

A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal

André Luís Callegari

Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Coordenador Executivo da Faculdade de Direito da UNISINOS. Professor da Graduação e da Pós-Graduação da UNISINOS. Professor da Escola da Magistratura do RS e da Cátedra Latinoamericana de Derecho Penal na Universidad Externado de Colombia.

Fábio Motta Lopes

Mestre em Direito (Ulbra). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Ulbra). Professor de Direito Penal da UNISINOS e da Academia de Polícia do RS. Delegado de Polícia.

Com a publicação da Lei 11.705/08, foi dada nova redação aos parágrafos do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), impondo-se ao motorista suspeito de conduzir embriagado veículo automotor ou sob efeito de outra substância de efeitos análogos, como obrigatória, a realização de testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam confirmar a embriaguez.

No art. 306, que trata do crime de embriaguez ao volante, surgem duas modificações substanciais: a partir de agora, não se exige mais a exposição da incolumidade pública a dano potencial¹ e, para caracterizar a embriaguez alcoólica, se estabeleceu uma concentração mínima de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue.

Em observância ao que foi determinado na nova redação do parágrafo único do art. 306 do CTB, a equivalência dos testes de alcoolemia foi disciplinada pelo Decreto 6.488/08, que estabeleceu, em seu art. 2º, que a demonstração da embriaguez, na esfera criminal, pode ser feita por exame de sangue ou por etilômetros (bafômetros).

Aqui, surge uma questão interessante: pode-se admitir, então, como prova suficiente da materialidade o teste do bafômetro, realizado por policiais quando abordam um condutor de veículo automotor em via pública? Claro que não, pelas razões que se passa a expor.

A embriaguez, sabidamente, é uma intoxicação transitória que deixa vestígios. Dessa forma, de acordo com o art. 158 do CPP, torna-se indispensável o exame de corpo de delito, devendo o estado etílico ser demonstrado por especialistas, ou seja, por perito oficial (art. 159, *caput*, do CPP) ou por dois peritos nomeados, com curso superior e, preferencialmente, com conhecimento técnico na área (art. 159, §§ 1º e 2º, do CPP). Portanto, não podem os policiais ou agentes de trânsito, que não são *experts* e que não foram nomeados como peritos – até porque nem sempre são portadores de diploma de nível superior –, demonstrar a embriaguez.

É importante salientar, outrossim, que as alterações ao CTB em nada mudaram as exigências para a realização de provas periciais. Percorrem-se os dispositivos alterados e não se verifica qualquer autorização para emprego do bafômetro sem observância aos critérios exigidos pelo CPP para a realização de perícias. E isso, aliás, nem poderia ocorrer, sob pena de se criar na área criminal uma única prova – que, a rigor, deve ser técnica – capaz de ser produzida por leigos, permitindo-se, destarte, uma disparidade processual com relação aos exames de corpo de delito e às perícias em geral.

Além disso, a Constituição Federal, no art. 5º, LXIII, assegura a qualquer investigado o direito de permanecer calado.² Como regra, essa é uma garantia do processo penal, não se aplicando no momento de uma fiscalização administrativa no trânsito.³ Na situação específica, porém, os testes de alcoolemia produzirão reflexos, inexoravelmente, no âmbito do processo penal. Somente para ficar em um exemplo, registre-se que o motorista, ao soprar o bafômetro, poderá ser preso em flagrante logo após o teste, se constatada a presença mínima de álcool exigida pelo art. 306 do CTB.

Assim, estará protegido pelo direito ao silêncio (*nemo tenetur se deterege*) desde o momento da abordagem policial, ainda que não haja “a imputação formal de um delito”, pois a prova colhida na polícia pode levar à imputação judicial, restando feridos os princípios constitucionais da ampla defesa, que abrange a autodefesa negativa, e da presunção de inocência caso se obrigue o motorista a submeter-se, sob coação, aos testes de alcoolemia.⁴ Além do mais, como não está obrigado a produzir prova contra si mesmo, deve ser avisado sobre tal direito antes de ser submetido aos testes de alcoolemia. Inobservada tal garantia, deverá o resultado do bafômetro, tão-somente pelo fato de não se assegurar ao motorista o direito de informação, ser considerado como prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF, e art. 157, *caput* e §§, do CPP).

Mas não é só isso. Três outras questões envolvendo o uso de etilômetro são bastante sérias: a falibilidade do exame;⁵ a falta de menção, no relatório que é impresso depois do teste, de que foi constatada a concentração de *álcool* por litro de ar expelido dos pulmões, sendo defesa, em matéria processual penal, qualquer presunção nesse sentido; e, principalmente, a realização de uma “perícia” sem contraprova. Quanto a este último aspecto, motoristas estão sendo sujeitados, já faz algum tempo, a processos criminais, com ingresso na esfera do injusto penal, sem qualquer possibilidade de defesa, nem de contestação acerca do resultado do exame.⁶

Cabe mencionar, por fim, que não se está defendendo a carnificina no trânsito, que pode ser evitada, tranqüilamente, com permanente fiscalização e com respeito às normas constitucionais. Também não se está afirmando, em momento algum, que nunca será possível submeter-se motorista sob suspeita de dirigir embriagado, mesmo contra a sua vontade, a exame de sangue, por não ser a garantia ao silêncio um direito absoluto. Para isso, no entanto, deve haver uma legislação que discipline o assunto de forma detalhada, possibilitando, por exemplo, a intervenção corporal, com base na ponderação de valores, quando não houver risco à saúde do motorista e quando for feita por médico, mediante prévia autorização judicial.⁷

¹ Tal circunstância, ainda que viole o princípio da ofensividade e reafirme a tendência do legislador brasileiro, ao se contentar com o mero perigo abstrato no âmbito criminal, de reconhecer o direito penal do inimigo, não será analisada neste artigo.

² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 106; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 96-7; SAAD, Marta. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: RT, 2004, p. 289; COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 185; LOPES JÚNIOR, *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 371; MORAES, Maurício Zanoide de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Direito ao Silêncio no Interrogatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, abr.-jun. 1994, p. 136.

³ COUCEIRO, op. cit., p. 262.

⁴ CALLEGARI, André Luís. “A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e novo código de trânsito”. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 66, maio 1998, p. 12-3. Na mesma esteira: GOMES, Luiz Flávio. *Lei seca (Lei 11.705/2008): exageros, equívocos e abusos das operações policiais*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 02 de julho 2008.

⁵ CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva, Lavagem de Dinheiro e Outros Temas de Direito Penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 174.

⁶ CALLEGARI, *Imputação Objetiva, Lavagem de Dinheiro e Outros Temas de Direito Penal*, cit., p. 174. Aliás, para OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 316, que até sustenta que tal teste não viola o direito ao silêncio, o bafômetro deve ser criticado por questões técnicas, no plano da qualidade e da idoneidade de sua eficácia probatória.

⁷ Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 378-85; QUEIJO, op. cit., p. 356-7.