevera que as normas que disciplinam os direitos e as garantias fundamentais possuem natureza jurídica de direitos constitucionalmente reconhecidos, uma vez que estão expostos no texto de uma constituição, cuja força normativa e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado<sup>22</sup>.

### **2.1.2 O Princípio da Não Autoincriminação sob o pano de Fundo dos Direitos Fundamentais**

De forma unânime, assevera-se que os direitos fundamentais procuram resguardar a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade<sup>23</sup>. Ao se conceituarem os direitos fundamentais há que se considerar que estes são tidos pela doutrina majoritária como direitos humanos positivados nos ordenamentos jurídicos internos e externos, seja nas Constituições dos Estados<sup>24</sup>, seja nas legislações infraconstitucionais, bem como nas convenções e nos tratados internacionais<sup>25</sup>. Outra terminologia aventada na doutrina é a de direitos fundamentais atípicos, ou seja, aqueles ainda não declarados em normas legais<sup>26</sup>.

Dita positivação dos direitos humanos fomentou uma maior segurança jurídica à coletividade; além disso, desempenha “função pedagógica” junto à sociedade, acarretando a consubstanciação dos valores de humanidade e probidade, uma vez que “sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva”<sup>27</sup>.

O Princípio *nemo tenetur se detegere* encontra-se encartado nessa conceituação, tendo em vista sua localização no ordenamento jurídico brasileiro, seja por meio de sua

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2000. p. 1161.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 32.

<sup>23</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 46.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>25</sup> COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57.

<sup>26</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais atípicos. Aequitas: Editorial Notícias, 1995 *apud* COMPARATO, op. cit., p. 58.

<sup>27</sup> COMPARATO, op. cit., p. 58.

positivação constitucional, seja pela incorporação dos tratados internacionais que tratam da matéria pelo direito nacional<sup>28</sup>.

Maria Elizabeth Queijo assevera, ainda, o caráter misto do direito a não auto-incriminação, uma vez que ele apresenta-se: a) no âmbito das liberdades públicas como direito (garantia) de primeira dimensão, defendendo o cidadão de possíveis intervenções autoritárias do Estado<sup>29</sup>; b) encravado nos princípios da ampla defesa, da presunção de inocência, bem como do devido processo legal, assim repercutindo “na própria legitimação da jurisdição”<sup>30</sup>.

#### 2.1.2.1 *Nemo tenetur se detegere* como princípio-garantia

O princípio em tela encontra guarida na classe dos princípios-garantia, levando-se em conta a classificação de Canotilho, os quais buscam estabelecer de forma direta e imediata uma garantia negativa ou positiva aos cidadãos<sup>31</sup>. O catedrático português afirma que o estabelecimento direto de garantia faz com que os autores lhe atribuam o nome de “«princípios em forma de norma jurídica» (Larenz) e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação”<sup>32</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por seu turno, assevera que as garantias se fundam em “proibições que visam a prevenir a violação a direito”<sup>33</sup>. Cabe ressaltar que a classificação de princípio-garantia constitucional atribuída ao *nemo tenetur se detegere* não retira seu caráter de direito fundamental com força normativa imediata, uma vez que “os direitos fundamentais são consubstanciados na forma de princípios”<sup>34</sup>.

A aplicabilidade imediata das normas que concretizam direitos, garantias e liberdades, a partir das constituições do pós-guerra, foi abalizada para robustecer a sua força

<sup>28</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2000. p. 1167.

<sup>33</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32.

<sup>34</sup> QUEIJO, op. cit., p. 69.

normativa<sup>35</sup>. Evidencia-se, assim, o seu caráter constitucional, não podendo ser destituída de eficácia ou ver suprimida sua finalidade pelo legislador; visava-se, também, a garantir sua normatividade plena, de forma autônoma a possível lei posterior<sup>36</sup>.

Alexandre de Moraes, remontando o magistério de Rui Barbosa, distingue direito e garantias fundamentais. Explana que os direitos são instituídos por “disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos”<sup>37</sup> e as garantias por “disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder”<sup>38</sup>.

Canotilho aduz que da ausência de determinabilidade dos direitos, garantias e liberdades não ocorrerá sua aplicabilidade direta, e a sua positividade ou normatividade não será reforçada<sup>39</sup>. Assim, caso a normatividade seja débil, restará enfraquecida a finalidade diretiva da Carta Constitucional “no sentido de se transitar definitivamente para um sistema no qual são as leis que se movem dentro dos direitos fundamentais e não os direitos fundamentais que se movem no âmbito das leis”<sup>40</sup>.

Conclui, asseverando que a aplicabilidade direta não pressupõe que os direitos, as garantias e as liberdades sejam considerados como direitos subjetivos e, conseqüentemente, absolutos<sup>41</sup>. É necessária, portanto, a gradação de determinabilidade do direito, estipulando a esfera de sua proteção, efetividade e restrições imprescindíveis ao convívio com direitos que com ele se embatam.

### 2.1.3 Evolução Histórica do Princípio

Em que pese o entendimento de parte da doutrina no sentido da impossibilidade de identificação da procedência do princípio<sup>42</sup>, é necessário enunciar sua evolução histórico-jurídica, a fim de analisar com embasamento o instituto da não autoincriminação, algo necessário para o bom andamento da pesquisa. A análise evolutiva respeitará a ordem

<sup>35</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 146.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 146-147.

<sup>37</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>39</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 149.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>42</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5.

cronológica, verificando seu embrião no direito das civilizações antigas, das civilizações clássicas e da idade média.

Na civilização mesopotâmica não havia previsão legal acerca do interrogatório do réu, porém, “o acusado poderia ser ouvido sob juramento, especialmente quando não houvesse outra prova, testemunhal ou documental, ou ainda flagrante delito”<sup>43</sup>. As Leis de Manu não concediam ao acusado os direitos de se calar ou de mentir perante as autoridades<sup>44</sup>.

O ordenamento jurídico hebreu, segundo João Cláudio Couceiro, apresentava um precedente do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, consubstanciado na “regra das duas testemunhas”<sup>45</sup>. Tinha-se a idéia de que, caso fosse garantido ao réu o livre arbítrio para que confessasse sua conduta, estar-se-ia consentindo que este escolhesse entre a vida e a morte. Maria Elizabeth Queijo assevera que nessa civilização “a confissão era considerada uma aberração da natureza humana ou manifestação de estado de loucura”<sup>46</sup>.

O interrogatório no ordenamento jurídico grego, quando necessário, era tomado por meio de tortura, a fim de obter a autoincriminação (confissão) ou a *delação* de partícipes ou cúmplices do réu<sup>47</sup>. O interrogatório era aceito como prova na civilização romana do período republicano; no período do império, por sua vez, utilizava-se a tortura na inquirição do acusado<sup>48</sup>. Todavia, o Imperador, durante a decadência do Império Romano, concedeu aos bispos da Igreja Católica “o poder de fiscalizar o respeito às normas que concediam aos presos tratamento mais humanitário durante o tempo de prisão”<sup>49</sup>.

No Direito Bárbaro o interrogatório era visto como meio de prova<sup>50</sup> e não como meio de defesa. Desta forma, não há que se falar em princípio da não autoincriminação nesse momento histórico, haja vista a irracionalidade dos meios de prova<sup>51</sup>.

Em meados do ano 850 D. C., promoveu-se a “compilação de textos canônicos, onde, procurando garantir os fiéis contra os abusos dos senhores feudais, será reconhecida a

<sup>43</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado. Rio de Janeiro: Alba, 1942. p. 10-11 *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5.

<sup>44</sup> Neste sentido, seria considerado culpado aquele que se calasse ou mentisse, uma vez que ao comparecer ao tribunal deveria submeter-se a juramento e falar a verdade (QUEIJO, op. cit., p. 5).

<sup>45</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

<sup>46</sup> CARMIGNANI, Giovanni. *Teoria delle leggi della sicurezza sociali*. Pisa: Fratelli Nistri, 1832, t. 3, p. 133. notícia que, para os antigos, auto-incriminar-se era espécie de alienação. (*Apud* QUEIJO, op. cit., p. 5).

<sup>47</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado. Rio de Janeiro: Alba, 1942. p. 24 *apud* QUEIJO, op. cit., p. 5.

<sup>48</sup> QUEIJO, op. cit., p. 6.

<sup>49</sup> COUCEIRO, op. cit., p. 41.

<sup>50</sup> Cf. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo nuovo código*. Torino: UTET, 1931. v.1, p. 7 *apud* QUEIJO, op. cit., p. 6.

<sup>51</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 259.

proteção dos acusados contra toda violência e toda espoliação anteriores à condenação”<sup>52</sup>, comportamento diametralmente oposto ao aplicado pelo processo inquisitório da Idade Média.

Tal comportamento humanista seria substituído completamente por volta do ano 1200, a partir da criação da “Inquisição” ou “Tribunais do Santo Ofício da Inquisição”, por uma visão autoritária do processo, galgada na prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado<sup>53</sup> e na tortura como meio de obter a sua confissão.

A mudança radical do comportamento da Igreja em relação aos indivíduos que respondiam processo penal está intimamente ligada ao processo de formação do Estado Moderno, o qual “implicava um poder absoluto e centralizador, para fazer frente ao poder disseminado dos senhores feudais”<sup>54</sup>. O rei, por sua vez, municiava-se da força da Igreja, que por meio da inquisição combatia as resistências que a eles pudessem se contrapor; além disso, a partir do momento em que o rei granjeou legitimação junto ao papa, cada “heresia contra a Igreja passa a ser vista como um crime não só contra esta, mas também contra o próprio estado”<sup>55</sup>.

No que tange ao interrogatório, “se o interrogando protestava inocência, podia ser submetido à tortura”<sup>56</sup>. A finalidade do processo inquisitorial era a admissão do pecado por parte do pecador e sua posterior contrição. O interrogatório era visto, portanto, como meio de prova, motivo pelo qual não há que se falar em direito ao silêncio<sup>57</sup> nesse momento histórico.

#### 2.1.4 Sistemas Continentais

Antes da queda do *Ancien Régime* inexistiam direitos e garantias individuais do acusado, uma vez que dentre as compilações constantes do regime absolutista está a *Ordonnance Criminelle* de 1670, que em seu art. 8º do Título XIV proibia a intervenção de

<sup>52</sup> GIRARD, Charlotte. Culpabilité ET silence em droit compare. Paris: L’Harmattan, 1997. p. 33-34 *apud* COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 41.

<sup>53</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 07

<sup>54</sup> COUCEIRO, op. cit., p. 41.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>57</sup> *Ibidem.*, p. 7.

advogados no processo penal<sup>58</sup>. A ausência de informações a respeito das provas e fatos imputados ao acusado estimulava este a depor no interrogatório, neste sentido:

Sendo característica do procedimento a quase inexistência de contraditório, o acusado só poderia contar com uma narração, a mais convincente possível, da sua visão dos fatos, sem poder aproveitar da exposição dos fatos da acusação, pois os elementos desta ouvirá pela primeira vez somente na audiência.<sup>59</sup>

Em contraponto a este sistema inquisitorial extremo, com o estímulo oportunizado pelos avanços científicos, surgem ideias de cunho liberal por meio do movimento iluminista que se formava por volta do século XVII, com apoio da burguesia emergente. Nesse período, “os alicerces ideológicos sobre os quais se ergueram os estados modernos eram então questionados pelos filósofos humanistas e a inquisição viu desmoronar sobre si as ruínas do absolutismo”<sup>60</sup>.

Dentre os corolários mais importantes estavam o combate ao uso da tortura e ao juramento imposto ao réu, uma vez que qualquer declaração autoincriminadora devia ser vista como antinatural<sup>61</sup>. O ideário liberal partia do pressuposto de que o acusado não deveria ser visto como reles objeto de prova.

Cesare Beccaria foi contundente ao tratar da impossibilidade de se buscar a verdade do acusado por meio de um interrogatório em que fossem utilizadas práticas de tortura, haja vista que “toda ação violenta confunde e suprime as mínimas diferenças entre os objetos por meio das quais se distingue o verdadeiro do falso”<sup>62</sup>.

Maria Elizabeth Queijo, porém, observa certa incoerência em relação à obra “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria, no que tange ao juramento e ao silêncio, tendo em vista que o autor “sustenta que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado em juramento, é antinatural, mas entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente, por constituir ofensa à justiça”<sup>63</sup>.

Eugênio Pacelli de Oliveira assevera que a garantia do direito ao silêncio, uma das manifestações do princípio da não autoincriminação, constitui-se numa das grandes

<sup>58</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

<sup>59</sup> GIRARD, Charlotte. *Culpabilité ET silence em droit compare*. Paris: L'Harmattan, 1997. p. 53 *apud* COUCEIRO, op. cit., p. 49.

<sup>60</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 23.

<sup>61</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

<sup>62</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 73.

<sup>63</sup> QUEIJO, op. cit., p. 9.

realizações da “processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do absolutismo”<sup>64</sup>. Marcelo Schirmer Albuquerque, na mesma senda, afirma que a afirmação do *nemo tenetur se detegere* proveio da necessidade política de se verem sobrepujados os abusos praticados pelo regime absolutista na área do Processo Penal <sup>65</sup>.

### 2.1.5 Sistema da *Common Law* (Magna Carta de 1215 e *Bill of Rights*)

À medida que na Europa Continental os Estados Nacionais estavam buscando sua formatação ideal no século XIII, utilizando-se da inquisição como meio de sua conquista, na Inglaterra os nobres tentavam frear os abusos do monarca por meio da Magna Carta de 1215. Sua importância reside no embrião da consagração de garantias legais e liberdades públicas, dentre as quais a cláusula 39, dispondo que nenhuma pessoa livre seria punida sem o julgamento de seus pares e sem o devido respeito às leis da nação<sup>66</sup>. Tal cláusula, segundo Fábio Conder Comparato, caracteriza-se como a essência do devido processo legal<sup>67</sup>.

Segundo Couceiro, a inexistência do Tribunal da Inquisição, devidamente organizado, na Inglaterra acabou por fomentar o desenvolvimento, no âmbito da *Common Law*, do Tribunal do Júri, servindo de modelo às legislações subsequentes que se formaram sob a égide do liberalismo<sup>68</sup>. Nesse momento ainda não se vislumbrava o direito a não autoincriminação, conforme verificar-se-á no desenvolvimento do tópico, mas nesse período histórico, foram firmados os alicerces das garantias do acusado frente ao Estado.

No momento do julgamento, o acusado trazia consigo a garantia de ouvir os termos de sua acusação em inglês, e após ser indagado sobre sua culpa ou não, nas situações de *high treason* e *fellonies*, caso optasse pelo silêncio, presumia-se pela sua confissão.

Concedia-lhe, porém, certo tempo para que refletisse sobre sua conduta de silenciar e lhe era esclarecido acerca das consequências do seu silêncio; para os outros delitos, o réu

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 332.

<sup>65</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 28.

<sup>66</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

<sup>67</sup> COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 80.

<sup>68</sup> COUCEIRO, op. cit., p. 63.

silencioso receberia uma *peine fort et dure* enquanto não se manifesta<sup>69</sup>. Tal penalidade consistia “em dormir nu, sob um grande peso, alimentado apenas de pão bolorento e água suja”<sup>70</sup>.

No que tange à prisão supracitada (*peine fort et dure*), os presos que não vislumbravam a absolvição escolhiam o silêncio e, por consequência, tal penalidade, com a finalidade de falecer sem respectiva condenação, “de forma a livrar seus dependentes de perda de suas propriedades”<sup>71</sup>. Há a tese de que o referido instituto não se caracterizava pela busca da confissão, mas sim “buscava-se obter do acusado uma declaração, de culpa ou de inocência”<sup>72</sup>.

A Bill of Rights, datada do ano de 1689, derrubou o regime monarquista absoluto, institucionalizando a separação dos poderes no Estado<sup>73</sup>. Em que pese não ser uma declaração de direitos humanos, instituía uma garantia institucional, qual seja, “uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”<sup>74</sup>.

### 2.1.6 Surgimento do *nemo tenetur se detegere*

Não há como especificar de maneira exata o surgimento do direito a não autoincriminação, no entanto mostra-se necessário citar quatro correntes doutrinárias que discorrem acerca do tema.

Parte da doutrina entende que a garantia surgiu na *common law*, em decorrência do emprego da *peine forte et dure*<sup>75</sup>. Richard H. Helmholz e M. R. T. Macnair, por outro turno, entendem que o precedente distante do *nemo tenetur se detegere* estaria presente no *ius*

<sup>69</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64-65.

<sup>70</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 259.

<sup>71</sup> BAKER, J. H.. An introduction to English legal history. 3. ed. Londres: Butterworths, 1990 *apud* COUCEIRO, op. cit., p. 65.

<sup>72</sup> LEVY, Leonard W. Origins of the fifth amendment. Nova Your: Oxford University Press, 1968. p. 326 *apud* COUCEIRO, op. cit., p. 65.

<sup>73</sup> COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 90.

<sup>74</sup> STERN, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/1, Munique, C.H. Beck, 1988. §68 *apud* COMPARATO, op. cit., p. 91.

<sup>75</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 163-164 *apud* COUCEIRO, op. cit., p. 66; VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura. Tradução Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.111, § 15 *apud* COUCEIRO, op. cit., p. 66.

*commune* continental, “nas obras de Panormitanus, Lanfrancus de Oriano e Joachim Mynsinger”<sup>76</sup>, considerando-o como uma estrutura de amparo diante da ingerência sobre o acusado<sup>77</sup>.

Outra escola acredita que o surgimento ocorreu na *common law*, como consequência da extinção dos “tribunais competentes para julgar crimes religiosos e contra o rei, em que se admitia o procedimento ex officio e o juramento de veritate dicenda imposto ao acusado”<sup>78</sup>.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade sustentam que o direito ao silêncio estruturou-se de forma progressiva a partir do século XVIII na Inglaterra, por meio do “fortalecimento do sistema acusatório e das garantias processuais, como a assistência ao argüido por um defensor”<sup>79</sup>.

### 2.1.7 *Nemo tenetur se detegere* no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O direito ao silêncio encontra-se proclamado no art. 5º, inc. LXIII, da Carta Constitucional, motivo por que “o sistema interno não pode atribuir ao seu exercício qualquer prejuízo”<sup>80</sup>. Tal direito, todavia, apresenta-se como uma vertente de uma garantia mais ampla, consubstanciada na garantia *nemo tenetur se detegere*, a qual garante que “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória de acusação”<sup>81</sup>.

Além disso, o princípio em tela encontra-se encartado nos seguintes diplomas internacionais que foram incorporados ao direito brasileiro, quais sejam: a) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); b) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)<sup>82</sup>. Nos tópicos seguintes analisar-se-á o status constitucional da garantia, bem como a incorporação dos tratados internacionais ao direito pátrio.

<sup>76</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 66-67.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 66-67.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 68-69.

<sup>79</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 37.

<sup>80</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Sistema de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 342.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>82</sup> COUCEIRO, op. cit., p. 132; QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56-57.

### 2.1.7.1 Status Constitucional e Tratados Internacionais Incorporados ao Direito Nacional

A respeito da hierarquia normativa dos tratados internacionais que versem sobre direito fundamental, o art. 5º, § 2º da Carta Constitucional<sup>83</sup> suscita amplos debates<sup>84</sup>.

Parte da doutrina<sup>85</sup> afirma que os diplomas incorporados ao direito brasileiro possuem hierarquia de lei ordinária federal; por outro turno, doutrina vanguardista entende que os tratados internacionais que discorrem sobre direitos humanos gozam de natureza constitucional<sup>86</sup>.

Couceiro aduz que o artigo constitucional em comento proporciona ao ordenamento jurídico pátrio uma “cláusula de abertura”, que garante natureza constitucional aos tratados internacionais que versem sobre direitos fundamentais, desde que ratificados pelo Brasil<sup>87</sup>.

Maria Elizabeth Queijo, na mesma senda, afirma que devido à proeminência constitucional conferida aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, mostra-se necessário afiançar hierarquia constitucional aos tratados internacionais que tratam de direitos fundamentais<sup>88</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, em igual sentido, avalizam a tese de identidade constitucional às convenções e aos pactos internacionais que tratem de direitos humanos. Assim, concluem acerca do art. 5º, § 2º, da Carta Magna como pano de fundo da Convenção Americana de Direitos Humanos:

[...] todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior.

<sup>83</sup> CF, Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2010)

<sup>84</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.

<sup>85</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 98-99; VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 118; CLÉVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 142; REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 474; STRENGER, Irineu. *Teoria Geral do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Bushatsky, 1973. p. 96-97. *Apud* QUEIJO, op. cit., p. 60-61.

<sup>86</sup> QUEIJO, op. cit., p. 61-62.

<sup>87</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 165.

<sup>88</sup> QUEIJO, op. cit., p. 64.

Isto quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana interagem e se completam; e, na hipótese de uma ser mais ampla que outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.<sup>89</sup>

Couceiro enumera quatro importantes dimensões da “fundamentabilidade formal” no que tange às normas de direito internacional que inauguram direitos fundamentais:

1. As normas consagradoras de direitos fundamentais são colocadas no grau superior da ordem jurídica; 2. como normas constitucionais, só podem ser alteradas por procedimento especial; 3. como normas incorporadoras de direitos fundamentais, passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão constitucional; 4. como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.”<sup>90</sup>

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992<sup>91</sup>, apresenta dentre os direitos garantidos à pessoa acusada o de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”, em seu art. 14, §3º, alínea “g”. Ao realizar a exegese do dispositivo supracitado, observa-se certa restrição, tendo em vista o termo específico “pessoa acusada”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992, por sua vez, confere extensão mais ampla ao *nemo tenetur se detegere* em seu art. 8º, §2º, alínea “g”:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

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

[...]

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; Sem grifos no original<sup>92</sup>

Conforme se denota do excerto grifado, a Convenção Americana de Direitos Humanos mostrou-se mais ampla em relação aos beneficiários da garantia a não

<sup>89</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 78.

<sup>90</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163.

<sup>91</sup> BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_592\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

<sup>92</sup> BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

autoincriminação. O pacto fala em direitos a “toda pessoa acusada”, já a convenção afirma que “toda pessoa tem direito”. Dessa forma, aplicando-se a regra mais aberta, “a garantia abrange todas as pessoas que participam da instrução do processo penal (não só o acusado, mas também a vítima, o querelante, as testemunhas e o perito)”<sup>93</sup>.

#### 2.1.7.2 Advertência quanto à garantia e à inexistência do dever de colaborar em sede penal

O presente tópico é corolário básico acerca da descoberta da verdade no processo penal, tendo em vista que a cooperação do imputado “[...] *deve ser decorrente de exercício de liberdade esclarecida*”<sup>94</sup>. Do não cumprimento dos esclarecimentos necessários restaria impossibilitada a utilização das declarações, bem como obstada a valoração probatória<sup>95</sup>.

A advertência quanto ao direito do *nemo tenetur se detegere* e a respectiva carência do dever de cooperar é imprescindível para a autodeterminação do sujeito passivo na fase probatória, uma vez que este deverá “decidir, devidamente informado sobre seu direito, se colabora ou não na persecução penal”<sup>96</sup>.

Nessa senda, durante as abordagens realizadas pelos agentes policiais, dever-se-ia garantir ao sujeito passivo o devido esclarecimento acerca das consequências da submissão ao exame do etilômetro, ou seja, explicitar a infração administrativa (art. 165 do CTB) e o delito de trânsito (art. 306 do CTB) que aquele estaria sujeito, bem como da explicitação da garantia de restar-se inerte. Na prática, contudo, o que se tem notícia é que a autoridade policial “convida o condutor” a realizar o exame supracitado, sem explicitar os desdobramentos dessa cooperação.

O egrégio Tribunal de Justiça Gaúcho, todavia, decidiu, em recente julgado, que não há ilegalidade nesse tipo de abordagem, conforme voto do eminente Des. Jaime Piterman (HC nº 70027516079):

**Destaca o recurso que não se poderia exigir a realização do exame sem antes cientificar o requerido, o que gerou nulidade.** Asseverou que houve desvio das

<sup>93</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 132.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 310.

<sup>95</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 43.

<sup>96</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 318.

finalidades administrativas. O impetrante aduz que não há base para a denúncia e a ação penal deve ser trancada, eis que houve nulidade na coleta da prova. O teste realizado às fl. 34, evidenciou que o paciente estava com visíveis sintomas de embriaguez alcoólica.

**As informações da magistrada apontaram que nos autos não se encontram indícios de coação para a realização dos testes com o “etilômetro”. Observa-se que a ilegalidade apontada pelo impetrante não se evidencia no presente feito.<sup>97</sup>**  
(Sem grifos no original)

Ao analisar o presente voto, verifica-se o entendimento de que apenas por meio de coação ou de coerção policial estaria caracterizada a nulidade do ato. Ocorre que, em que pese a ausência de coação junto ao paciente, infere-se que não houve a devida advertência por parte da autoridade policial acerca da garantia *nemo tenetur se detegere* o que, em tese, acarretaria a nulidade do feito.

Por outro turno, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo garantiu eficácia ao princípio da não autoincriminação no caso concreto (Recurso em Sentido Estrito nº 990.09.138939-0, Processo 433/09). Referida decisão considerou nulo o exame do etilômetro obtido sem a cientificação acerca do *nemo tenetur se detegere*, caracterizando-se tal prova como ilicitamente obtida:

**[...] tratando-se o etilômetro de prova que necessita de colaboração do acusado, ainda que sem intervenção corporal, o consentimento é medida imperiosa, devendo, para tanto, ser precedido da advertência quanto a *nemo tenetur se detegere*. Afinal, a ciência prévia constitui importante fator para que a manifestação de vontade possa ser reputada livre e consciente.**

Pois bem, no caso tratado nos autos, a acusada recusou-se inicialmente a submeter-se ao teste. Foi, então, advertida das conseqüências jurídicas e, dessa forma, acabou sucumbindo à pressões. **Não foi, portanto, cientificada da dimensão do direito que a amparava o que, obviamente, comprometeu não só o consentimento, mas também a própria prova de materialidade ilicitamente obtida.**

A prova material obtida por meio ilícito fez com que a denúncia fosse rejeitada de plano, tendo em vista que, nas palavras do Relator, Des. Fernando Miranda, “*não se deve iniciar a persecução criminal calcada em ilicitude probatória*”.

<sup>97</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 70027516079*. Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Jaime Piterman, Julgamento em 29/01/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010.

### 2.1.7.2.1 Provas ilícitas

O tema relativo às provas ilícitas possui um conteúdo extremamente amplo, encontrando guarida, juridicamente, no relacionamento “entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório”<sup>98</sup>; no âmbito político legislativo, por outro turno, encontra-se a relação “entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação”<sup>99</sup>. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho conceituam o termo prova ilícita em seu sentido estrito:

Por **prova ilícita**, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a **prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis**, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela manifestação que é o direito à intimidade.<sup>100</sup>

Tendo em vista tamanha amplitude, a análise será realizada estritamente em relação à abordagem policial no exame do bafômetro. Utilizando-se como pano de fundo julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo analisado no tópico antecedente, percebe-se o desrespeito ao princípio *nemo tenetur se detegere*, pela ausência dos esclarecimentos à imputada.

Os fatos típicos da infração de dirigir veículo sob influência de álcool (art. 165, CTB) e do delito de embriaguez ao volante (art. 306, CTB) serão considerados no momento oportuno, entretanto, incidentalmente, é necessário fazer uma prévia comparação entre ambos:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

[...]

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.<sup>101</sup>

Ao elaborar a lei seca, o legislador infraconstitucional cometeu considerável erro de avaliação acerca do âmbito administrativo e penal da norma de trânsito. Tal equívoco decorre

<sup>98</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 132.

<sup>99</sup> Ibidem, p.132.

<sup>100</sup> Ibidem, p.133.

<sup>101</sup> BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

do critério típico objetivo aplicado às duas hipóteses típicas, uma vez que ao se submeter ao exame do etilômetro para fins de averiguação da penalidade administrativa (art. 165, CTB) o condutor estará se sujeitando às penalidades penais (art. 306, CTB).

Tal duplicidade de prova, em tese, mitiga substancialmente o *nemo tenetur se detegere*, haja vista que obsta a fiscalização na esfera administrativa. Ao fazer prova para averiguar a infração de dirigir sob influência de álcool, o indivíduo estaria se sujeitando a provas que poderiam atestar sua embriaguez ao volante.

Além disso, ao lançar mão do direito a não autoincriminação no âmbito penal, o condutor, de acordo com a exegese do §3º do art. 277 do CTB<sup>102</sup>, estaria sujeito à penalidade na esfera administrativa<sup>103</sup>. Nos dois tópicos subsequentes serão analisados precedentes da Suprema Corte Norte-Americana relacionados à informação acerca do *nemo tenetur se detegere*, bem como a respeito de confissões dadas inconscientemente ou sob falsa representação.

#### 2.1.7.2.2 Miranda vs. Arizona

Referência em relação ao direito comparado, o caso *Miranda vs. Arizona* foi submetido à Suprema Corte Americana, à época presidido pelo Juiz-presidente Warren. Retrata tal acórdão, precipuamente, a inversão da presunção no que tange à confissão do imputado sob custódia policial.

Posteriormente a tal decisão, os depoimentos oferecidos pelo investigado preso à Polícia foram apreciados como se tivessem sido obtidos por meio de coerção estatal ou em decorrência do trilema cruel (cruel trilemma) exposto ao imputado de “*permanecer em silêncio e encarar a prisão; falar a verdade e encarar a prisão; ou mentir e encarar a prisão,*

<sup>102</sup> CTB, Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

[...]

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010).

<sup>103</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. A presunção de inocência e a “Lei Seca”. **Carta Forense**, segunda-feira, 4 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=2136>>. Acesso em: 29 set. 2010.

*dessa vez por perjúrio*”<sup>104</sup>, ou seja, o ônus da prova em relação à confissão passou a ser do Estado<sup>105</sup>.

#### 2.1.7.2.3 Confissões dadas inconscientemente ou sob falsa representação, sem a devida advertência

No que tange às referidas confissões, os casos mais exponenciais, segundo o Professor João Gualberto Garcez Ramos, são *Leyra v. Denno*, 347 US 556 (1954); *Spano v. New York*, 360 US 315 (1959), *Massiah v. United States*, 977 US 201 (1964) e *Pennsylvania v. Muniz*, 496 US 582 (1990).

No primeiro caso (*Leyra v. Denno*, 347 US 556), o imputado, suspeito do homicídio dos próprios pais, fora interrogado por um psiquiatra que se fez passar por médico clínico geral e supostamente curaria a sinusite do investigado. Depois de impedir por horas que Leyra dormisse, o psiquiatra dialogou com ele e relacionou sua enxaqueca com a agonia por não confidenciar o delito, sendo que “mediante a promessa de tratá-lo de seu mal, obteve a confissão”<sup>106</sup>. Tal admissão foi invalidada pela Suprema Corte, pois violou o garantia contra a autoincriminação forçada.

Em relação ao segundo caso (*Spano v. New York*, 360 US 315), o imputado foi interrogado por mais de 08 (oito) horas ininterruptas por diversos agentes policiais e um auxiliar do promotor de forma intercalada. Posteriormente, as autoridades descobriram que um amigo de infância de Vincent J. Spano era policial em outra delegacia e fizeram com que aquele conversasse com o imputado.

<sup>104</sup> Cf. SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. American criminal procedure: cases and commentary. 5 ed. St. Paul (MN): Wst Publishing, 1996. p. 475 *apud* GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **Curso de Processo Penal Norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.138.

<sup>105</sup> Se um interrogatório é realizado sem a presença de um advogado e uma declaração é tomada, um pesado fardo recai sobre o Governo para demonstrar que o arguido de forma consciente e inteligente renunciou ao seu direito a um advogado. Livrementemente traduzido: (f) Where an interrogation is conducted without the presence of an attorney and a statement is taken, a heavy burden rests on the Government to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his right to counsel. (U.S. Supreme Court. **Certiorari to the Supreme Court of Arizona n. 759**. Argued feb. 28–mar. 1, 1966. Decided Jun. 13, 1966. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436>>. Acesso em: 29 set. 2010).

<sup>106</sup> GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **Curso de Processo Penal Norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 136.

Em conversa com Spano, o “amigo” policial “convenceu-o a confessar, porque, senão, ele, policial, iria perder seu cargo e sua mulher e filhos ficariam sem sustento”<sup>107</sup>. Essa confissão estava eivada de vício, sendo considerada ilegal pela Suprema Corte Norte-americana, haja vista que Vincent J. Spano foi influenciado “pela pressão oficial, fadiga e falsa simpatia despertada após considerar todos os fatos em seu contexto pós-acusação”<sup>108</sup>.

O terceiro caso (*Massiah v. United States*, 977 US 201), por sua vez, retrata a confissão do imputado, acusado de tráfico de entorpecentes, perante um agente policial infiltrado em sua cela. Ao invés de invalidar a declaração com base, unicamente, na violação à não autoincriminação forçada, a Suprema Corte argumentou que devido à atuação de um agente infiltrado, “que virtualmente interrogou o imputado – mesmo sem ele saber -, o processo investigatório tomou feições de processo judicial (*pretrial*), governado pelas cláusulas da 6.<sup>a</sup> emenda”<sup>109</sup>. Dessa forma, em decorrência da falta de assistência de advogado no momento do “interrogatório”, as declarações não foram utilizadas contra Massiah perante o Júri.

Inusitado caso *Pennsylvania v. Muniz*, 496 US 582 (1990)<sup>110</sup>, trata de um cidadão que foi aprisionado por dirigir embriagado em estrada estadual. Durante a abordagem, a autoridade policial advertiu o suspeito de que o diálogo entre eles seria gravado, em que pese seu estado de completa embriaguez este concordou em dialogar com o policial. Durante a conversa, a autoridade policial lhe fez inúmeros questionamentos, recebendo respostas desconexas da realidade, demonstrando seu estado ébrio.

Muniz suscitou “que não estava em condições de abrir mão do privilégio contra a auto-incriminação forçada”<sup>111</sup>, motivo por que o interrogatório fora considerado como obtido de forma ilícita, ou seja, nulo segundo a decisão da Corte Superior do Estado da Pensilvânia. A Suprema Corte, por seu turno, reformou a decisão da corte estadual embasando-se no entendimento de que apenas as “respostas com caráter testemunhal poderiam ser consideradas inadmissíveis em juízo”<sup>112</sup>.

As indagações objetivas como “nome, endereço, altura, peso, cor dos olhos, data de nascimento e idade”, ao serem respondidas de forma alegórica pelo suspeito, “não foram

<sup>107</sup> GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **Curso de Processo Penal Norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.136.

<sup>108</sup> U.S. Supreme Court. **Spano v New York n. 582**. Argued apr. 27, 1959. Decided jun. 22, 1959. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/360/315/case.html>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

<sup>109</sup> GARCEZ RAMOS, op. cit., p.137.

<sup>110</sup> U.S. Supreme Court. **PENNSYLVANIA v. MUNIZ. Certiorari to the Superior Court of Pennsylvania n. 89-213**. Argued feb. 27, 1990. Decided jun. 18, 1990. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=496&invol=582>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

<sup>111</sup> GARCEZ RAMOS, op. cit., p.139.

<sup>112</sup> Ibidem, p.139.

consideradas testemunhais e foram admitidas com a finalidade única de demonstrar o estado de embriaguez do imputado”<sup>113</sup>.

### 1.1.7.3 Âmbito de incidência do princípio em relação à esfera administrativa

O doutrinador Dámásio E. de Jesus filia-se ao entendimento de que o direito constitucional pátrio ao ser signatário da Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, consagra o princípio *nemo tenetur se detegere*<sup>114</sup>.

Esse tratamento acarreta, segundo o autor, um óbice à lei infraconstitucional que venha a atribuir ao condutor suspeito de dirigir embriagado o dever de submeter-se ao exame do etilômetro, pois consubstanciar-se-ia presunção contra aquele<sup>115</sup>. Em análise à legislação anterior à “Lei Seca”, o autor afirmava que a embriaguez poderia ser comprovada por outros meios de prova admitidos.

Devido ao status constitucional atribuído à garantia contra a autoincriminação, Damásio E. de Jesus conclui que regra alguma possui força para mitigá-la, inclusive a legislação de cunho administrativo, haja vista que tal imposição “pode servir de instrumento de persuasão para que o indivíduo viole as suas próprias convicções e, especialmente, os seus direitos fundamentais”<sup>116</sup>. Dessa conclusão, por conseguinte, sustenta o autor que o exercício da garantia *nemo tenetur se detegere* pelo motorista não ensejaria o delito de desobediência.

Nesse diapasão, Renato Marcão opõe ressalvas às alterações introduzidas pela Lei nº 11.705/2008, mormente no que diz respeito à obrigação de submeter o condutor aos exames elencados no art. 277 da lei supracitada, sob pena de este sofrer as sanções do art. 165<sup>117</sup>

<sup>113</sup> GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **Curso de Processo Penal Norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.139.

<sup>114</sup> JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito**: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/1997). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 165.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>117</sup> CTB, Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)  
 Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)  
 Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)  
 Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008). (BRASIL. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito

(pena administrativa)<sup>118</sup>:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.275, de 2006)

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 3º **Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.** (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)<sup>119</sup> (Grifos com o original)

O autor lança mão do magistério de doutrinadores como Flávia Piovesan<sup>120</sup>, Fábio Konder Comparato<sup>121</sup> e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, que apregoam a supremacia dos direitos fundamentais na aplicação do direito. No caso específico acerca de imposição de sanções ao indivíduo que se negue a cooperar com a realização de provas que possam incriminá-lo, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner é categórica ao afirmar que “não se concebe um sistema de garantias no qual o exercício de um direito constitucionalmente assegurado pode gerar sanção ou dano”<sup>122</sup>.

Aliado a isso, Renato Marcão sustenta, também, que do princípio da presunção de inocência há um reforço à “idéia de que aquele a quem se imputa a prática de um delito não poderá ser compelido a produzir prova em seu desfavor”<sup>123</sup>. Acrescenta, ainda, que o princípio da ampla defesa, por sua amplitude, impede que o condutor que se recuse a realizar exames que demandem intervenção corporal relacionados no art. 277, caput, do CTB, seja

---

Brasileiro’... Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2010).

<sup>118</sup> MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 160-161.

<sup>119</sup> BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

<sup>120</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 254 *apud* MARCÃO, op. cit., p. 161.

<sup>121</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48-49. *Apud* MARCÃO, Renato. p. 162.

<sup>122</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125 *apud* MARCÃO, op. cit., p. 162.

<sup>123</sup> MARCÃO, op. cit., p. 163.

punido por sanção administrativa (art. 165, CTB) ou pelo delito de desobediência (art. 330 do Código Penal)<sup>124</sup>.

No direito estrangeiro, todavia, a negativa de se submeter a exames de verificação de alcoolemia apresenta outros contornos, dentre os quais a presunção em desfavor do sujeito passivo, relativizando, assim, o âmbito de incidência do princípio da não autoincriminação. Tais exemplos serão tratados no tópico acerca dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, item relativo ao segundo capítulo da presente pesquisa.

## 2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL

Antes mesmo da positivação do princípio nos tratados internacionais, percebia-se a aplicação tênue do *nemo tenetur se detegere* nos princípios do devido processo legal, direito à ampla defesa e da presunção de inocência<sup>125</sup>. Destarte, no próximo ponto será analisado o *nemo tenetur se detegere* e sua relação com princípios constitucionais norteadores do processo penal.

### 2.2.1 Devido Processo Legal

Em relação ao surgimento deste princípio, Fábio Conder Comparato leciona que a Cláusula 39 da Magna Carta já demonstrava, em seu cerne, o embrião do “princípio do devido processo jurídico (due process of Law), expresso pela 14ª Emenda à Constituição norte-americana e adotado na Constituição Federal Brasileira de 1988”<sup>126</sup>. Em tradução do autor, a partir do texto original publicado em C. Bémont, Chartes des Libertés Anglaises, Paris, 1892, segue a Cláusula supracitada:

<sup>124</sup> MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 163.

<sup>125</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 69.

<sup>126</sup> COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 80.

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (disseisiatur), banido (utlagetur) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (destruatur), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre).<sup>127</sup>

O princípio do julgamento pela lei da terra, ou Law of the land, tornou-se um grande suporte dos senhores feudais “na impugnação de ordens de prisão emitidas pelo rei ou por seus ministros, contra pessoas que ainda não tinham sido julgadas, sobre a base de que tal prática ia contra o law of the land”.<sup>128</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio está insculpido no art. 5º, inciso LIV, da Carta Constitucional de 1988<sup>129</sup>, assegurando ao indivíduo a garantia de que este não será privado de sua liberdade e de seus bens, sem um processo nos termos em que a lei assim estabelece. Segundo Fernando Capez, o âmbito processual desse princípio garante ao réu a plenitude de defesa, envolvendo os direitos:

[...] de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.<sup>130</sup>

Dessa forma, o princípio ora em comento apresenta vinculação à garantia *nemo tenetur se deteger*, haja vista que é pressuposto fundamental à preservação da integridade física e moral do indivíduo desde a fase policial<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 83.

<sup>128</sup> Cf. BAKER, J. H.. An introduction to English legal history. 3. ed. Londres: Butterworths, 1990. p. 537-538 *apud* COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

<sup>129</sup> CF, Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2010).

<sup>130</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37-38.

<sup>131</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 73.

### 2.2.2 Contraditório

O embasamento legal do Princípio do Contraditório encontra-se disposto no art. 5º, LV, da Carta Magna de 1988<sup>132</sup>. Parte da doutrina mostra-se filiada à ideia de que o princípio é representado pelo binômio de *ciência e participação* das partes<sup>133</sup> no Processo Penal, tendo em vista que a figura do Estado-juiz, representada pelo magistrado, encontra-se em grande parte do processo “eqüidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra manifestar-se em seguida”<sup>134</sup>.

Segundo Mougnot Bonfim, o princípio em comento emana do entendimento de que cada ato realizado no decorrer do processo seja fruto da participação ativa e efetiva das partes, originando-se do adágio *audiatur et altera pars*<sup>135</sup>. Este brocardo garante às partes a realização de todos os atos propensos a influenciar na decisão do juiz.

Nesse sentido, as fases de produção de provas e de sua valoração encontram guarida no princípio do contraditório, haja vista que “as partes têm o direito não apenas de produzir suas provas e de sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional”<sup>136</sup>. Além disso, o magistrado poderá de ofício ordenar a produção de provas, devendo agir de forma suplementar, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, garantindo assim a atuação do estado na busca da verdade.

Do gênero contraditório surgem duas espécies, quais sejam, o contraditório real e o contraditório diferido. No que tange à primeira espécie citada, esta ocorre diretamente no momento da produção de prova, tendo como exemplo a inquirição de testemunhas perante o juízo, no qual se garante à parte contrária a possibilidade de perguntas subsequentes<sup>137</sup>. Em relação ao contraditório diferido, este se manifesta após a produção de provas, mormente no âmbito do Inquérito Policial, tendo em vista que a prova deve ser produzida de forma imediata, conforme será analisada no próximo item.

<sup>132</sup> CF, Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2010).

<sup>133</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>135</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

<sup>136</sup> CAPEZ, op. cit., p. 21.

<sup>137</sup> BONFIM, op. cit., p. 42.

### 2.2.2.1 Contraditório Diferido

O objeto deste trabalho encontra-se inserido no contraditório diferido, visto que os exames para medir a embriaguez devem ser empregados de forma imediata, ou seja, são irrepetíveis. Assim, aceita-se a permissão de medidas judiciais *inaudita altera pars*, instituto que não viola a ideia do princípio do contraditório, tendo em vista que o juiz tem o dever de “*abrir vista à outra parte para se manifestar sobre a medida, sob pena de nulidade do ato decisório*”<sup>138</sup>.

De acordo com a sua índole constitucional, o contraditório deve ser respeitado na sua essência formal e substancial, igualmente, em relação ao Inquérito Policial, sob pena de não serem valoradas no decorrer do processo, conforme asseveram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco na obra “Teoria Geral do Processo”:

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu) mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com litigantes (art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, **se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido.** Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito.<sup>139</sup> (Grifos com o original).

### 2.2.3 Ampla Defesa

Trata-se de princípio geral informador do processo penal<sup>140</sup>, encartado no artigo 5º, incisos LV e LXXIV, da Carta Magna de 1988<sup>141</sup>. A cláusula do direito está presente no

<sup>138</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21.

<sup>139</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

<sup>140</sup> CAPEZ, op. cit., p. 21-22.

<sup>141</sup> CF, Art. 5º, LV e LXXIV: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2010).

ordenamento jurídico desde o tempo do Império, estando presente nas constituições brasileiras anteriores<sup>142</sup>.

Tal direito é claro em relação ao dever do Estado de garantir a todo sujeito passivo no processo penal a defesa mais completa possível. Além disso, o Código de Processo Penal dispõe em seu art. 261 que “*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*”. Maria Elizabeth Queijo afirma que a ampla defesa “*insere-se na cláusula do devido processo legal e entre os fatores legitimadores da jurisdição*”<sup>143</sup>.

Segundo Mougnot Bonfim, tal princípio está conectado aos princípios da igualdade e do contraditório, uma vez que a ampla defesa se exterioriza “*no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites em que isso seja possível*”<sup>144</sup>.

A ligação entre os princípios da ampla defesa e do contraditório encontra especial análise na obra “*As Nulidade no Processo Penal*”, de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho. A respeito dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tais autores entendem que ambos estão unidos, visto que “*é do contraditório (visto em seu primeiro momento de informação) que brota o exercício de defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim garante o contraditório, mas também por se manifesta e é garantida*”.<sup>145</sup>

Aury Lopes Jr., por seu turno, expõe o conceito de direito de defesa sob a estrutura do binômio: “- defesa privada ou autodefesa; - defesa pública ou técnica, exercida pelo defensor”<sup>146</sup>. No que tange a essa dicotomia, a diferença fundamental entre autodefesa e defesa técnica encontra-se na possibilidade de renúncia ou não.

No caso da autodefesa, mesmo que esta esteja entre as garantias constitucionais do réu, há a possibilidade de renunciar a esse instituto, tendo em vista que o acusado pode utilizá-lo ou não. Por outro lado, a defesa técnica por meio de advogado legalmente habilitado é irrenunciável, indisponível, devendo ser indeclinável, plena, efetiva e de livre escolha<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 279.

<sup>143</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 74.

<sup>144</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43.

<sup>145</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.77.

<sup>146</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. v. 1, p. 187.

<sup>147</sup> Neste sentido FERNANDES, op. cit., p. 286-289.

### 2.2.3.1 Defesa Técnica

Aury Lopes Jr. assevera que a justificativa para a imprescindibilidade da defesa técnica decorre da exigência de equilíbrio funcional entre a defesa e a acusação, bem como da “presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador”<sup>148</sup>. Essa hipossuficiência diz respeito à falta de conhecimentos jurídicos do eventual imputado.

A defesa técnica, portanto, é requisito indisponível para assegurar a paridade de armas ao longo do processo penal<sup>149</sup>, a fim de equivaler o poder de atuação entre a acusação (Ministério Público ou Querelante) e a defesa do réu (Defensor Constituído), sendo que sua ausência acarretará a nulidade do feito. Desta forma, caso o imputado venha a responder à persecução penal sem defensor constituído por ele próprio, nem por outro nomeado por juiz, o processo deverá ser declarado nulo, nos termos do art. 564, inciso III, alínea “c”, do Código de Processo Penal<sup>150</sup>

### 2.2.3.2 Plena

Scarance Fernandes leciona que a defesa técnica é necessária e indeclinável, sendo que deve “ela se manifestar durante todo o inter processual”<sup>151</sup>. A defesa tem de ser garantida desde a etapa investigatória policial. Mostra-se complexa, entretanto, a delimitação da incidência dessa participação, que não teria a feição de atuação em contraditório, mas direito à ciência dos atos já praticados e encerrados<sup>152</sup>, não tendo acesso às investigações em andamento.

<sup>148</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. v. 1, p. 186.

<sup>149</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 281.

<sup>150</sup> CPC, Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 20 set. 2010).

<sup>151</sup> FERNANDES, op. cit., p. 286.

<sup>152</sup> “[...] proporciona ao advogado o direito à ampla ciência das atividades de investigação desenvolvidas, podendo efetuar requerimentos e usar de todos os mecanismos do sistema em favor do investigado: pedido de relaxamento de prisão em flagrante, pedido de liberdade provisória, impetração de habeas corpus.” (FERNANDES, op. cit., p. 287).

Cabe ressaltar que o inquérito policial segue o modelo inquisitorial, relativizando assim substancialmente o princípio do contraditório, haja vista que não se constitui um processo, mas um mero procedimento de natureza administrativa. O STF, por meio da Súmula vinculante nº 14<sup>153</sup>, mitigou esse entendimento, concedendo ao investigado o direito de ter vista a documentos juntados ao procedimento que possam instruir sua defesa.

### 2.2.3.3 Efetiva e Direito de Escolha

A efetividade da defesa técnica é pressuposto de ordem pública, indisponível, que desenvolve a instrução criminal de forma equânime ao garantir, assim, a paridade de armas entre o acusador (Ministério Público) e o defensor. Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 523<sup>154</sup>, firmou entendimento no sentido de que “a falta de defesa constitui nulidade absoluta”, e “a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”<sup>155</sup>.

Como decorrência do direito à defesa técnica e efetiva surge o direito de escolha, haja vista que além da qualidade e da efetividade da defesa é primordial haver recíproca confiança entre o imputado e o seu defensor<sup>156</sup>. Neste sentido, é direito do imputado a presença de advogado por si escolhido para o aconselhamento acerca de exames de rotina, entre os quais o exame do etilômetro.

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

<sup>155</sup> EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Improcedência da alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo. Prejuízo não demonstrado pelos impetrantes. Incidência da Súmula nº 523 do STF. Precedentes da Corte. 1. A alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo não encontra respaldo nos autos, uma vez que os impetrantes não lograram demonstrar eventual prejuízo causado ao paciente de modo a justificar a concessão da ordem. 2. **A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a nulidade por deficiência na defesa do réu só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo.** Esse entendimento está, ainda, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". 3. Habeas corpus denegado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97.413/SP**. Primeira Turma, Relator: Min. Dias Tofoli, Julgamento em. 24/11/200. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 set. 2010) (Grifo com o original).

<sup>156</sup> Neste sentido FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 289.

A Suprema Corte Norte-Americana decidiu, no caso *Wade vs. United States*, 388 US 218 (1967), que o imputado pode ser impelido a comparecer a reconhecimento na polícia. Tal reconhecimento, no entanto, somente se mostra admissível caso o sujeito passivo esteja acompanhado de defensor, impedindo que aquele seja “colocado em condição especial” que induzisse ao seu reconhecimento pelas testemunhas<sup>157</sup>.

#### 2.2.3.4 Autodefesa

A autodefesa caracteriza-se como uma resistência pessoal e individual<sup>158</sup> do imputado perante a persecução penal do Estado, expressando-se sobre duas formas de agir: ação positiva e negativa. Diferentemente da defesa técnica, a autodefesa é disponível, ou seja, renunciável em relação ao réu; contudo, mostra-se indisponível a concessão da oportunidade de autodefesa pelo magistrado ao réu<sup>159</sup>, que terá liberdade para decidir acerca de sua forma de atuação.

Lançando mão do instituto do interrogatório, Aury Lopes Jr. assevera que este é o momento oportuno para realização de dois tipos de ações. O imputado poderá utilizar-se de uma atuação ativa (efetiva), haja vista que poderá justificar ou refutar a autoria e materialidade do fato que lhe é atribuído; por outro turno, o sujeito passivo poderá realizar um “atuar negativo”, no qual poderá negar-se a declarar algo ou contribuir com as investigações ao longo do processo (intervenções corporais, reconstituição do fato, exame grafotécnico, etc.)<sup>160</sup>.

#### 2.2.4 Presunção de Inocência

A presunção de inocência, também conhecida como Direito a não-consideração

<sup>157</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 339-340.

<sup>158</sup> FOSCHINI, Gaetano. *Límitado*, p. 27 e ss *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Sistema de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 337

<sup>159</sup> Neste sentido FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 293.

<sup>160</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 337.

prévia de culpabilidade, foi consagrada no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>161</sup>, de 1789, por iniciativa do movimento liberal iluminista<sup>162</sup>, que visava à extinção do sistema inquisitorial, utilizado pelos estados absolutistas.

No ordenamento jurídico pátrio, está insculpida na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso LVII, o qual preceitua que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Aury Lopes Jr.<sup>163</sup> vislumbra-o como o princípio reitor do processo penal, sendo que se podem constatar os predicados de um sistema processual por meio da análise do grau de respeito e eficácia na aplicação da *presunção de inocência*.

O acórdão “Winship” (397 U.S. 358 - 1970) concretiza a ideia de presunção de inocência no ordenamento jurídico norte-americano, utilizando-se da argumentação de que, em sede do procedimento penal, a culpabilidade deve ser demonstrada por meio de uma prova que “*vá além da dúvida razoável*”, uma vez que o processo penal desde o seu início já acarreta a estigmatização do acusado. Em passagem desse caso, o conceito de “*prova além do razoável*” é colocado no patamar de garantias constitucionais:

A demanda por um maior grau de persuasão em casos criminais foi recorrentemente expressa desde os tempos antigos, (embora) a sua cristalização na fórmula "para além de qualquer dúvida razoável" parece ter ocorrido tão tarde quanto 1798. Aceita-se agora em jurisdições de direito comum como medida de persuasão, através da qual a acusação deve convencer o julgador de todos os elementos essenciais da culpa. [...]

Em suma, a salvaguarda constitucional da prova além de dúvida razoável é tão necessária na fase contenciosa de um processo criminal como são as garantias constitucionais aplicadas por Gault – aviso de encargos, o direito a um advogado, os direitos de confronto e análise, e os privilégios contra a auto-incriminação.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> Art. 9º - Tout homme étant presume innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”

<sup>162</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 379.

<sup>163</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. v. 1, p. 178.

<sup>164</sup> Assim livremente traduzido o texto, *verbis*: The 'demand for a higher degree of persuasion in criminal cases was recurrently expressed from ancient times, (though) its crystallization into the formula 'beyond a reasonable doubt' seems to have occurred as late as 1798. It is now accepted in common law jurisdictions as the measure of persuasion by which the prosecution must convince the trier of all the essential elements of guilt. [...] In sum, the constitutional safeguard of proof beyond a reasonable doubt is as much required during the adjudicatory stage of a delinquency proceeding as are those constitutional safeguards applied in Gault-notice of charges, right to counsel, the rights of confrontation and examination, and the privilege against self-incrimination.

O Pretório Excelso Brasileiro, igualmente, analisou questão relativa à prisão preventiva em que se fez presente o conceito de “dúvida razoável”. No HC n.º 95.003-5<sup>165</sup> MG, o paciente buscava o relaxamento da prisão preventiva, argumentando que à época do fato delituoso se encontrava recolhido ao Centro de Remanejamento de Sistema Penal de Belo Horizonte, havendo, assim, dúvida considerável a respeito da autoria do delito. Essa tese foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme excerto do voto do eminente Min. Cezar Peluso:

Ora, neste caso, **a dúvida não pode ser suportada pelo réu**. Como decorrência própria da interação entre os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, **não é possível manter-se-lhe a prisão, se há dúvida significativa em relação aos indícios de autoria**. E é tanto menos lícito servir-se da impossibilidade de confronto de provas em habeas corpus para deixar de reconhecer que, em casos tais, sua apreciação deve homenagem ao que dispõe o art. 5º, LVIII, da Constituição da República.<sup>166</sup> (Grifos com o original)

#### 2.2.4.1 Relação entre os princípios da Presunção de Inocência e da não autoincriminação

No que tange à relação entre os princípios supracitados, Maria Elizabeth Queijo entende que o direito à não autoincriminação decorre do princípio da presunção de inocência. Segundo a autora, caso o imputado se recuse a colaborar durante o processo penal, tal negativa de colaboração não deve ser interpretada de forma desfavorável em relação àquele, tendo em vista o respeito ao princípio da presunção de inocência<sup>167</sup>.

Aury Lopes Jr., por seu turno, ao discorrer acerca da dimensão interna da presunção de inocência, entende que esta é “*um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga de prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição*”<sup>168</sup>. Nessa

<sup>165</sup> EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Indícios de autoria. Dúvida razoável. Provas contraditórias. Depoimento de testemunha contrariado por documentos oficiais de que o réu, na data do fato, se encontrava preso. Impossibilidade de subsistência da prisão cautelar. HC concedido. Aplicação do art. 312 do CPP. Se há séria dúvida, resultante de contradição entre provas pré-constituídas, sobre a autoria do fato imputado ao réu, não se lhe justifica decretação ou subsistência de prisão preventiva. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 95003-MG. Segunda Turma, Relator: Min. Cezar Peluso, Julgamento em 23/09/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010).

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 78.

<sup>168</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. v. 1, p. 182.

passagem, o autor relaciona três princípios processuais penais, sendo que a presunção de inocência engloba a ampla defesa (autodefesa), bem como o próprio *nemo tenetur se detegere*.

Marcelo Schirmer Albuquerque, em contrapartida, mostra-se discordante acerca da teoria de que a presunção de inocência assegure de forma incontestada o princípio da não autoincriminação, haja vista que essa dinâmica mitigaria, de forma contundente, o princípio do contraditório no que tange ao direito de ação. O autor traça um paralelo entre a presunção de inocência e o princípio do contraditório para justificar a dificuldade de encontrar um meio termo na relação entre esses princípios:

Portanto, se o princípio da presunção de inocência pode conduzir à precipitada conclusão de que a inatividade do sujeito passivo lhe é sempre facultada, enquanto estratégia defensiva, o princípio do contraditório está a sugerir exatamente o contrário, pois, ao consagrar a liberdade probatória, impõe ao acusado o dever de, quando não atentatórias ao núcleo estrutural de seus direitos fundamentais, participar de atividades orientadas no sentido de formar o convencimento do julgador (mesmo se requeridas pela acusação) ou de suportar conseqüências processuais negativas de sua recusa.<sup>169</sup>

De acordo com a lição ortodoxa supracitada, conceder aplicabilidade absoluta ao princípio da não autoincriminação, decorrente da presunção de inocência, obstaculizaria a atividade probatória estatal, demonstrando que essa teoria deve ser analisada com restrições, tendo em vista a posição hipossuficiente do imputado em relação ao Estado Punitivo. Além disso, deve ser resguardado o respeito à dignidade da pessoa humana em relação ao investigado, haja vista o caráter estigmatizante que a investigação penal e, consecutiva, ação penal promovem.

---

<sup>169</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 57.

### 3 DAS PROVAS E DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO

#### 3.1 PROVAS COM INTERVENÇÃO CORPORAL

Conforme analisado anteriormente, o direito constitucionalmente previsto não diz respeito somente à garantia ao silêncio, mas também um direito a não ser compelido a realizar prova contra si. Com os progressos da ciência, “*não é apenas pelas suas declarações (tomado o termo em seu sentido estrito) que uma pessoa pode se auto-incriminar*”<sup>170</sup>.

Enquanto a aplicação do *nemo tenetur se detegere* em relação ao interrogatório mostra-se pacificada, em que pese alguns debates acerca de sua valoração, a sua aplicação no que tange às provas que demandem cooperação do agente passivo é motivo de grande controvérsia<sup>171</sup> em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais<sup>172</sup>. Caracteriza-se novamente o embate, no ponto em discussão, entre o interesse público (direito à vida e à segurança viária) e o interesse individual (respeito aos direitos fundamentais), sendo que tal contraposição no processo penal deve ser considerado somente de forma aparente:

Ao pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à do interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acrescenta, ainda, o mencionado autor que se acentua um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, dando lugar à errônea suposição de que se trata de um interesse desvinculado dos interesses das partes que integram.<sup>173</sup>

Os direitos e as garantias do investigado devem estar abrangidos na eficácia do processo penal, sendo que o *nemo tenetur se detegere* não deve conter efeitos ilimitados, sob pena de impossibilitar a efetiva persecução penal, tornando-a inócua; por outro lado, mostra-se inaceitável o extermínio dessa garantia, pois estar-se-ia institucionalizando a perpétua obrigação do imputado em cooperar na produção probatória<sup>174</sup>.

Desta forma, a harmonização desse conflito aparente mostra-se fundamental para a garantia do bem comum da sociedade, tendo em vista que ambos constituem interesses

<sup>170</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 148.

<sup>171</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 241.

<sup>172</sup> COUCEIRO, op. cit., p. 353-355.

<sup>173</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, cit., p. 57 *apud* QUEIJO, op. cit., p. 243

<sup>174</sup> QUEIJO, op. cit., p. 244.

públicos<sup>175</sup>. Assim, será cada vez mais essencial a busca proporcional da aplicação de ambas as esferas de direito, seja no caso das provas invasivas, seja no das não-invasivas, ambas a serem analisadas nos tópicos subsequentes.

### 3.1.1 Provas Invasivas

Conceituam-se como provas invasivas aquelas que acarretam ingerências corpóreas no acusado, ou seja, que intervenha no corpo humano, “*por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não*”<sup>176</sup>. Dentre as perícias invasivas encontram-se os exames de sangue em geral, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia, o exame de reto, dentre outras<sup>177</sup>.

Dentre as finalidades dos exames de sangue encontram-se a identificação ou a exclusão da autoria do delito por meio da análise do DNA<sup>178</sup>, a verificação de presença de entorpecentes no organismo e da comprovação da embriaguez alcoólica (dosagem alcoólica)<sup>179</sup>.

Há amplos debates no âmbito dos ordenamentos jurídicos contemporâneos em relação ao fornecimento de sangue à constatação de embriaguez na direção de veículo automotor, predominando o entendimento de que a negativa na cooperação pode ser valorada como delito<sup>180</sup>. No Brasil, por sua vez, a doutrina predominante não se coaduna com tal entendimento, haja vista que o imputado não pode ser constrangido a socorrer a acusação “*a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe*”<sup>181</sup>.

<sup>175</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 243.

<sup>176</sup> FELICIONI, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma, cit., p. 517 *apud* QUEIJO, op. cit., p. 245

<sup>177</sup> QUEIJO, op. cit., p. 245.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>180</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 355-356.

<sup>181</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Sistema de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 347.

### 3.1.2 Provas Não-invasivas

No que tange às provas não-invasivas, afirma-se que estas não importam intervenções com penetração corporal<sup>182</sup>. Dentre os exames classificados nessa categoria, podemos elencar o exame criminológico<sup>183</sup>, os exames fecais, os exames de DNA obtidos por meio de fios de cabelo e pelos; as análises de impressões digitais, dos pés, das unhas e as radiografias<sup>184</sup>.

A radiografia é utilizada para verificar a ingestão de entorpecentes no organismo do investigado, vulgarmente chamado de “mula”, acarretando sério risco de vida ao indivíduo que assumir tal conduta temerária<sup>185</sup>. Os exames de DNA realizados por meio da análise de fios de cabelo e pelos presentes no local do crime têm o condão de “*identificar o autor do delito ou afastar a autoria*”<sup>186</sup>, tendo preferência em relação às provas invasivas.

Após sucinto exame das provas invasivas e não-invasivas, passa-se a analisar no tópico seguinte o exame do etilômetro, que diz respeito às provas que dependam da cooperação do acusado.

### 3.1.3 Provas que dependem da cooperação do acusado

Apesar de não se efetuarem ingerências corporais do sujeito passivo, certas provas dependem da cooperação do acusado para que se atinja sua finalidade.

No que tange às provas que demandem cooperação ativa do suspeito, mas que não importem em intervenção corporal, mostra-se indispensável a aceitação daquele, com o

<sup>182</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 245-246.

<sup>183</sup> 4. O denominado exame criminológico é procedimento que não constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação **não-invasiva** da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevistas com técnicos ou especialistas, não produzindo qualquer ofensa física ou moral. Dessa forma, deve ser deixado ao Magistrado singular ou ao Tribunal Estadual, mais próximos da realidade dos fatos, a aferição da real necessidade desse tipo de avaliação técnica. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 105185 MC / SP**. Decisão da Presidência, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 20/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010).

<sup>184</sup> QUEIJO, op. cit., p. 251.

<sup>185</sup> “MULAS do tráfico” engolem droga embrulhada em película de carro. **G1: Globo.com**, 30 jul. 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1248201-5598,00.html>>. Acesso em: 28 set. de 2010.

<sup>186</sup> QUEIJO, op. cit., p. 251.

devido lembrete relativo ao *nemo tenetur se detegere*, anunciado “*previamente à realização da prova, livre e conscientemente e de modo expresse*”<sup>187</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da incidência do princípio em casos que demandem participação ativa do sujeito passivo. Dentre eles podemos citar a não-obrigação de fornecer padrões gráficos do próprio punho para exames periciais que possam depor contra o paciente<sup>188</sup> e de participar de reconstituição de crime<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 365

<sup>188</sup> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDEIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. **Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.** Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 77.135/SP. Primeira Turma, Relator: Min. Ilmar Galvão, Julgamento em. 08/09/1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010).

<sup>189</sup> EMENTA: HABEAS CORPUS - JÚRI - RECONSTITUIÇÃO DO CRIME - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA A RECONSTITUIÇÃO DO DELITO - PACIENTE QUE SE RECUSA A PARTICIPAR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - INOCORRENCIA - PRISÃO CAUTELAR - INSTITUTO COMPATIVEL COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5., LVII) - CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - MERA FACULDADE JUDICIAL - ORDEM DENEGADA. - A RECONSTITUIÇÃO DO CRIME CONFIGURA ATO DE CARÁTER ESSENCIALMENTE PROBATÓRIO, POIS DESTINA-SE - PELA REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS - A DEMONSTRAR O MODUS FACIENDI DE PRÁTICA DELITUOSA (CPP, ART. 7.). **O SUPOSTO AUTOR DO ILÍCITO PENAL NÃO PODE SER COMPELIDO, SOB PENA DE CARACTERIZAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, A PARTICIPAR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DO FATO DELITUOSO. O MAGISTERIO DOUTRINÁRIO, ATENTO AO PRINCÍPIO QUE CONCEDE A QUALQUER INDICIADO OU RÉU O PRIVILEGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO, RESSALTA A CIRCUNSTÂNCIA DE QUE É ESSENCIALMENTE VOLUNTÁRIA A PARTICIPAÇÃO DO IMPUTADO NO ATO - PROVIDO DE INDISCUTÍVEL EFICÁCIA PROBATÓRIA** – [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 69.026/DF. Primeira Turma, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento em. 10/12/1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010).

EMENTA: **RECONSTITUIÇÃO DE CRIME (REPRODUÇÃO SIMULADA DE DELITO DE HOMICÍDIO) (ART. 7. DO C.P.PENAL). DILIGÊNCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFERIDA PELO JUIZ, NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL, E A CUJA REALIZAÇÃO OS INDICIADOS SE TERIAM NEGADO A COMPARECER. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE APENAS NESTA RECUSA DOS INDICIADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO PARA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, COMO DECRETADA, SEM PREJUÍZO DE EVENTUAL DECRETAÇÃO DE OUTRA, SE CARACTERIZADA QUALQUER DAS SITUAÇÕES DO ART. 312 DO C.P.P. E COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7., 260 E 312 DO C.P.P.. SE A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES FOI DECRETADA APENAS E TÃO-SOMENTE PORQUE NÃO SE TERIAM DISPOSTO A PARTICIPAR DA DILIGÊNCIA DE REPRODUÇÃO SIMULADA DO DELITO**

### 3.1.3.1 Previsão Legal

A previsão legal é requisito de legitimidade para que a prova de cunho interventivo corporal ou a que dependa de cooperação do acusado possa ser valorada pelo juiz<sup>190</sup>.

Antes que uma restrição possa efetivamente recair sobre o exercício de direito, ela deve estar contemplada previamente em norma legal<sup>191</sup>. Sem a respectiva previsão legal, a mitigação não poderia ocorrer por meio judicial, uma vez que não está na alçada do judiciário sacrificar direito fundamental perante qualquer interesse, por mais proeminente que ele seja<sup>192</sup>.

Ao magistrado apenas é possível impor sacrifícios a um direito fundamental quando há outro direito previamente estabelecido. O princípio da legalidade exige a tipificação prévia em relação a possíveis intervenções na esfera dos direitos fundamentais<sup>193</sup>.

### 3.1.4 O Etilômetro como meio de prova

O processo de dosagem alcoólica do “bafômetro” fundamenta-se na premissa de que a substância se dissemina entre o sangue e o ar alveolar, nos termos da Lei de Henry<sup>194</sup>. Delton Croce e Delton Croce Júnior descrevem e analisam o exame do bafômetro e os seus desdobramentos no seu Manual de Medicina Legal, 6ª Edição Revista:

O bafômetro utiliza o ar expirado que, num pequeno balão de borracha contendo ácido sulfúrico e permanganato de potássio, oxida o álcool, se existente nos pulmões, da reação álcool-bióxido de carbono resultando o descoloramento do permanganato de potássio.<sup>195</sup>

---

DE HOMICÍDIO (RECONSTITUIÇÃO DO CRIME), FICOU CARACTERIZADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL REPARAVEL COM 'HABEAS CORPUS'. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n.º 64.354/SP**. Tribunal Pleno, Relator: Min. Sydney Sanches, Julgamento em. 01/07/1987. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010) (Grifos com o original).

<sup>190</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 361.

<sup>191</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 48-49.

<sup>192</sup> USERA, Raúl Canosa. **El Derecho a la integridad personal**. Valladolid: Lex Nova, 2006. p. 237.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 237.

<sup>194</sup> BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**. 7. ed. Método: São Paulo, 2009. p. 189.

<sup>195</sup> CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 98-99.

Posteriormente, os autores discorrem acerca da equivalência entre a concentração de álcool no sangue e a concentração de álcool no ar alveolar, bem como sobre algumas ressalvas acerca do aparelho de ar alveolar pulmonar:

Perante a estreita correlação entre a concentração de álcool no ar alveolar e no sangue circulante, está cientificamente demonstrada a eficiência do bafômetro na constatação da embriaguez (JTACrimSP, 59:352), salvo se o indivíduo vinha utilizando medicamentos de odor no hálito comparável ao álcool ou substância de efeitos inebriantes, que conferem, nesta espécie de exame, coloração positiva.<sup>196</sup>

### 3.1.4.1 Questões Preliminares sobre o Ordenamento Jurídico no que Tange à Regulamentação do Sistema Viário

Após prestigiar a conceituação da garantia *Nemo tenetur se detegere* e avaliar a prova do etilômetro propriamente dita, faz-se necessário analisar a penalidade administrativa por dirigir veículo automotor sob influência de álcool ou outra droga que acarrete dependência (art. 165 do CTB<sup>197</sup>) e o delito de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB). Somado a isto, inicialmente, será necessário citar o conceito de trânsito no Direito Brasileiro, o qual se encontra no art. 1º, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997)<sup>198</sup>.

O artigo 1º do Código de Trânsito Brasileiro<sup>199</sup> denota o direito a um trânsito em condições seguras para todos os indivíduos, sendo dever dos órgãos e das entidades constantes do Sistema Nacional de Trânsito assegurá-lo. A Carta Constitucional dispõe

<sup>196</sup> CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 98-99.

<sup>197</sup> CTB, Art. 165. **Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:** (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)  
Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)  
Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)  
Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)  
Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277. (BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010).

<sup>198</sup> CTB, Art. 1º, § 1º: “O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se, por este Código.  
Considera-se **trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.**” (Ibidem).

<sup>199</sup> CTB, Art. 1º, § 2º **O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.**”(Ibidem).

expressamente em seu art. 23, XII, acerca da competência comum da União, Estados e Municípios para “*estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito*”.

A condução de veículo automotor é uma licença estatal, não se enquadrando no conceito de direito incondicionado<sup>200</sup>, uma vez que para a obtenção da habilitação é necessária a realização de exames psicotécnicos, de saúde, teóricos e práticos, sendo necessária, também, a presença dos requisitos predispostos no art. 140 do CTB<sup>201</sup>. Tal concessão inclusive não estaria contemplada no direito de ir e vir.

Neste sentido, em Habeas Corpus Preventivo interposto com o intuito de o paciente não ser compelido a realizar os exames de aferimento alcoólico, o Min. Gilmar Mendes assim concluiu:

[...] este pedido de concessão de *habeas corpus* não revela constrangimento ilegal, considerado o direito de ir e vir do paciente. As razões do pleito revelam-se meras ilações, sem concretude patente. O objetivo de se ter em favor próprio salvo-conduto para não se submeter a qualquer exame destinado a verificar o percentual de álcool no sangue não objetiva salvaguardar a sua liberdade de locomoção propriamente dita.<sup>202</sup>

Cabe citar incidentalmente que o mérito acerca da constitucionalidade da Lei nº 11.705/2008 é objeto da ADI nº 4103, especificamente, em relação aos seus artigos 2º, 4º e 5º, incisos III, IV e VIII.

<sup>200</sup> FLORIANO, Eduardo de Souza. A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool -. sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela autoridade policial?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1976, 28 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12024>>. Acesso em: 18 set. 2010.

<sup>201</sup> CTB, Art. 140. A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos:

I - ser penalmente imputável;

II - saber ler e escrever;

III - possuir Carteira de Identidade ou equivalente.

Parágrafo único. As informações do candidato à habilitação serão cadastradas no RENACH. (BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010).

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 103998/SP**. Primeira Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 28/05/2010, DJe nº 02/06/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

### 3.1.4.2 Evolução da Penalidade Administrativa de Dirigir Veículo Automotor sob Influência de Álcool (Art. 165 do CTB) e do Delito de Embriaguez ao Volante (Art. 306 do CTB)

Quando da entrada em vigor da Lei 9.503/97, a penalidade administrativa de direção sob influência de álcool (art. 165 do CTB) possuía redação análoga ao delito tipificado atualmente no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ou seja, estipulava o limite de 06 dg/L de álcool por litro de sangue, caracterizando-se a penalidade administrativa ao condutor que apresentasse concentração superior ao limite legal<sup>203</sup>.

Há que se citar, incidentalmente, o artigo 276 da redação original do Código de Trânsito Brasileiro, o qual dispunha que estando com concentração superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue o condutor estaria impedido de dirigir veículo automotor.

Por outro turno, no que tange ao Crime de Embriaguez ao Volante, ao tempo da elaboração do projeto do Código de Trânsito Brasileiro, havia dois posicionamentos em relação ao Código de Trânsito<sup>204</sup>.

Enquanto uma vertente sustentava que para a caracterização do delito de embriaguez ao volante, além da direção irregular, o condutor deveria apresentar concentração superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; diversa corrente defendia a tese de que estaria caracterizado o crime quando da ocorrência de direção anômala após ingerir bebida alcoólica, sem estipulação de limite legal<sup>205</sup>.

O Código de Trânsito acabou por optar pela posição em que o tipo penal exige que o motorista conduza o veículo de forma anormal, sob qualquer influência alcoólica, sem limite de dosagem alcoólica. Assim, o condutor que dirigisse de forma irregular, estando sob qualquer “influência alcoólica”, cometia o injusto de embriaguez ao volante:

<sup>203</sup> CTB, Art. 165. **Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue**, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

**INFRAÇÃO: Gravíssima.**

**PENALIDADE:** Multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir.

**MEDIDA ADMINISTRATIVA:** Retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277. (BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010).

<sup>204</sup> JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito:** anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/1997). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158

<sup>205</sup> Ibidem, p. 158

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.<sup>206</sup>

Desse modo, caso o motorista conduzisse veículo automotor corretamente e com concentração maior que o permitido legalmente, este estaria cometendo apenas infração administrativa, uma vez que o elemento essencial do tipo penal era expor “*a dano potencial a incolumidade de outrem*”.

Confrontando os artigos relativos à infração administrativa (art. 165, CTB) e o injusto penal (art. 306, CTB), observa-se certa incoerência no tratamento aos dois eventos na redação original do Código de Trânsito Brasileiro.

Tal contradição decorre da hipótese de um condutor estar “*com 6,1 decigramas de álcool por litro de sangue, dirigindo seu veículo regularmente, respondia pela infração administrativa, mas não pelo crime*”<sup>207</sup>; por outro lado, em diversa situação, apesar de apresentar cinco decigramas, mas pilotando-o de forma anormal, cometeria o delito, contudo não estaria sujeito a infração administrativa (art. 165, CTB).

### 3.1.4.3 Comprovação do Teor Alcoólico

No que tange à comprovação do teor alcoólico apresentado pelo condutor, a redação original do artigo 277 do CTB, tendo em vista a crescente estatística de acidentes de trânsito, apresentava certa mitigação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme a seguir demonstrado:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, **será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.** (Grifos com o original)

<sup>206</sup> BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

<sup>207</sup> JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito:** anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/1997). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 159.

A exegese do artigo supracitado conduziria ao entendimento de que o condutor, obrigatoriamente, teria como única opção proceder ao exame do etilômetro ou se submeter a exame de sangue, mesmo contra sua vontade<sup>208</sup>.

### 3.1.5 Advento da Lei nº 11.275/2006

A fim de sanar tal incongruência, bem como evitar que o indivíduo fosse constrangido a depor contra si mesmo em relação aos exames de alcoolemia, foi elaborada a Lei nº 11.275/2006, que alterou o art. 165 e art. 277 do CTB:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica

[...]

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

§ 2º No caso de **recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia** previstos no caput deste artigo, **a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.** (NR)<sup>209</sup> (Grifos com o original)

A alteração do art. 165 concretizou o entendimento de que para a ocorrência de infração administrativa, não mais se mostrava imperioso que o condutor apresentasse mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue, bastando que conduzisse o veículo automotor “sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

<sup>208</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. A presunção de inocência e a “Lei Seca”. **Carta Forense**, segunda-feira, 4 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=2136>>. Acesso em: 29 set. 2010.

<sup>209</sup> BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

Além disso, tal lei, do ponto de vista jurídico, uniu fiscalização com a proteção à intimidade do cidadão, haja vista que a recusa aos exames necessários, a embriaguez poderia ser comprovada por outras provas em direito admitidas, conforme redação do art. 277<sup>210</sup>.

Do ponto de vista prático, no entanto, a eficácia em relação à prevenção de acidentes de trânsito com mortes continuou demonstrando-se ineficaz. Essa ineficiência proveio da ausência de fiscalização do aparato estatal, o que garantia sentimento de impunidade junto aos condutores, elevando, assim, sua despreocupação com o ato de dirigir sob influência de álcool.

### 3.2 CARACTERÍSTICAS E CONSEQUÊNCIAS DA LEI Nº 11.705/2008

Na tentativa de conter tal mortalidade no trânsito, o poder público alterou o delito de Embriaguez ao Volante (Art. 306, do CTB) por meio da Lei nº 11.705/2008, que será abordada nos itens seguintes.

#### 3.2.1 Exposição de motivos

O embrião da Lei nº 11.705/2008 encontra-se inserido na Medida Provisória nº 415/2008 que, posteriormente, foi convertida naquela. A exposição de motivos da respectiva Medida Provisória ressalta o caráter nefasto da combinação entre ingestão de álcool e condução de veículo automotor<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. A presunção de inocência e a “Lei Seca”. **Carta Forense**, segunda-feira, 4 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=2136>>. Acesso em: 29 set. 2010.

<sup>211</sup> “5. Vale frisar que os problemas relacionados ao consumo excessivo de bebidas alcoólicas não se limitam às populações vulneráveis e indicam associação com os índices de morbidade e mortalidade da população geral. **Em 2004, 35.674 pessoas morreram em decorrência de acidentes de trânsito no Brasil (Ministério da Saúde, 2006).**

6. Outro ponto importante é a **Pesquisa realizada em 1998 por iniciativa da Associação Brasileira de Departamentos de Trânsito - Abdetrans em quatro capitais brasileiras - Salvador, Recife, Brasília e Curitiba - a qual apontou que entre as 865 vítimas de acidentes, quase um terço (27,2%), apresentou taxa de alcoolemia superior a de 0,6 g/l, índice limite definido pelo Código de Trânsito Brasileiro.**  
[...]

9. A urgência desse projeto se dá em razão do alto índice de consumo do álcool, que causa anualmente 1,8 milhão de mortes no mundo. Além disso, os **gastos em procedimentos hospitalares de internações**

Entre o ano de 2000 e o de 2007 houve um aumento de 8.412 óbitos relacionados a mortes no trânsito<sup>212</sup>, saltando de 28.995 em 2000 para 37.407 óbitos no ano de 2007<sup>213</sup>. Ressalta-se que, nessas estatísticas não está contabilizado o número de feridos que adquiriram alguma invalidez permanente em decorrência do sinistro viário.

O crescente aumento de mortes relacionadas a acidentes de trânsito também é retratado no *Global Status Report on Road Safety (Time For Action)*<sup>214</sup>, de autoria da Organização Mundial da Saúde, no qual realizou-se uma estimativa comparativa em relação às maiores causas de mortalidade no mundo entre o ano de 2004 e o de 2030. Mantendo-se a situação atual, as mortes conexas a incidentes de trânsito saltaria da nona para a quinta maior causa de mortalidade mundial<sup>215</sup>.

### 3.2.2 Natureza do Delito de Embriaguez ao Volante

O incurso de Embriaguez ao Volante (Art. 306, CTB), conforme analisado anteriormente, caracterizava-se pela condução de veículo automotor em via pública “*sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*”.

Todavia, a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 11.705/2008, tal artigo passou a ter a seguinte redação “**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”.

A natureza desse crime é largamente discutida na doutrina e jurisprudência, motivo por que será analisada nos tópicos seguintes, pontualmente em relação a cada entendimento.

---

**relacionadas ao uso de álcool e outras drogas, bem como de acidentes automobilísticos decorrentes do uso de álcool, vêm aumentando sobremaneira, trazendo graves consequências para elaboração e implantação de políticas públicas nessa área.”**

<sup>212</sup> MORAIS NETO, Otaliba Libânio. **A década de ações para segurança no trânsito**. Curitiba, 08 mar. 2010. Disponível em: <<http://viverseguronotransito.org.br/blog/wp-content/uploads/2010/03/Otaliba-Libanio.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2010. p. 06.

<sup>213</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel de indicadores do SUS**, v. 3, n. 7, 2010. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel\\_de\\_indicadores\\_7\\_final.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel_de_indicadores_7_final.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2010. p. 71

<sup>214</sup> **GLOBAL status report on road safety: time for action**. Genebra: World Health Organization, 2009. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563840\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563840_eng.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2010.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 10

### 3.2.2.1 Perigo concreto

Nesse entendimento, para caracterizar-se o delito, não basta que se conduza veículo em via pública em estado ébrio, faz-se necessário que o sujeito exponha “realmente a segurança de alguém a sério e efetivo perigo de dano, que deve ser demonstrado caso a caso”<sup>216</sup>, ou seja, “Só há o crime se ficar provado que houve perigo para terceiros [...]”<sup>217</sup>. O Superior Tribunal de Justiça já havia demonstrado tal posicionamento sob o prisma da velha redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro<sup>218</sup>.

Sobrevinda a alteração do referido artigo, essa interpretação não há mais como ser mantida, pois extinta a passagem legal que a sustentava. Todavia, recente decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede de *Habeas Corpus* considerou inepta denúncia sob a tese de que não bastava unicamente o exame objetivo de concentração alcoólica, sendo necessária, igualmente, prova de que o condutor estivesse dirigindo de forma anormal, ou seja, impondo um perigo ao bem jurídico tutelado (segurança viária)<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito** (Lei nº 9.503/1997). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168

<sup>217</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>218</sup> PENAL. RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO CONCRETO. POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA 07/STJ.

I - **O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva.** In casu, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual impõe-se a absolvição do réu-recorrente (Precedente).

II - A análise de matéria que importa em reexame de prova não pode ser objeto de apelo extremo, em face da vedação contida na Súmula 7 – STJ (Precedente).

Recurso desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 608.078/RS**. Quinta Turma, Relator: Min. Felix Fischer, Julgamento em 23/06/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2010).

<sup>219</sup> HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE ATIPIA DA CONDUTA. ART.306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. A denúncia afirma que o paciente foi parado por uma blitz da denominada "Lei Seca" e que, submetido ao teste com o etilômetro, ficou comprovado que ele conduzia veículo automotor na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas, visto que o referido aparelho registrou concentração superior a 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido de seus pulmões, mais precisamente 0,36mg/l. A denúncia concebida nestes termos é absolutamente inepta por não descrever o comportamento fático caracterizador da denominada direção anormal, sendo tal descrição elemento indispensável para que se possa falar em ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, qual seja, a segurança viária. [...] Enfim, o que se exige, na feliz citação do prof. Luiz Flávio Gomes, é o condutor anormal mais a condução anormal. Admitir-se que o simples fato do condutor estar com concentração de álcool proibida no sangue que isto venha a ser prova de perigo concreto, ou seja, de uma presunção absoluta de condução anormal do veículo, é atentar contra o princípio constitucional da ofensividade. **O direito administrativo, que admite o perigo abstrato, não pode ser confundido com o direito penal, já agora com este constitucionalizado, onde, por força do inciso I, do art. 98, da Constituição Federal, se exige, em qualquer infração penal, a existência de uma ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado.** [...] No entanto, a peça exordial apenas afirma ter o paciente ingerido álcool e mais nada, o que constitui, na forma como está a imputação, apenas uma infração administrativa. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA para declarar inepta a denúncia, sem prejuízo que outra seja ofertada. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de

### 3.2.2.2 Crime de lesão e mera conduta

Damásio E. Jesus filia-se a essa corrente. O autor assevera que não se trata de perigo concreto nem abstrato, mas sim de um simples perigo, pela razão de que a conduta delituosa é dirigida contra a segurança coletiva, bastando que o condutor maneje “veículo automotor em via pública, de forma anormal, sob a influência do álcool”<sup>220</sup>.

Tal entendimento também foi mitigado pela entrada em vigor do novo artigo 306 do CTB que suprimiu a passagem “sob a influência de álcool”, entretanto considera-se adequado que continue a ser aplicado nos casos que provêm da ingestão de outras substâncias inebriantes, haja vista que o texto legal faz referência expressa ao termo “sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

### 3.2.2.3 Perigo abstrato ou presumido

Tal injusto penal verifica-se nos eventos em que a periculosidade típica da conduta, por si só, já é motivo para a sua penalização, “*independentemente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido*”<sup>221</sup>.

Conforme se observa da estrita exegese do artigo, a lei não enseja margem para outra interpretação que não a de perigo abstrato, pois quando o condutor de veículo automotor apresenta concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas, incide no tipo penal incriminador. Não é diferente a legislação espanhola, conforme doutrina de Rosário de Vicente Martínez (o inciso II do artigo 379 do Código Penal Espanhol<sup>222</sup>, a

---

Justiça. *Habeas Corpus* nº 2009.059.08115. Relator: Des. Gilmar Augusto Teixeira, Julgamento em 18/11/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/consultas/consultas.jsp#>>. Acesso em: 20 set. 2010).

<sup>220</sup> JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito**: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/1997). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169

<sup>221</sup> ROXIN, Klaus. *Strafrecht*, 1997, §10, n. 122-123, p. 281 **apud** SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 112

<sup>222</sup> “En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0.60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”. (ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**. Del Código Penal. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.l2t17.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t17.html)>. Acesso em: 20 set. 2010).

semelhança do nosso artigo 306 do Código de Trânsito, prevê uma taxa de concentração de álcool no condutor para a incidência do delito de embriaguez ao volante)<sup>223</sup>.

O doutrinador Damásio E. Jesus discorda acerca da admissibilidade do perigo abstrato em nossa legislação, asseverando que “*a adoção de crimes de perigo abstrato não se mostra adequada ao moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade*”<sup>224</sup>, constituindo num “*absurdo, uma vez que ninguém pode ser culpado pelo que não fez*”<sup>225</sup>.

Baliza seu entendimento citando o princípio da responsabilidade penal pessoal, previsto nos incisos II, XL, XLV, XLVI, artigo 5º da Constituição Federal, e também o princípio do estado de inocência, preconizado no inciso LVII, do art. 5º, da Carta Federal, que não se harmoniza com a presunção legal do perigo abstrato<sup>226</sup>. Em que pesem tais críticas, o critério adotado pela lei é o de crime abstrato, posição que se coaduna com o pensamento atual do Tribunal de Justiça Gaúcho<sup>227</sup>.

<sup>223</sup> Neste sentido, “Se trata de un delito de peligro abstracto o potencial, en el que la conducción con la tasa de alcohol constituye un peligro abstracto para la seguridad vial. (...) la conducción ética se debe a que, como ha reiterado la doctrina penal mayoritaria en numerosas ocasiones, no puede haber un simple ilícito formal o de desobediencia a la ley para considerar una conducta como delito, sino que tiene que haber como mínimo peligro abstracto, no ya concreto, ni mucho menos lesión, pero al menos un peligro abstracto con un mínimo de peligrosidad real de la conducta para bienes jurídicos, eso es, por otro lado, lo que diferencia cualitativamente y no sólo cuantitativamente al ilícito penal del ilícito administrativo”. (MARTÍNES, Rosario de Vicente. **Derecho Penal de la circulación**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2008. p. 536).

<sup>224</sup> JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito**: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/1997). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 4-5.

<sup>227</sup> APELAÇÃO-CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONDENAÇÃO EMITIDA EM PRIMEIRO GRAU. APELO DEFENSIVO VISANDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO. INADMISSIBILIDADE. Diante da existência de teste realizado com o etilômetro indicando que o recorrente conduzia veículo automotor com concentração de 0,73mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, corroborado pelas suas declarações, de que havia ingerido quatro ou cinco latinhas de cerveja algumas horas antes de ser abordado pelos policiais, e ainda, aos depoimentos oferecidos pelos agentes da lei, de que ao abordarem o imputado já constataram que ele estava embriagado, pelas suas atitudes, não há que se falar em insuficiência probatória. Por outro lado, apesar de o combativo defensor alegar ausência de perigo concreto na conduta em estudo, como referido em suas próprias razões, **a Lei 11.705/2008, que alterou a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, retirou a necessidade de que a incolumidade de outrem seja exposta a dano potencial, transformando o delito em comento em crime de perigo abstrato.** APENAMENTO. REDUÇÃO DO PRAZO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. No que toca ao castigo de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, estipulado em oito meses - mesmo patamar da pena detentiva, como não houve fundamentação para a exasperação do mínimo legal, amortizo-lhe para o menor patamar permitido - dois meses. Apelo parcialmente provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70036378131**. Primeira Câmara Criminal, Relator: Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 11/08/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010) Sem grifos no original.

### 3.2.3 Limitação dos Meios de Prova para Comprovar o Estado de Embriaguez

A alteração efetuada pela Lei nº 11.705/2008, no afã de diminuir o elevado índice de mortes no trânsito, acabou por limitar os meios de prova aptos a comprovar o fato típico do injusto de embriaguez ao volante, qual seja, a medida objetiva da concentração de álcool por litro de sangue<sup>228</sup>.

A disposição acerca dos meios aptos a atestar o estado de embriaguez, bem como a equivalência entre estes, ficou a cargo do Poder Executivo, conforme se constata da leitura do parágrafo único do artigo 306. Restaram regulamentados, assim, dois exames aptos a medir a concentração alcoólica no sangue, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.488/2008:

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.

Respectiva restrição do número de provas possíveis mostra-se exacerbada, uma vez que devido à taxatividade do artigo legal não há possibilidade de se comprovar a tipicidade da conduta por outros meios em direito admitidas, sob pena de macular o princípio da legalidade ou tipicidade. Tal situação será considerada no tópico seguinte, analisando-se julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

<sup>228</sup> CTB, 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: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

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). (BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010).

### 3.2.4 Impossibilidade do exame clínico substituir o exame do etilômetro

A possibilidade de substituição da falta do exame do etilômetro por exame clínico que ateste o estado de embriaguez do condutor não se mostra pacífica na jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça. Tal corte superior já decidiu pela possibilidade da referida substituição quando a comarca na qual ocorreu o fato não contar com o exame do etilômetro, baseando-se sua argumentação na hipótese do art. 167 do CPP<sup>229</sup>:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CTB. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL. COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ. EXAME DE ALCOOLEMIA NÃO REALIZADO POR AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTOS NA COMARCA. REALIZAÇÃO DE EXAME CLÍNICO.

I - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006). Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal.

**II - Para comprovação do crime do art. 306 do CTB, o exame de alcoolemia somente pode ser dispensado, nas hipóteses de impossibilidade de sua realização (ex: inexistência de equipamentos necessários na comarca ou recusa do acusado a se submeter ao exame), quando houver prova testemunhal ou exame clínico atestando indubitavelmente (prontamente perceptível) o estado de embriaguez. Nestas hipóteses, aplica-se o art. 167 do CPP.**

III - No caso concreto, o exame de alcoolemia não foi realizado por inexistência de equipamento apto na comarca, e não houve esclarecimento da razão pela qual não se fez o exame de sangue. Entretanto, foi realizado exame clínico. Desta forma, considerando que não houve a produção de prova em sentido contrário, é demasiadamente precipitado o trancamento da ação penal.<sup>230</sup> (Grifo com o original)

Em seu voto, o relator, Min. Felix Fischer argumentou, balizando-se em doutrina relativa à medicina legal, que da relação entre a concentração alcoólica no sangue e o estado de embriaguez:

<sup>229</sup> CPP, Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm)>. Acesso em: 20 set. 2010).

<sup>230</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 132.374/MS. Relator: Min. Felix Fischer, Julgamento em 06/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2010.

[...] é possível concluir que a hipótese do sujeito que está sob efeito do álcool em tal intensidade que a embriaguez seja perceptível até mesmo por testemunhas **somente ocorre quando a concentração de álcool por litro de sangue é maior que o limite estabelecido pela lei**. Desta forma, é de se admitir a aplicação do art. 167 nas hipóteses em que **não foi possível a realização do exame** indicando a concentração de álcool no sangue, **mas há outros tipos de prova (testemunhas ou exame clínico) atestando indubitavelmente que o réu estava sob efeito de álcool**. (Grifo com o original)

Sua conclusão pela denegação da ordem decorreu da impossibilidade da realização de exames, haja vista que não havia instrumento hábil na circunscrição, bem como não se esclareceu o motivo por que não fora realizado o exame sanguíneo. Afirmou, todavia, que restou demonstrado o estado de embriaguez por meio de exame clínico, motivo pelo qual não poderia trancar a ação penal de forma antecipada. Neste sentido já se manifestou a egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>231</sup>.

A principal objeção e alegação jurídica, todavia, acerca desse tópico é a ausência de justa causa, haja vista que a elementar de tipo do crime de embriaguez ao volante passou a ser a condução de veículo automotor sob concentração alcoólica superior a 06 dg/L de sangue e não apenas “estar sob influência de álcool”, conforme a redação anterior. A decisão supracitada recebeu críticas da doutrina, sob a alegação de que o julgado em comento não diz respeito à materialidade da conduta, mas sim à atipicidade da conduta<sup>232</sup>.

Em precedente datado de 27 de agosto de 2009, o eminente Ministro Eros Grau já decidira, em sede do HC 100.472/DF, acerca da impossibilidade de caracterizar-se a tipicidade do crime quando da não comprovação do teor alcoólico<sup>233</sup>. O trancamento da ação

<sup>231</sup> DENÚNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO. Se a peça inicial acusatória descreve um fato típico, ilícito e culpável, com base em informações do inquérito e discorrendo sobre um crime em tese, ela não pode ser rejeitada *in limine*. Não se pode falar em rejeição da denúncia, porque a prova que pretende produzir o Ministério Público é testemunhal e assim o é, porque o apelado não quis se submeter ao exame para a verificação da embriaguez alcoólica. Para hipóteses como a dos autos, a lei processual penal permite, como está requerendo o órgão acusador, a prova oral. E o faz em seu artigo 167 do Código de Processo Penal. Se a tese exposta na decisão for aceita, estar-se-á consagrando uma absurda exceção ao brocardo segundo o qual ninguém pode tirar vantagem de sua própria torpeza. Bastará o motorista se negar a ser tecnicamente examinado sobre a alcoolemia, para se beneficiar. DECISÃO: Apelo ministerial provido. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70028557676**, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Sylvio Baptista Neto, Julgamento em 10/02/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010).

<sup>232</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crime de embriaguez ao volante e ativismo punitivista do STJ (Parte 2)**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

<sup>233</sup> *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra ato monocrático consubstanciado em decisão, do STJ, que indeferiu pleito cautelar em idêntica via processual. O paciente, preso em flagrante sob a acusação da prática do crime tipificado no art. 306 do Código de Trânsito, foi posto em liberdade mediante o pagamento de fiança arbitrada em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). **Os impetrantes alegam que à configuração do mencionado delito é necessária a comprovação clínica da embriaguez, que se dá com a presença de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. Assim, não tendo havido essa comprovação, sua conduta seria atípica.** Requerem seja afastada a Súmula 691 desta

penal ocorreu sob o argumento de que a “[...] *imputação delituosa há de ser feita somente quando comprovado teor alcoólico igual ou superior ao previsto em lei*”. Não tendo sido realizado exame apto a comprovar a concentração de álcool no sangue, inexistiu satisfação da referida imputação delituosa, requisito imprescindível à configuração típica.

Nesse sentido, já decidiu a insigne Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da imprescindibilidade da concentração de álcool por litro de sangue, em voto da lavra do ilustre Des. Odone Sanguiné<sup>234</sup>.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça demonstrou entendimento neste sentido, criticando fundamentadamente as alterações efetuadas pela Lei nº 11.705/2008:

**HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.**

1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.

2. Entretanto, **com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial**, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. **A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas.**

---

Corte e concedida a liminar a fim de suspender a audiência destinada à proposta de transação penal, a ser realizada no dia 1º de setembro vindouro. É o relatório. Decido. O tipo previsto no art. 306 do CTB requer, para sua realização, concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue. Parece-me evidente **que a imputação delituosa há de ser feita somente quando comprovado teor alcoólico igual ou superior ao previsto em lei. Ora, não tendo sido realizado o teste do “bafômetro”, falta, obviamente, a certeza da satisfação desse requisito, necessário, repita-se, à configuração típica.** O *periculum in mora* resulta da possibilidade de a transação penal ser concretizada, com gravames para o paciente; se não for, a instauração de ação penal em situação passível de ser reconhecida a atipicidade justifica, igualmente, a concessão de liminar. Excepciono a regra da Súmula 691/STF e concedo a liminar, a fim de suspender a audiência designada para o dia 1º de setembro do corrente ano. Comunique-se a decisão ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e ao Juízo de Direito da Vara de Delitos de Trânsito de Brasília (fl. 96 do apenso). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 100.472/DF. Relator: Min. Eros Grau, Julgamento em 27/08/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 set. 2010) Sem grifos no original.

<sup>234</sup> **EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306, DO CTB. INEXISTÊNCIA DE PROVA TÉCNICA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. **A nova redação da Lei nº 9.503/97 restringiu a proibição contida no tipo do art. 306, do CTB, somente mantendo a incriminação da conduta de dirigir veículo automotor quando se comprove concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 decigramas, bem como passou a exigir a comprovação material de dita concentração de álcool.** Destarte, por ser mais benéfica, a nova redação deve ser aplicada inclusive a fatos anteriores. Assim, inexistindo prova técnica acerca do teor alcoólico no sangue do réu à época do fato, inviável a comprovação da materialidade do delito através de provas indiretas (exame clínico e prova testemunhal), sendo imperativa a rejeição da denúncia ou absolvição sumária. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime* nº 70036091213. Terceira Câmara Criminal, Relator: Des. Odone Sanguiné, Julgamento em 14/10/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Aceso em: 29 set. 2010).

3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.

4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. **O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.**

5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.

6. Ordem concedida.<sup>235</sup> (Grifo com o original)

Em decorrência do princípio da legalidade, comprova-se a inviabilidade da persecução penal em relação ao tipo penal do art. 306 quando não for possível efetuarem-se os testes de alcoolemia. Essa situação ampara-se no fundamento de que a analogia *in malam partem* formulada pelo juiz é proibida<sup>236</sup>, nos termos do art. 1º do Código Penal<sup>237</sup> e do art. 5º, inc. XXXIX, da Carta Magna<sup>238</sup>.

Corroborando com tal entendimento, em julgado proferido sob a luz da antiga redação do art. 306 do CTB, o Pretório Excelso concluiu que da ausência de exame de dosagem alcoólica por negação do suspeito em realizá-lo não conduziria à presunção de embriaguez. Poder-se-iam, entretanto, indicar outros elementos que comprovariam o estado etílico, garantindo assim uma amplitude de meios aptos a comprovar a embriaguez<sup>239</sup>.

<sup>235</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 166.377/SP. Relator: Min. Og Fernandes, Julgamento em 10/06/2010, Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2010.

<sup>236</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 22

<sup>237</sup> CP, Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Aceso em: 20 set. 2010).

<sup>238</sup> CF, Art. 5º, inc. XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2010).

<sup>239</sup> EMENTA: 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. 2. Descrevendo a denúncia que o acusado estava "na condução de veículo automotor, dirigindo em alta velocidade" e "veio a colidir na traseira do veículo" das vítimas, sendo que quatro pessoas ficaram feridas e outra "faleceu em decorrência do acidente automobilístico", e havendo, ainda, a indicação da data, do horário e do local dos fatos, há, indubitavelmente, a descrição de fatos que configuram, em tese, crimes. 3. Ordem denegada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 93.916/PA. Primeira Turma, Relator: Min. Cármen Lúcia, Julgamento em. 10/06/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010). Sem grifos no original.

### 3.2.5 Retroatividade Mais Benéfica

A tipificação criminal implementada pela Lei 11.705/2008, utilizando-se de critério estritamente objetivo implementou, ainda, uma consequência nefasta ao ordenamento jurídico, mormente à segurança jurídica da atuação estatal na apuração dos crimes pretéritos de embriaguez ao volante.

Muitos indivíduos que respondiam a processo penal por dirigir embriagados antes do advento da Lei Seca foram beneficiados largamente por tal norma, dita de tolerância zero. Tais réus que não se submeteram a provas de aferimento de alcoolemia ou que possuíam concentração inferior à taxa de 06 dg/L de álcool por litro à época da lei anterior, ficaram imunes à persecução penal, em que estivessem conduzindo o veículo de forma anormal.

O *Abolitio Criminis* é latente, uma vez que ao não estarem comprovados os 6 decigramas por litro de sangue, não resta caracterizado o tipo penal atual. Neste sentido, a Corte de Justiça Gaúcha reconheceu tal consequência da norma:

**EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306, DO CTB. INEXISTÊNCIA DE PROVA TÉCNICA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. A nova redação da Lei nº 9.503/97 restringiu a proibição contida no tipo do art. 306, do CTB, somente mantendo a incriminação da conduta de dirigir veículo automotor quando se comprove concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 decigramas, bem como passou a exigir a comprovação material de dita concentração de álcool. Destarte, **por ser mais benéfica, a nova redação deve ser aplicada inclusive a fatos anteriores**. Assim, inexistindo prova técnica acerca do teor alcoólico no sangue do réu à época do fato, inviável a comprovação da materialidade do delito através de provas indiretas (exame clínico e prova testemunhal), sendo imperativa a rejeição da denúncia ou absolvição sumária. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.<sup>240</sup> (Grifo com o original)

Na legislação passada, da negação do suspeito a efetuar o exame de sangue e do etilômetro - exames singulares de comprovação do valor de álcool por litro de sangue -, o estado ébrio poderia ser demonstrado por indivíduos que testemunhassem os seus sinais visíveis, o que ocasionava consequências no âmbito administrativo e criminal. Tal dinâmica, infelizmente, não se mantém com as alterações promovidas pela Lei nº 11.705/2008. Dessa

<sup>240</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70036091213**. Terceira Câmara Criminal, Relator: Des. Odone Sanguiné, Julgamento em 14/10/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010.

forma, verifica-se que a conduta que “antes era delito se transformou em infração administrativa”<sup>241</sup>, demonstrando o equívoco legislativo.

### 3.2.6 Dinâmica dos exames de alcoolemia no direito estrangeiro

Faz-se necessário citar legislação estrangeira relativa ao assunto, tendo em vista o caráter universal das questões que envolvem exames de alcoolemia e a tentativa de conter o número de acidentes de trânsito. Em análise aos ordenamentos jurídicos alemão, americano, espanhol, francês, inglês e português, verifica-se uma abordagem rigorosa no que tange à recusa a tais exames, uma vez que se trata de questão de saúde pública.

No estado de direito alemão, o condutor sobre o qual recair suspeita de estar dirigindo veículo sob influência de álcool deverá aceitar que se proceda a respectiva “extração de sangue para a determinação de ingestão ou não de álcool, a fim de se configurar o crime de condução sob efeito de bebida alcoólica (§ 81 do StPO)”<sup>242</sup>. Tal intervenção terá de ser realizada por um médico e, além disso, devem ser respeitadas as regras da arte médica, nos termos do § 81a do StPO<sup>243</sup>.

A jurisprudência e a doutrina alemã entendem que nas situações de cumprimento obrigatório da intervenção corporal o suspeito praticará uma colaboração passiva, qual seja, uma tolerância à execução forçada na produção de prova; dessa forma, apenas a obrigação de cooperação ativa seria considerada ofensiva à dignidade da pessoa<sup>244</sup>.

Com base nesse entendimento, parte da doutrina sustenta que a autoridade policial não teria a competência para exigir colaboração ativa do suspeito, “*como ocorre quando se exige que o condutor exale no aparelho para medir o teor alcoólico*”<sup>245</sup>.

Nos Estados Unidos da América, igualmente, o motorista suspeito de dirigir embriagado pode ser compelido a efetuar os exames que comprovem a embriaguez. Há

<sup>241</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Embriaguez ao volante: basta a prova testemunhal (?)**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

<sup>242</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 355.

<sup>243</sup> Strafprozeßordnung. **Dejure.org**. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/StPO/81a.html>>. Acesso em: 20 set. 2010.

<sup>244</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 283.

<sup>245</sup> COLOMER, Juan-Luis Gomez. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, cit., p.118 *apud* QUEIJO, op. cit., p. 283.

também o argumento do consentimento implícito, qual seja, o motorista ao conduzir veículo automotor submete-se implicitamente aos exames para verificar o seu teor de embriaguez<sup>246</sup>.

Em *Schmerber v. California*, 384 US 757 (1966) a Suprema Corte Norte-Americana aplicou restrições latentes ao privilégio à não autoincriminação, dispondo que tal garantia (5ª emenda Norte-Americana) abarcaria apenas provas de natureza testemunhal ou comunicativa.

Em *South Dakota v. Neville* 522 E.U. 136 (1997), encontra-se o conceito de “consentimento implicado”, no qual o estado editou uma lei em que estabelece a presunção de que qualquer pessoa que dirija um veículo em Dakota do Sul concorda com a análise química do teor alcoólico de seu sangue se sobre ele recaírem indícios de estar conduzindo em estado ébrio.

O ordenamento jurídico espanhol, por meio do art. 380 do Código Penal Espanhol, dispõe que o motorista que não se submeter aos exames legitimamente estabelecidos em lei “*para comprovar se está dirigindo sob efeito de entorpecente ou substância de efeitos análogos será considerado autor do delito de desobediência grave*”<sup>247</sup>, tipificado no art. 556 do mesmo código.

Na França, igualmente, o Code de La Route incrimina a prática de negação à verificação de ingestão de álcool ou outras substâncias com o mesmo efeito, somado a isto, a Corte de Cassação concluiu que essa tipificação é “*compatível com a Convenção Européia dos Direitos do Homem (Arrêt 93-81.570, de 27.10.1993)*”<sup>248</sup>. Além disso, Couceiro assevera que o “Code des Débits de Boissons et des Mesures contre l’Alcoolisme tipifica, no art. L 89, a conduta do suspeito da prática de um crime ou delito ou da respectiva vítima de recusar-se a se submeter a exames para verificação de dosagem alcoólica”<sup>249</sup>:

Art. L 89. É punido com pena de prisão de um mês a um ano e multa de 500 francos para 15.000 francos, ou uma destas duas penas, quem se recusar a submeter-se aos testes previstos no artigo L. 88.<sup>250</sup>

<sup>246</sup> *South Dakota v. Neville* 522 E.U. 136 (1997)

<sup>247</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 355.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 355.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 355.

<sup>250</sup> Traduzido livremente de: Sera puni d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 500 F à 15.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura refusé de se soumettre aux vérifications prescrites par l'article L. 88. **Code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme**. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0D13DAEE5592824B581BEF0A3D13F715.tpdjo12v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006075115&idArticle=LEGIARTI000006898072&dateTexte=20101020&categorieLien=id#LEGIARTI000006898072](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0D13DAEE5592824B581BEF0A3D13F715.tpdjo12v_2?cidTexte=LEGITEXT000006075115&idArticle=LEGIARTI000006898072&dateTexte=20101020&categorieLien=id#LEGIARTI000006898072)>. Acesso em: 18 set. 2010.

Na Inglaterra, o condutor que se recusar a cooperar com o seu hálito para o teste incorrerá em *offense*<sup>251</sup>, nos termos da seção 6 (4) do Road Traffic Act, de 1988<sup>252</sup>. Em Portugal, por sua vez, o motorista que dirigir veículo automotor em via pública tem o dever de se submeter a exames legalmente previstos para a detecção de álcool no sangue, quando houver sinais de que aquele esteja sob seus efeitos, nos termos do Art. 157 do Código de Estrada Português<sup>253</sup>.

### 3.2.7 Ponderação de Princípios

A problemática enfrentada ao longo deste trabalho tem de ser solucionada por meio da ponderação de princípios. Nesse sentido, o catedrático Robert Alexy procura solucionar a questão da colisão de princípios de forma que um princípio ceda ante outro, porém, sem que nenhum deles seja declarado inválido<sup>254</sup>. Em sua obra “Constitucionalismo Discursivo”, o autor alemão descreve com clareza a estrutura da ponderação, a qual se divide em três momentos ou graus:

No primeiro grau trata-se da comprovação do grau do não cumprimento ou prejuízo do próprio princípio. A isso segue, em um segundo grau, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Finalmente, é comprovado, no terceiro grau, se a importância do cumprimento do segundo princípio justifica o prejuízo ou não-cumprimento do primeiro<sup>255</sup>

Utilizando como pano de fundo o assunto do presente trabalho de pesquisa, vislumbra-se que em primeiro grau de ponderação está posto o Princípio *Nemo tenetur se detegere*. Em sentido contrário, como segundo grau de ponderação, apresenta-se o Direito à Vida e a um Trânsito Seguro, conforme analisado na exposição de motivos da Medida Provisória n.º 415/2008, a qual originou, posteriormente, a Lei n.º 11.705/2008.

O âmago da discussão encontra-se no terceiro grau de ponderação, qual seja, a constatação ou não da necessidade de mitigação da garantia a não autoincriminação para que

<sup>251</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 355.

<sup>252</sup> **Road Traffic Act 1988**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/52/section/4>>. Acesso em: 18 set. 2010.

<sup>253</sup> **CÓDIGO da estrada**. Disponível em: <<http://www.legix.pt/docs/CodEstrada.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2010.

<sup>254</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 70.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 158.

se garanta um trânsito seguro à sociedade brasileira. Ao longo do trabalho buscou-se analisarem meios que garantam a otimização dos princípios fundamentais envolvidos, procurando uma efetiva garantia de segurança no trânsito combinada com a menor restrição ao direito fundamental à intimidade do indivíduo investigado.

Nessa temática, o autor alemão lança mão de um exemplo ilustrativo e prático da tensão entre princípios fundamentais:

En la Sentencia sobre incapacidad procesal, se trata de si es admisible llevar a cabo una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre el peligro de sufrir un infarto. El Tribunal constata que en tales casos existe <una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental.<sup>256</sup>

Robert Alexy leciona que por meio da ponderação dos princípios envolvidos definir-se-á o de maior importância (peso) na aplicação ao caso concreto<sup>257</sup>. O autor explica que a ponderação realizada indica que o interesse do acusado, que se opõe à intervenção estatal devido aos seus problemas de saúde, possui maior importância que o interesse do estado em garantir a aplicação do direito penal no caso concreto. Dessa forma, “la intervención viola el principio de proporcionalidad y con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF”<sup>258</sup>.

Acerca do Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, Denílson Feitoza Pacheco aponta que “o tema está demandando estudos mais aprofundados, que, certamente, terão de enfrentar como a gravidade do fato delituoso e o princípio da proporcionalidade”<sup>259</sup>. Desse modo, a seguir serão analisados o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

<sup>256</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 71.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 70-71.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>259</sup> PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Pena: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 137.

### 3.2.7.1 Adequação

Conforme anunciado no tópico anterior, mostra-se necessária a análise dos subprincípios da proporcionalidade; entre eles se encontra o da “Adequação” ou “Idoneidade”. O conceito de idoneidade apresentado por Bernal Pulido, traduzido livremente por Denilson Feitoza Pacheco, apresenta a ideia de que *“toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir à obtenção de fim constitucionalmente legítimo”*<sup>260</sup>.

Tal subprincípio indica uma relação de meio e fim, tendo como exemplo o momento em que *“decreta-se a prisão preventiva para com isso impedir o réu de turbar a instrução penal”*<sup>261</sup>. O conceito de idoneidade pressupõe dois requisitos às intervenções nos direitos fundamentais:

- a) a existência de um fim constitucionalmente legítimo;
- b) a adequação ou idoneidade da medida (ou meio) para favorecer a obtenção desse fim.<sup>262</sup>

Em relação ao exame do etilômetro, tal intervenção, em tese, possui legitimidade junto ao direito à vida e à segurança no trânsito (fins mediatos), dispostos no art. 5º da Constituição e art. 1º do Código de Trânsito Brasileiro, além da efetividade da persecução penal (fim imediato). Dessa forma, admite-se que o meio utilizado em discussão visa um fim constitucionalmente legítimo.

Vencida a questão da constitucionalidade do fim almejado pela intervenção, examinar-se-á, a seguir, a adequação da relação meio-fim, analisando-se o sub-princípio da necessidade<sup>263</sup>. Ocorre, contudo, que o âmago do debate encontra-se na intensidade e intervenção que tal exame acarreta junto ao cidadão.

### 3.2.7.2 Necessidade

<sup>260</sup> BERNAL PULIDO, Cesar. El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 687 *apud* PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Pena: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 153.

<sup>261</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62.

<sup>262</sup> PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Pena: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 153.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 154.

O magistério de Robert Alexy<sup>264</sup> indica que na existência de dois meios igualmente idôneos para atingir o fim desejado, deve ser escolhido o meio que menos afete o direito fundamental mitigado. A conceituação apresentada por Gonzalez-Cuellar Serrano, traduzida livremente por Denilson Feitoza Pacheco, remete a três denominações do subprincípio em tela:

O princípio da necessidade, também denominado 'de intervenção mínima', 'da alternativa menos gravosa' ou 'de subsidiariedade', é um subprincípio do princípio constitucional da proibição de excesso que tende à otimização do grau de eficácia dos direitos individuais frente às limitações que possam impor, em seu exercício, os poderes públicos. Obriga os órgãos do Estado a comparar as medidas restritivas aplicáveis que sejam suficientemente aptas para a satisfação do fim perseguido e a eleger, finalmente, aquela que seja menos lesiva para os direitos do cidadão.<sup>265</sup>

Seguindo o conceito exposto, pode-se realizar uma prévia comparação entre os exames aptos a verificar o grau de embriaguez do condutor dentre o exame sanguíneo para a verificação de teor alcoólico, o exame do etilômetro, o laudo pericial realizado por médico perito, provas testemunhais e a própria filmagem da fiscalização policial.

Não se mostra simples realizar tal comparação, uma vez que ela remete ao questionamento exposto por Humberto Ávila em seu livro *Teoria dos Princípios*, qual seja, “como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental?”<sup>266</sup>.

Um tipo de prova não exclui as outras, assim, a solução encontra-se no processo de ponderação, mais especificamente, no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>264</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 525-526.

<sup>265</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 2000, p. 189 *apud* PACHECO, Denílson Feitoza. **o princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 199.

<sup>266</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124.

### 3.2.7.3 Proporcionalidade em sentido estrito

No que concerne ao conceito de Proporcionalidade em sentido estrito, Humberto Ávila indica a pergunta que deve ser invocada no momento oportuno do exame da proporcionalidade, qual seja, “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”<sup>267</sup>. Bernal Pulido sugere que “a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa”<sup>268</sup>.

Conforme analisado ao longo da pesquisa, inúmeros sistemas jurídicos contemporâneos apresentam comumente dois tipos de implicações da recusa do suspeito a se submeter a exames que deponham contra si, dentre eles “extrair-se dela indícios de culpabilidade e aplicar-se sanções penais ao acusado, por outro delito, normalmente a desobediência ou a obstrução à justiça, em razão da recusa”<sup>269</sup>.

A tese de que a recusa do suspeito em cooperar na produção de provas incriminadoras acarreta a ocorrência do injusto de desobediência não se mostra razoável<sup>270</sup>, bem como a de que não se deva extrair consequências negativas contra aquele. Funda-se tal argumento na ideia de que o cidadão não pode ser penalizado ou sobre ele recaírem indícios de culpabilidade penal por exercer um direito fundamental<sup>271</sup>. Nesse sentido, Antônio Scarance Fernandes<sup>272</sup>, Guilherme de Souza Nucci<sup>273</sup>, Maria Elizabeth Queijo, Damásio E. de Jesus<sup>274</sup>, Renato Marcão<sup>275</sup>.

Em sentido contrário, João Cláudio Couceiro entende que a negativa do sujeito à submissão à prova incriminadora tem de implicar indícios de culpabilidade, invertendo-se,

<sup>267</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124.

<sup>268</sup> GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madri: Colex, 2000, p. 757 e 759 *apud* PACHECO, Denílson Feitoza. **o princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 211-212.

<sup>269</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 369.

<sup>270</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 292.

<sup>271</sup> QUEIJO, op. cit., p. 370.

<sup>272</sup> FERNANDES, op. cit., p. 292.

<sup>273</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. A presunção de inocência e a “Lei Seca”. **Carta Forense**, segunda-feira, 4 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=2136>>. Acesso em: 29 set. 2010.

<sup>274</sup> JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/1997)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165-167.

<sup>275</sup> MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 160-165.

assim, o ônus da prova, podendo, ainda, tal negativa ser confrontada com as demais provas (art. 167, CPP)<sup>276</sup>. Motiva seu entendimento sob o argumento de que tal conclusão “procura equilibrar os valores em jogo na apuração dos fatos no processo penal”<sup>277</sup>. Nesse diapasão, Marcelo Schirmer Albuquerque<sup>278</sup>, Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>279</sup>.

Passando-se à análise de dados concretos em relação à mortalidade no sistema viário, há que se ressaltarem os resultados iniciais obtidos pela Lei nº 11.705/2008. Estes se mostraram expressivos nos primeiros meses de sua vigência.

Os dados referentes a óbitos relacionados a acidentes de trânsito nas capitais brasileiras informam que “no segundo semestre de 2008, foram registradas 2.723 óbitos relacionados aos acidentes de trânsito, contra 3.519, no segundo semestre de 2007”<sup>280</sup>. Vislumbrou-se, assim, uma diminuição de 22,5% dos óbitos diretos em decorrência de acidentes de trânsito nas capitais, conforme pesquisa publicada pelo Ministério da Saúde<sup>281</sup>.

O grande resultado inicial da “Lei Seca” decorreu principalmente da ampla e efetiva fiscalização aplicada pelo aparato estatal<sup>282</sup>. Basta analisarem-se os resultados preliminares publicados pelo Ministério da Saúde após um ano de instituição da referida lei. Tal pesquisa<sup>283</sup> demonstra que a diminuição do número de óbitos está diretamente relacionada aos estados que mantiveram a política da fiscalização efetiva, quais sejam, o Rio de Janeiro<sup>284</sup>, o Espírito Santo e o Distrito Federal<sup>285</sup>:

<sup>276</sup> COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 358-359.

<sup>277</sup> Ibidem, p. 359.

<sup>278</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 147-150.

<sup>279</sup> Ibidem, p. 341-342.

<sup>280</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **"Lei Seca" reduz internações e óbitos em mais de 20%** [notícia]. 17 jun. 2009. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id\\_area=124&CO\\_NOTICIA=10320](http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=10320)>. Acesso em: 18 set. 2010.

<sup>281</sup> Ibidem.

<sup>282</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Embriaguez ao volante: basta a prova testemunhal (?)**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

<sup>283</sup> **INDICADORES** – Para chegar aos resultados do impacto da “Lei Seca” nas mortes associadas ao trânsito, o Ministério da Saúde usou como base os dados dos Sistemas de Informações sobre Mortalidade (SIM), além do Inquérito Nacional de Fatores de Risco e Proteção para Doenças e Agravos não Transmissíveis (Vigitel). Essas são as fontes que vêm sendo utilizadas para monitorar o impacto da “Lei Seca” nos atendimentos do SUS e na ocorrência de óbitos no Brasil. Os dados do SIM dos anos de 2008 e 2009 são preliminares e sujeitos a revisão pelos Estados. (BRASIL. Ministério da Saúde, op. cit.).

<sup>284</sup> EM DOIS anos de Lei Seca, Rio de Janeiro é o estado com maior índice de redução de acidentes. **Folha do Oeste**, São Miguel do Oeste, SC, 05 jul. 2010. Disponível em <<http://www.adjorisc.com.br/jornais/folhadooeste/imprensa/seguranca/em-dois-anos-de-lei-seca-rio-de-janeiro-e-o-estado-com-maior-indice-de-reduc-o-de-acidentes-1.313026>>, Acesso em: 05 set. 2010.

<sup>285</sup> BRASÍLIA. Departamento Estadual do Trânsito. **Lei Seca: mais autuações e menos mortes** [notícia]. Brasília, 18 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.dentran.df.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2010.

Tabela 1: Distribuição dos óbitos por doze meses antes e doze meses após a implantação da “Lei Seca” segundo regiões e Unidades Federadas. Brasil, 2007-2009

UF/Região	2sem2007 / 1sem2008	2sem2008 / 1sem2009*	Var%
<b>BRASIL</b>	<b>37.161</b>	<b>34.859</b>	<b>-6,2</b>
<b>NORTE</b>	<b>2.496</b>	<b>2.560</b>	<b>2,6</b>
Rondônia	376	416	10,6
Acre	113	103	-8,8
Amazonas	353	371	5,1
Roraima	129	126	-2,3
Para	1.018	1.061	4,2
Amapá	87	93	6,9
Tocantins	420	390	-7,1
<b>NORDESTE</b>	<b>8.943</b>	<b>8.697</b>	<b>-2,8</b>
Maranhão	1.105	1.157	4,7
Piauí	721	687	-4,7
Ceará	1.614	1.552	-3,8
R G do Norte	455	449	-1,3
Paraíba	737	785	6,5
Pernambuco	1.380	1.318	-4,5
Alagoas	689	580	<b>-15,8</b>
Sergipe	418	456	9,1
Bahia	1.824	1.713	-6,1
<b>SUDESTE</b>	<b>14.724</b>	<b>13.162</b>	<b>-10,6</b>
Minas Gerais	3.781	3.621	-4,2
<b>Espírito Santo</b>	<b>1.125</b>	<b>916</b>	<b>-18,6</b>
<b>Rio de Janeiro</b>	<b>2.169</b>	<b>1.475</b>	<b>-32,0</b>
São Paulo	7.649	7.150	-6,5
<b>SUL</b>	<b>7.327</b>	<b>6.781</b>	<b>-7,5</b>
Paraná	3.267	3.075	-5,9
Santa Catarina	1.970	1.750	-11,2
R G do Sul	2.090	1.956	-6,4
<b>CENTRO-OESTE</b>	<b>3.671</b>	<b>3.659</b>	<b>-0,3</b>
M Grosso do Sul	698	702	0,6
Mato Grosso	885	910	2,8
Goiás	1.507	1.554	3,1
<b>Distrito Federal</b>	<b>581</b>	<b>493</b>	<b>-15,1</b>

Fonte: SIM/SVS/MS (Grifos com o original)

(\*) Dados Preliminares

Todavia, nesta série de pesquisas ficou constatado o aumento do número de pessoas que conduzem veículo após ingerir bebida alcoólica (2009) em relação à pesquisa anterior (2008), conforme dados publicados pelo Ministério da Saúde<sup>286</sup>.

<sup>286</sup> “A frequência de pessoas que dirigem após consumo abusivo de álcool passou de 2,1%, em 2007 (ano anterior a lei Seca), para 1,4%, em 2008 (ano de publicação da Lei); e aumentou para 1,7%, em 2009, segundo dados do Vigitel, inquérito telefônico do Ministério da Saúde que monitora os fatores de risco para doenças e agravos à saúde da população. Embora tenha sofrido um aumento em 2009, esse índice se mantém inferior ao apontado pela pesquisa em 2007, antes da “Lei Seca”, o que reforça a importância de manter as ações de prevenção e fiscalização no trânsito.” (BRASIL. Ministério da Saúde. “LEI Seca” reduz internações e óbitos em mais de 20% [notícia]. 17 jun. 2009. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id\\_area=124&CO\\_NOTICIA=10320](http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=10320)>. Acesso em: 18 set. 2010).

Além disso, passados dois anos da implantação da Lei n.º 11.705/2008 no Rio Grande do Sul, o aumento de mortalidade no trânsito resta evidente por meio da análise de quadro comparativo<sup>287</sup> entre o número de óbitos e feridos no primeiro semestre de 2009 e no primeiro semestre de 2010:

**Tabela 2: Comparativo da Acidentalidade no Trânsito do RS**

<b>DETRAN/ RS - Comparativo da Acidentalidade no Trânsito do RS 1º Semestre 2009 X 1º Semestre 2010</b>			
	<b>1º Sem 2009</b>	<b>1º Sem 2010*</b>	<b>Var. %</b>
<b>Quantidade de Acidentes Fatais</b>	596	700	17%
<b>Quantidade de Acidentes com Lesão</b>	19.612	19.877	1%
<b>Total Acidentes com Vítimas</b>	<b>20.208</b>	<b>20.577</b>	<b>2%</b>
<b>Quantidade de Vítimas Fatais</b>	738	846	15%
<b>Quantidade de Feridos</b>	23.558	23.887	1%
<b>Total de Vítimas</b>	<b>24.296</b>	<b>24.733</b>	<b>2%</b>

Fonte: DETRAN/RS

\* dados do 1º Sem. 2010 parciais, sujeitos à alterações

O número de acidentes de trânsito com vítimas fatais no Rio Grande do Sul é alarmante, alcançando o número de 1.516 óbitos de acordo com o levantamento preliminar da acidentalidade do trânsito até novembro/2010<sup>288</sup>. Resta demonstrado que o enfraquecimento da fiscalização<sup>289</sup> em grande parte dos estados da federação<sup>290</sup> mantém íntima relação com a nova mudança de comportamento da população.

<sup>287</sup> RIO GRANDE DO SUL. Departamento Estadual de Trânsito. **Detran/RS divulga dados da acidentalidade no 1º semestre** [notícia]. 12 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.detrans.rs.gov.br/index.php?action=noticias&cod=1254>>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>288</sup> RIO GRANDE DO SUL. Departamento Estadual de Trânsito. **Estatísticas: Violência no Trânsito: Levantamento Preliminar até Out/2010**. Disponível em: <<http://www.detrans.rs.gov.br/index.php?action=estatistica&cod=19>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

<sup>289</sup> BUBLITZ, Juliana. Estado registrou crescimento de mortes no trânsito e queda nas multas [reportagem]. **Zero Hora**, Porto Alegre, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1&section=Geral&newsID=a2915210.xml>>. Acesso em: 12 set. 2010.

<sup>290</sup> LEI Seca faz dois anos, mas motoristas continuam bebendo, dirigindo e morrendo. **Jornal ESHOJE**, Espírito Santo, 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.eshoje.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2010.

## 4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou demonstrar a amplitude do polêmico tema abordado, o qual não se restringe à mera conformação entre a garantia *nemo tenetur se detegere* e o exame do etilômetro. Mostrou-se necessário abordarem-se os tópicos relativos à legislação penal de trânsito atual e as suas peculiaridades, além da análise de dados estatísticos acerca dos efeitos da Lei 11.705/2008.

Do cotejo entre os acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça, chega-se à conclusão de que restringirem-se as provas em dois únicos meios possíveis, etilômetro e exame de sangue, para se caracterizar o delito embriaguez ao volante obsta por si só a persecução penal. Tal problemática ocorre tendo em vista a impossibilidade de buscarem-se outros meios de prova quando da não realização de tais exames, tanto por falta de aparelhos de medição, quanto por inércia do suspeito.

A alteração da natureza do delito de perigo concreto para perigo abstrato mostrou-se inepta, do ponto de vista jurídico, para se averiguar o injusto de embriaguez ao volante propriamente dito e chegar ao deslinde do processo. Tal argumento sustenta-se na ideia de que para restar caracterizada a tipicidade da conduta faz-se necessária estritamente a realização de prova técnica. Não há espaço, igualmente, para analogia *in malam partem*, tendo em vista o princípio da legalidade.

Ao retornar à legislação anterior, no que tange ao crime de embriaguez ao volante, estar-se-ia garantindo a possibilidade real e efetiva de realizar a devida persecução penal em relação ao condutor ébrio, uma vez que a autoridade policial e o Ministério Público teriam uma maior amplitude de meios probatórios para comprovar o delito. Além disso, tal alteração retomaria o respeito aos princípios da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana e do contraditório.

Não se mostra plausível vulnerar o princípio *nemo tenetur se detegere* na esfera penal, visto que há outros meios idôneos que caracterizariam a embriaguez do condutor, dentre eles a prova testemunhal e a filmagem da abordagem policial, desde que esclarecida, caso o delito voltasse a ter a redação pretérita. Além disso, a importância da “Lei Seca” reside no fato de que esta desencadeou uma das maiores mobilizações de fiscalização de trânsito nacional, no qual os Estados que mantiveram tal empenho diminuíram o número de óbitos, enquanto nos que relaxaram a sua fiscalização verificou-se um aumento em tal número.

Não se pode deixar de considerar, todavia, o comportamento dispensado pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros acerca da matéria. Mesmo tratando-se de democracias consolidadas, nas quais os direitos civis são amplamente respeitados, conceberam o rigor da persecução penal no que tange ao delito de embriaguez ao volante, motivo por que a matéria da presente pesquisa não se exaure no interior das fronteiras brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**. 7. ed. Método: São Paulo, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_592\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro'... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1973.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm)>. Acesso em: 14 set. 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **"LEI Seca" reduz internações e óbitos em mais de 20%** [notícia]. 17 jun. 2009. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id\\_area=124&CO\\_NOTICIA=10320](http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=10320)>. Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel de indicadores do SUS**, v. 3, n. 7, 2010. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel\\_de\\_indicadores\\_7\\_final.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/painel_de_indicadores_7_final.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 166.377/SP.** Relator: Min. Og Fernandes, Julgamento em 10/06/2010, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 132.374/MS.** Relator: Min. Felix Fischer, Julgamento em 06/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 608.078/RS.** Quinta Turma, Relator: Min. Felix Fischer, Julgamento em 23/06/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 103998/SP.** Primeira Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 06/11/1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 105185 MC / SP.** Decisão da Presidência, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 20/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 69.026/DF.** Primeira Turma, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento em 10/12/1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 77.135/SP**. Primeira Turma, Relator: Min. Ilmar Galvão, Julgamento em. 08/09/1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 93.916/PA**. Primeira Turma, Relator: Min. Cármen Lúcia, Julgamento em. 10/06/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 100.472/DF**. Relator: Min.. Eros Grau, Julgamento em. 27/08/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 95003-MG**. Segunda Turma, Relator: Min. Cezar Peluzo, Julgamento em 23/09/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 97.413/SP**. Primeira Turma, Relator: Min. Dias Tofoli, Julgamento em. 24/11/200. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n.º 64.354/SP**. Tribunal Pleno, Relator: Min. Sydney Sanches, Julgamento em. 01/07/1987. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 523**. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASÍLIA. Departamento Estadual do Trânsito. **Lei Seca: mais autuações e menos mortes** [notícia]. Brasília, 18 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.dentran.df.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2010.

BUBLITZ, Juliana. Estado registrou crescimento de mortes no trânsito e queda nas multas [reportagem]. **Zero Hora**, Porto Alegre, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1&section=Geral&newsID=a2915210.xml>>. Acesso em: 12 set. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

**CODE des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme**. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0D13DAEE5592824B581BEF0A3D13F715.tpdjo12v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006075115&idArticle=LEGIARTI00006898072&dateTexte=20101020&categorieLien=id#LEGIARTI000006898072](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0D13DAEE5592824B581BEF0A3D13F715.tpdjo12v_2?cidTexte=LEGITEXT000006075115&idArticle=LEGIARTI00006898072&dateTexte=20101020&categorieLien=id#LEGIARTI000006898072)>. Acesso em: 18 set. 2010

**CÓDIGO da estrada**. Disponível em: <<http://www.legix.pt/docs/CodEstrada.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2010.

COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009.

EM DOIS anos de Lei Seca, Rio de Janeiro é o estado com maior índice de redução de acidentes. **Folha do Oeste**, São Miguel do Oeste, SC, 05 jul. 2010. Disponível em

<<http://www.adjorisc.com.br/jornais/folhadooeste/imprensa/seguranca/em-dois-anos-de-lei-seca-rio-de-janeiro-e-o-estado-com-maior-indice-de-reduc-o-de-acidentes-1.313026>>, Acesso em: 05 set. 2010.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**. Del Código Penal. Disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.12t17.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.12t17.html)>. Acesso em: 20 set. 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

FLORIANO, Eduardo de Souza. A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool -. sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela autoridade policial?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1976, 28 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12024>>. Acesso em: 18 set. 2010.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **Curso de Processo Penal Norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

**GLOBAL status report on road safety: time for action**. Genebra: World Health Organization, 2009. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563840\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241563840_eng.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Embriaguez ao volante: basta a prova testemunhal (?)**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito**: anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/1997). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEI Seca faz dois anos, mas motoristas continuam bebendo, dirigindo e morrendo. **Jornal ESHOJE**, Espírito Santo, 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.eshoje.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. v. 1.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistema de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.503, de 23-9-1997. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTÍNES, Rosario de Vicente. **Derecho Penal de la circulación**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS NETO, Otaliba Libânio. **A década de ações para segurança no trânsito**. Curitiba, 08 mar. 2010. Disponível em: <<http://viverseguronotransito.org.br/blog/wp-content/uploads/2010/03/Otaliba-Libanio.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2010.

“MULAS do tráfico” engolem droga embrulhada em película de carro. **G1: Globo.com**, 30 jul. 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1248201-5598,00.html>>. Acesso em: 28 set. de 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. A presunção de inocência e a “Lei Seca”. **Carta Forense**, segunda-feira, 4 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=2136>>. Acesso em: 29 set. 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Pena: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PACHECO, Denílson Feitoza. **o princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 2009.059.08115**. Relator: Des. Gilmar Augusto Teixeira, Julgamento em. 18/11/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/consultas/consultas.jsp#>>. Acesso em: 20 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Departamento Estadual de Trânsito. **Detran/RS divulga dados da acidentalidade no 1º semestre** [notícia]. 12 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.detran.rs.gov.br/index.php?action=noticias&cod=1254>>. Acesso em: 12 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Departamento Estadual de Trânsito. **Estatísticas: Violência no Trânsito: Levantamento Preliminar até Out/2010**. Disponível em: <<http://www.detran.rs.gov.br/index.php?action=estatistica&cod=19>>. Acesso em: 12 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70028557676**, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Sylvio Baptista Neto, Julgamento em 10/02/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70036091213**. Terceira Câmara Criminal, Relator: Des. Odone Sanguiné, Julgamento em 14/10/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70036091213**. Terceira Câmara Criminal, Relator: Des. Odone Sanguiné, Julgamento em 14/10/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70036378131**. Primeira Câmara Criminal, Relator: Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 11/08/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 70027516079*. Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. Jaime Piterman, Julgamento em 29/01/2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 29 set. 2010.

**Road Traffic Act 1988**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/52/section/4>>. Acesso em: 18 set. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

STRAFPROZESSORDNUNG. **Dejure.org**. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/StPO/81a.html>>. Acesso em: 20 set. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

U.S. Supreme Court. **Certiorari to the Supreme Court of Arizona n. 759**. Argued feb. 28–mar. 1, 1966. Decided Jun. 13, 1966. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436>>. Acesso em: 29 set. 2010.

U.S. Supreme Court. **PENNSYLVANIA v. MUNIZ. Certiorari to the Superior Court of Pennsylvania n. 89-213**. Argued feb. 27, 1990. Decided jun. 18, 1990. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=496&invol=582>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

U.S. Supreme Court. **Spano v New York n. 582**. Argued apr. 27, 1959. Decided jun. 22, 1959. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/360/315/case.html>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

USERA, Raúl Canosa. **El Derecho a la integridad personal**. Valladolid: Lex Nova, 2006.