

# **O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO NOS CRIMES DE TRÂNSITO: O EQUÍVOCO DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.**

Cleiton Gomes de Lima\*  
José Neto Barreto Junior\*\*

**RESUMO:** Este artigo apresenta uma reflexão sobre a interpretação e aplicação do direito constitucional ao silêncio, amplamente aceito como fundamento jurídico do direito a não autoincriminação, no que tange a não obrigatoriedade em fazer os testes de alcoolemia associados aos crimes de trânsito. Com base na literatura especializada sobre o tema, o artigo analisa se a legislação brasileira confere suporte para a interpretação que dá guarida a quem se recusa se submeter aos testes de alcoolemia.

*Palavras-chave:* Direito a não autoincriminação. Direito ao silêncio. Teste de alcoolemia. Crimes de trânsito.

## **1 INTRODUÇÃO**

A segurança é vital para o desenvolvimento de uma sociedade. De fato, não se concebe uma sociedade desenvolvida onde predomine o terror, o crime e a impunidade. O desenvolvimento, não restrito apenas à seara econômica, mas também compreendido em uma perspectiva social, política, administrativa, ambiental e cultural, deve proporcionar e ao mesmo tempo ser o reflexo do bem-estar de uma sociedade, podendo ser concebido, portanto, não um mero estado a ser alcançado, mas um processo contínuo de aperfeiçoamento.

\* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – Unipê e Advogado. E-mail: clelyma@hotmail.com

\*\* Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba; especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa – Unipê, advogado e professor de Direito Processual Penal do Centro Universitário de João Pessoa – Unipê. E-mail: josenetobj@gmail.com

Nesse contexto, a segurança pública é essencial para a paz social, para o funcionamento das instituições e serviços e para a criação de um ambiente propício ao desenvolvimento e ao exercício da cidadania. No Brasil, um dos pontos críticos da segurança pública é o trânsito. Fatores diversos contribuem para isso: estradas mal conservadas e com sinalização insuficiente; imprudência, fruto da baixa educação no trânsito e da ineficiência na punição dos infratores; ausência de investimento público em formas alternativas de transporte etc. Dentre todos os fatores que levam aos alarmantes índices de acidentes, o consumo de bebidas alcoólicas pelos motoristas é uma das causas mais frequentes.

Não obstante as várias tentativas de se modificar a legislação, com vistas a minimizar os acidentes de trânsito causados pelo efeito da ingestão de bebidas alcólicas, a eficácia das medidas jurídicas, especialmente as voltadas para a punição dos crimes de trânsito, em razão da dependência que um processo acusatório tem de suas provas, encontra sempre uma forte resistência: o argumento de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A aplicação do direito a não autoincriminação nos crimes de trânsito praticados sob o efeito de bebidas alcoólicas é tema de alta importância para o desenvolvimento do bem comum e de uma sociedade segura. Por meio dos órgãos de imprensa, de modo geral, observa-se o grande número de acidentes de trânsito causados pelos efeitos do consumo de álcool. Eles, entretanto, são apenas uma parcela da realidade. Numerosos são os casos de acidente dessa natureza não noticiados, nem investigados ou tornados objeto de um processo judicial.

Na atualidade, ao ser convidado a fazer os testes de alcoolemia, é comum o condutor recusar-se a fazê-lo, sob o fundamento de ninguém poder ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

O uso do direito a não autoincriminação, como base para a recusa em fazer os testes de alcoolemia, seja o etilômetro, o popular bafômetro, ou os exames de sangue ou clínico, tem levado a frequentes alterações na legislação, na tentativa de proporcionar meios de constatar

a embriaguez e punir os motoristas que dirigem sob o efeito de bebidas alcóolicas.

Com o advento da Lei 11.705/2008, denominada de “Lei Seca”, que alterou alguns dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, as recusas em contribuir com a produção de provas, baseadas no direito a não autoincriminação, tornaram-se mais frequentes, aumentando ainda mais a impunidade e a sensação de injustiça, principalmente nos crimes de trânsito com vítimas fatais ou gravemente lesionadas. Nesse sentido, Oliveira (2012) compreende que a Lei 11.705/08, incluindo como elementar do tipo penal do art. 306 do CTB uma dosagem específica de concentração de álcool por litro de sangue, despertou inúmeras dúvidas quanto à possibilidade de recusa do condutor aos exames capazes de prejudicá-lo.

Em 21 de dezembro de 2012, entrou em vigor a Lei nº 12.760, que alterou os artigos 165, 262, 276, 277 e 306 do CTB. Com as mudanças, as novas regras agravaram ainda mais as modificações trazidas pela Lei nº 11.705/08.

As principais alterações da Lei nº 12.760/12 foram a possibilidade de que vídeos, relatos, testemunhas e outras provas sejam consideradas válidas contra os motoristas embriagados, como também a alteração do tipo penal previsto no artigo 306 do CTB cuja redação passou a ser “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

Percebe-se que a elementar do tipo penal passou a ser a *alteração da capacidade psicomotora* e não mais uma específica dosagem de concentração de álcool por litro de sangue. Sendo assim, a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, passou a ser meio de comprovação da elementar do tipo penal do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, assim como sinais suficientes para a indicarem, nos termos do inciso I desse artigo.

O parágrafo 2º do artigo 306 do CTB dispõe que a verificação da capacidade psicomotora, alterada em razão da influência de álcool

ou de outra substância psicoativa que determine dependência, poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova admitidos em direito, observado o direito à contraprova, o que permite interpretações subjetivas no caso concreto.

Esse alargamento dos meios possíveis e permitidos de comprovação do estado de alteração da capacidade psicomotora decorre do fato de que, nos crimes de trânsito praticados sob o efeito de bebida alcoólica, a prova da constatação de embriaguez é imprescindível para persecução penal. Contudo, a recusa em fazer os exames pertinentes, baseado no princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), embaraça a colheita de provas essenciais do caso, dificultando a busca da verdade real, escopo do processo judicial penal.

Com isso, vem à tona o conflito entre o interesse público no desenvolvimento de uma sociedade com mais segurança no trânsito e o interesse privado do indivíduo supostamente alcoolizado de não produzir prova contra si.

Diante desse conflito, um questionamento se faz imprescindível: é adequada essa aplicação do princípio da não autoincriminação? Em outras palavras, há fundamento sustentável no uso desse princípio como base para a recusa à submissão aos testes de alcoolemia? A importância dessa questão conduz a reflexões quanto aos limites e extensões na aplicação desse princípio ao caso concreto.

Para entender a aplicação do direito de não produzir provas contra si mesmo é necessário investigar suas origens, entendê-lo em uma perspectiva histórica. Dessa forma, será possível compreender o uso desse princípio no passado, sua aplicação no presente e quais as novas perspectivas para o futuro.

## **2 O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

O direito a não autoincriminação ou de não produzir prova contra si mesmo é conhecido também pela sua forma latina como *nemo tenetur se detegere*. Literalmente, a expressão significa que “ninguém

é obrigado a se descobrir” (QUEIJO, 2012, p. 28) ou “ninguém é obrigado a se revelar” (TROIS NETO, 2011, p. 22).

O princípio do *nemo tenetur se detegere* se revela através de direitos com os quais mantém íntima relação, sendo, inclusive, reconhecidos como direitos sinônimos. Como exemplo pode-se mencionar o direito ao silêncio, o direito de mentir, o direito de não comparecer a certos atos, o direito de não fornecer provas, entre outros.

Essas multifaces do direito em estudo deixam claro que esse princípio é gênero e que os outros direitos, por meio dos quais se expressam garantias, são espécies oponíveis contra o Estado, na persecução penal. Desse modo, o direito a não autoincriminação é de maior abrangência, mais amplo, uma vez que compreende todos os demais direitos a ele correlatos.

Não há dúvida em relação à importância desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente na sua posição como garantia individual diante dos atos de ofensa a direitos fundamentais.

Todavia, questões surgem como desafio para o direito de não produzir prova contra si mesmo e, nesse sentido, Albuquerque (2008) defende que a falta de melhor regulamentação da matéria em nosso ordenamento ressalta a importância do estudo da garantia da não autoincriminação.

Com relação às origens do princípio do *nemo tenetur se detegere* na Antiguidade, Queijo (2012) afirma haver quem considere o princípio inserido entre as regras gerais de direito, não sendo possível identificar precisamente suas origens. Além de concordar com a impossibilidade de verificação da origem do princípio em estudo, Trois Neto (2011) assegura não haver facilidade, entre os teóricos, de identificar sua razão de existência – e sobrevivência – ao longo da história.

Sabe-se, porém, que na Idade Média, assim como na Antiguidade, não havia espaço para a manifestação do *nemo tenetur se detegere*. Por outro lado, foi na Idade Moderna que esse princípio passou a ser desenvolvido, notadamente no período do Iluminismo (QUEIJO, 2012).

Beccaria (2004) já afirmava existir uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais, ao se exigir do acusado o jurar dizer a verdade quando seu maior interesse é escondê-la.

Hobbes (1998, p. 49), referindo-se à invalidez do pacto para acusar-se a si próprio, afirma que “ninguém está obrigado, por pacto algum, a acusar a si mesmo, ou a qualquer outro, cuja eventual condenação vá tornar-lhe a vida amarga”.

Na Inglaterra, o princípio de não fazer prova contra si mesmo, inicialmente, ainda no final da Idade Média, foi identificado nas cortes eclesiásticas pela máxima latina *nemo tenetur prodere se ipsum*, que significa “ninguém é obrigado a se trair”. Dessa forma, entendia-se que o homem deveria confessar seus pecados apenas a Deus. No entanto, a Igreja obrigava aos infratores a fazer o juramento. Nesse caso, o *nemo tenetur se detegere* só funcionava quando o crime não era conhecido. Todavia, foi nas cortes do *common law* que o direito em estudo surgiu com nome de *privilege against self-incrimination*, no final século XVIII (QUEIJO, 2012).

Nos Estados Unidos, por volta do século XVII, os estados não permitiam a defesa por advogados, o que levou ao desenvolvimento do *privilege against self-incrimination* mais cedo que na Inglaterra, pois o réu não podia acusar a si mesmo, embora esse princípio somente tenha sido positivado nas constituições dos estados americanos no século XX, através da Quinta Emenda à Constituição (QUEIJO, 2012).

Tais posicionamentos mostram apenas o nascedouro do princípio de não fazer prova contra si, sendo importante se ter um vislumbre, ainda que breve, de sua aplicação na atualidade em países diversos, para compreender a crítica a ser feita adiante à interpretação extensiva que lhe é dada no Brasil.

Na Itália, o princípio *nemo tenetur se detegere* não é expressamente positivado na Constituição, no entanto, entende-se que o princípio se insere na presunção de não culpabilidade e no direito de defesa como interpretação de não colaboração, ambos positivados no texto constitucional. Todavia, a ausência de resposta do acusado à

pergunta formulada é consignada no termo, e o silêncio poderá ser valorado em seu desfavor pelo juiz (TROIS NETO, 2011).

No direito alemão, tanto o direito de não produzir prova contra si mesmo, como o direito ao silêncio não estão expressamente positivados no texto constitucional. Todavia, há o entendimento de que o princípio tem interpretação constitucional, como direito fundamental, não podendo ser violado pelo judiciário ou pelo legislativo (QUEIJO, 2012).

Ainda sobre o direito alemão, muito embora seja reconhecido o princípio *nemo tenetur se detegerer* quanto à liberdade de declaração, em relação à produção de prova, Trois Neto (2011) afirma ser possível realizar medidas coercitivas, para instruir a investigação, a exemplo da coleta de sangue impressões digitais ou fluidos corporais, a submissão a exames físicos ou psíquicos, reconhecimento das vítimas ou testemunhas etc.

O direito de não autoincriminação na Espanha está expressamente positivado na sua Constituição e também na legislação infraconstitucional. Entende o Tribunal Constitucional que a liberdade de declaração é uma garantia de defesa, no entanto, o silêncio ou respostas evasivas podem ser usados em desfavor do acusado ou do investigado (TROIS NETO, 2011).

Em Portugal, o *nemo tenetur se detegere* não é expressamente enunciado, porém, é reconhecido como baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito às garantias de defesa e na integridade pessoal, que abrange a integridade física e moral (QUEIJO, 2012).

No entanto, com relação às outras formas de autoincriminação, o direito português sujeita o acusado à realização de medidas coercitivas, especificamente as intervenções corporais, não podendo o investigado se recusar de colaborar para a realização de perícias no próprio corpo, quando necessárias à investigação (TROIS NETO, 2011).

Na Inglaterra, o direito a não autoincriminação tem hoje uma interpretação restrita quanto à sua abrangência. O *Criminal Justice*

on *Public Order Act*, de 1994, ao mesmo tempo em que resguarda o direito de não responder às perguntas das autoridades possibilita que o silêncio do investigado ou do acusado seja usado em seu desfavor, salvo se a justificativa for bastante convincente.

Já em relação às intervenções corporais, o *Criminal Justice...* prevê a obrigatoriedade de o acusado se submeter à coleta de amostras biológicas não íntimas, ou seja, aquelas que se procedem superficialmente, ou na cavidade oral (TROIS NETO, 2011).

Nos Estados Unidos da América, a Constituição Federal, por meio da Quinta Emenda, estabelece o *privilege agaisnt self-incrimination*, expressão norte-americana do *nemo tenetur se detegere*, que reconhece o direito de que ninguém pode ser compelido em casos criminais a ser testemunha contra si mesmo

Em julgamento famoso na data de 1966, no caso *Miranda x Arizona*, a Suprema Corte Americana, com interpretação da Quinta Emenda, reconheceu que o acusado ou investigado tem o direito de permanecer calado, devendo as autoridades cientificar o preso de seu direito e que tudo que for dito pode ser usado desfavoravelmente.

No entanto, ainda conforme Trois Neto (2011), também nos Estados Unidos é reconhecido o direito a não autoincriminação apenas nas formas orais de declaração, não se estendendo as intervenções corporais.

Assim sendo, é possível observar, a partir dos exemplos citados acima, prevalência do entendimento de que o privilégio contra a não autoincriminação refere-se exclusivamente às manifestações testemunhais do acusado, abrangendo apenas às declarações orais em seu próprio favor.

Em razão disso, Albuquerque (2008) analisa que a aplicação e a interpretação desse princípio não devem alcançar a possibilidade de o acusado se recusar a participar de qualquer prova que venha a prejudicá-lo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e a Convenção Europeia de Direito Humanos, de 1950, não mencionam de forma expressa o direito a não autoacusação, no que toca a não colaboração em qualquer meio de prova.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos se limita a afirmar que ninguém será submetido a tortura nem mesmo a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, e assegura ao acusado um julgamento público, no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa, respectivamente, artigo 5º e 11º do diploma internacional acima referido (OLIVEIRA, 2012).

A Convenção Europeia de Direito Humanos, igualmente, não expressou o direito a não autoincriminação em todas as suas manifestações, acolhendo-o, no artigo 6º, associado à presunção de inocência e as regras do procedimento correto (QUEIJO, 2012).

O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, no art. 14, n. 3, alínea “g”, dispõe que toda pessoa acusada de um crime tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, do ano 1969, artigo 8, II, alínea “g”, prescreve o direito de a pessoa não ser obrigada a depor contra si mesma nem declarar-se culpada (OLIVEIRA, 2012).

No Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, foram ratificados em 1992, respectivamente, pelos decretos 678, de 06 de novembro e 592, de 06 de julho.

Analisando os textos dos diplomas internacionais acima mencionados, resta claro que o *nemo tenetur se detegere* quase nunca vai além da prerrogativa de se calar em interrogatório ou de se recusar a depor.

Portanto, muito embora o Brasil tenha ratificado os textos internacionais acima referidos e já aplique o direito a não autoincriminação quanto ao silêncio nos interrogatórios judiciais e no âmbito da investigação policial, persiste a extensão dessa aplicação quanto à produção de certos tipos de prova. Embora os defensores dessa interpretação extensiva se fundamentem exatamente nos mencionados textos internacionais de proteção dos direitos humanos, observou-se, acima, que eles se limitam às prerrogativas de se calar em interrogatório, de se recusar a depor ou de confessar culpa.

### **3 A GARANTIA AO SILÊNCIO PREVISTA NO ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Conforme Paulo e Alexandrino (2009), a expressão *direitos fundamentais* é utilizada para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado e declarados como tais nos textos constitucionais.

Por outro lado, garantias fundamentais são aquelas normas de característica protetiva, positivadas no texto constitucional e que asseguram o exercício do direito material, a exemplo das normas que garantem o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Nesse entendimento, tratando da diferenciação entre direitos e garantias individuais, Miranda (1988, p. 89) afirma que:

[...] os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Com relação aos limites de atuação do Estado em razão das garantias individuais, Albuquerque (2007, p. 39) afirma que “é inquestionável que o Estado concentra poder em suas mãos ou, o que é mais delicado e perigoso, nas mãos de seus agentes”.

Por isso, é imprescindível a existência de normas que garantam, sobretudo, a instrumentalização do processo, fazendo valer os direitos das pessoas em face do Estado.

A Constituição Brasileira, no art. 5º, LXIII, garante que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer

calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

No tocante ao direito do preso de permanecer calado, a expressão *preso* foi usada no âmbito de toda a persecução penal do Estado, em razão de declarações que sejam desfavoráveis ao investigado ou réu (MORAES, 2002).

Anteriormente à Constituição de 1988, não havia previsão expressa do direito a não autoacusação, como o direito ao silêncio. Em razão disso, segundo Mendes, Coelho e Branco (2010), o tema era tratado no âmbito do devido processo legal, do princípio da não culpabilidade e do processo acusatório.

Assim sendo, em meio a muitas regras de direito processual penal infraconstitucional, a garantia do preso de permanecer calado foi incluída no rol das garantias individuais na Constituição Federal de 1988, não restando dúvida de que tenha natureza de direito fundamental.

O direito de permanecer em silêncio já tinha previsão no Código de Processo Penal, no entanto, o silêncio poderia ser interpretado contra o acusado e as perguntas feitas seriam registradas, podendo servir de fundamento para a formação do convencimento do juiz (BUENO FILHO, 1994).

Após a alteração de dispositivos do Código de Processo Penal, relativos ao interrogatório, promovida pela Lei 10.792/2003, o juiz deverá apenas informar ao acusado sobre o direito de ficar calado. Da mesma maneira deve acontecer no âmbito do interrogatório policial, em razão do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988. Para Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004), é o direito ao silêncio que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado.

Dessa forma, o Código de Processo Penal se alinha à garantia constitucional, assegurando ao réu o direito ao silêncio, pois não pode ser obrigado a depor contra si e esse silêncio não pode ser presumido em seu desfavor.

A restrição da aplicação da garantia da não autoincriminação ao direito de silêncio em seu interrogatório, seja durante as investigações,

seja na instrução processual, se mostra condizente com o que foi observado acima, nos países de maior tradição jurídica do Ocidente.

Sobre o direito ao silêncio estar limitado à defesa apenas no interrogatório, Nicolitt (2009, p. 389) afirma que “para além do silêncio, o acusado pode até mesmo mentir em sua defesa sem que isto gere qualquer consequência, em razão do princípio da ampla defesa, que não comporta esta limitação”.

Ainda mais contundente é o pensamento de Oliveira (2012, p. 169), ao assegurar que “a previsão constitucional instituída como garantia individual não vai além da afirmação do direito a permanecer calado, conforme o art. 5º, LXIII, da Constituição da República”. Oliveira (2012, p. 173) ainda afirma que:

Direito ao silêncio é direito a permanecer calado, direito a não ser obrigado a depor [...]. O princípio manifesta-se, portanto, como garantia individual no processo, quando atinente à formação de convencimento judicial, e fora dele, como proteção a direitos fundamentais, tal como ocorre com o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Do ponto de vista de uma leitura rigorosamente interpretativa de nossa Constituição, não vemos dúvidas em afirmar que o direito ao silêncio não está estruturado para outras finalidades.

Ainda sobre a interpretação dada à aplicação do direito de não produzir prova contra si mesmo, Ferrajoli (2002, p. 486), ao tratar do *nemo tenetur se detegere* no modelo garantista, afirma que:

*Nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processo acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela tortura espiritual, como chamou Pagano, que é juramento do imputado; o direito ao silêncio, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição de não se arrancar a confissão com a

violência, mas também de obtê-la mediante a manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.

Do texto acima descrito, podemos observar que Ferrajoli trata o direito de não produzir prova contra si mesmo no tocante às declarações verbais, principalmente no âmbito do interrogatório. Nesse sentido, o autor não faz menção às extensões de interpretações que muitos tentam dar a este direito, a exemplo do infrator que se recusa a fazer exames de alcoolemia, declarando que não é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

#### **4 A EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO NOS CRIMES DE TRÂNSITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Nas notas históricas do direito de não produzir prova contra si mesmo restou demonstrado o seu surgimento como uma garantia de proteção a direitos como à liberdade, à vida e à integridade física e psíquica das pessoas em face dos abusos cometidos diante da busca desenfreada por punição por parte do Estado.

Nos dias atuais, o direito ao silêncio ainda permanece com a feição de garantia. Nesse sentido, a garantia apenas assegura preservação de direitos. No caso da garantia ao silêncio, um dos direitos é a liberdade. O infrator se cala com intenção de assegurar sua liberdade presente e futura.

Para Albuquerque (2008), a garantia de não autoincriminação existe para a proteção de direitos fundamentais, ou seja, em função

deles. Em síntese, ela não é um fim si em mesma, mas, antes, um meio de proteção dos verdadeiros direitos fundamentais.

Na doutrina brasileira atual, é majoritária a corrente que sustenta uma concepção ampla do direito a não autoincriminação, decorrente de uma interpretação extensiva da norma extraída do enunciado do art. 5º, inciso LXIII, da CF-88.

É o caso de Lopes Jr. (2009, p. 2007), para quem:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia maior, insculpida no princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória ou por exercer seu direito de silêncio quanto interrogado.

Nota-se que, para o autor, do exercício desse direito não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou prejuízo para o acusado e que as manifestações como o direito de mentir, de ficar em silêncio e de não participar de exames são corolários do direito de não produzir prova contra si mesmo.

Conquanto seja esta a posição majoritária entre os teóricos e também nos tribunais, preferimos dela discordar, porquanto observamos que o direito a não autoincriminação no ordenamento brasileiro se limita aos interrogatórios no âmbito da persecução penal, não regulando o direito de não produzir prova contra si mesmo, em sua totalidade,

No mesmo sentido, Albuquerque (2008), se referindo à extensão e aplicação da garantia a não autoincriminação, afirma que a Constituição Federal, literalmente, nada afirma além do direito do preso de permanecer calado e que os juristas passaram a aplicá-lo como imunidade total, diante de qualquer produção de prova que se lhe apresente desfavorável.

A aplicação extensiva do direito ao silêncio, como óbice à produção de qualquer prova que prejudique a si mesmo, se reflete sobre a persecução penal, reduzindo-lhe a eficiência. A produção de provas, no que toca à constatação de uso de álcool associado à direção

de veículos automotores, por ocasião de um acidente ou mesmo em situação de flagrante de motorista embriagado no volante, é extremamente reduzida em razão do suposto direito de não se estar obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Nesse sentido, Fernandes (2005) afirma que é necessário que o Estado tenha alguma vantagem no início das investigações, no começo da colheita de provas, inclusive porque o autor do delito preparou-se para tanto ou procura ocultar sua prática, havendo uma desigualdade real, em desfavor do Poder Público. Em juízo, ao contrário, deve-se munir o réu de todos os meios de defesa, para minimizar a desigualdade, agora em seu desfavor, já que o Estado conta com uma investigação finalizada a seu respeito.

Esta situação exposta por Fernandes se adequa inteiramente aos casos de suspeita de embriaguez ao volante, especialmente em caso de acidentes com vítimas fatais ou lesões graves, sendo necessário que o Estado tenha à sua disposição mecanismos para a produção de provas, o que não impede o pleno exercício do direito de defesa do acusado em juízo. É importante, e até óbvio, compreender que muitas circunstâncias fáticas devem ser comprovadas por provas, ou ao menos indícios, colhidas logo após o fato, pois não poderão ser reproduzidas ou comprovadas em juízo.

Pode-se dizer, assim, que o princípio do direito ao silêncio se manifesta como garantia individual no processo quando atinente à formação de convencimento judicial e, fora dele, como proteção a direitos fundamentais, não deveria o infrator usar dessa garantia para obstar a produção de provas, salvo quanto ao seu depoimento, uma vez que na fase do inquérito não há espaço para presunção de inocência, contraditório e ampla defesa.

A extensiva aplicação do princípio da não autoincriminação mitiga de tal forma o princípio da verdade real nos crimes de trânsito que a persecução penal tem pouco efeito prático, tornando-se ineficaz e inoperante, aumentando a sensação de impunidade, que, por sua vez, estimula a continuidade da prática da direção sob os efeitos do álcool.

Queijo (2012) ainda afirma que o direito de não produzir prova contra si mesmo não pode ser concebido de forma absoluta, em razão de impossibilitar a persecução penal em alguns casos, frustrando por completo o interesse público na apuração dos crimes. Afirma, ainda, por esta razão, há um problema que necessita de se buscar critérios para solução.

Portanto, nas palavras de Albuquerque (2008), o *nemo tenetur se detegere* deve ser interpretado no âmbito do devido processo legal, posto ao lado das outras garantias, como o contraditório, ampla defesa, não admissão de provas ilícitas e outras. Entende ainda o autor que tal garantia deve comportar uma aplicação e interpretação bem mais restrita, porém, ao mesmo tempo, bem mais adequada às finalidades institucionais do processo.

Especificamente aos crimes de trânsito sob o efeito do uso do álcool, é preciso um embasamento bem mais adequado para justificar as restrições à persecução penal em que tem direito a grande comunidade lesada.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Sob uma perspectiva do direito processual constitucional, na função de proteção da sociedade, da paz social, da defesa dos interesses jurídicos, o Processo Penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para persecução penal.

Ao mesmo tempo, o processo penal constitucional, sob o prisma do indivíduo, deve se revestir de meios que assegurem o inteiro gozo de direitos e garantias fundamentais como forma de evitar os abusos do Estado.

Esse confronto de interesses fundamentais, tendo, de um lado a sociedade, que reclama por proteção, através de um processo penal eficaz e do outro, o indivíduo, que não quer se submeter a arbitrariedades, tem sido o cenário da discussão quanto à aplicação do princípio da não autoincriminação nos casos de delitos de trânsito.

Não se pretende com este artigo defender ideia de que o interesse público haverá sempre de prevalecer em detrimento das garantias individuais. O abuso do Poder Público, por meio do sistema penal, é tão ou até mais nocivo do que os crimes que se queira evitar.

No entanto, aponta-se como equivocada a aplicação dada, especialmente no Brasil, ao princípio da não autoincriminação para alcançar a recusa à produção de provas como o “bafômetro”, partindo-se de dois pilares, baseados nos argumentos até aqui estudados.

Primeiramente, há uma extensão do significado desse princípio erroneamente fundamentada na Constituição e nos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos. Dessa forma, é comum o infrator dizer que não está obrigado a produzir prova contra si mesmo, em razão de tal direito estar previsto na Constituição Federal.

Todavia, tanto o disposto na Constituição Federal quanto o que está previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, e na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, não vão além da não obrigatoriedade da colaboração de provas no que tange às declarações verbais em qualquer fase da persecução penal. Portanto, não são preceitos aplicáveis na produção de qualquer tipo de prova, sobretudo aquela que necessite da contribuição do acusado, sem necessariamente fazer intervenção corporal, a exemplo do “bafômetro”.

Sobre o tema, uma conclusão importante que se faz é saber que no direito comparado o cenário com relação à produção de provas para constatação da embriaguez na condução de veículo automotor é completamente diferente, sobretudo em países de reconhecida tradição jurídica.

O segundo argumento contrário a essa aplicação equivocada do princípio da não autoincriminação é o interesse público na defesa da obrigatoriedade de submissão à prova técnica do estado de alcoolemia. Não se trata de mero desejo de vingança, fator comum de motivação das manifestações sociais diante da criminalidade crescente. Tampouco se pretende criar um Estado em que se desprezem as garantias individuais. Ao contrário, o que se pretende é a criação de

um ambiente de desenvolvimento da paz social consciente, com a colaboração de todos.

A repulsa ao “bafômetro” é um problema de gênese cultural diversa da maioria dos crimes que produzem resultados fatais. Em regra, quem dirige embriagado não o faz com o intuito de ofender bens jurídicos alheios. O uso de instrumentos como o etilômetro não apenas serve como meio de prova para punição, mas é valioso instrumento de educação, de modelação de costumes.

Além disso, a violência no trânsito é fato de forte impacto negativo no desenvolvimento da sociedade. O caos que hoje se verifica, com números cada vez mais altos de acidentes graves e até fatais, causados por embriaguez, gera as mais diversas consequências danosas, não apenas para a vítima e seus familiares, mas a toda a sociedade.

O aumento da despesa pública com hospitais, cirurgias, remédios e tratamentos, as despesas com os processos judiciais, os investimentos em propagandas e programas de conscientização da população sobre os efeitos das bebidas no trânsito, os prejuízos que a indústria e o comércio sofrem em decorrência dos atrasos causados pelos frequentes engarrafamentos frutos dos acidentes nas estradas e principais vias das cidades e várias outras consequências dos crimes de trânsito se põem como fatores de atraso no desenvolvimento da sociedade.

Portanto, uma sociedade desenvolvida é também uma sociedade segura. E segurança implica em menos custo para o Estado, melhor capacidade de investimento em setores essenciais e, conseqüentemente, melhor qualidade de vida.

**The right against self incrimination and constitutional right to silence in traffic crimes: the mistake of interpretation extensive**

ABSTRACT: This article focuses on the interpretation and application of the constitutional right to silence, widely accepted as the legal basis of the right against self-

incrimination in relation to the release to alcohol tests associated with traffic violations. Based on the literature on the subject, the article analyzes if the Brazilian legislation provides support for the interpretation that gives shelter to those who refuse to submit to alcohol tests.

*Keywords:* Right against self incrimination. Right to silence. Alcohol tests. Traffic crimes.

Artigo recebido em 31/01/2013 e aceito para publicação em 20/03/2013.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não autoincriminação**: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BUENO FILHO, Edgar Silveira. **O direito à defesa na constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fausi Hassan Chourk, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HOBBES, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAIS, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

QUEIJO, Maria Elizabete. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se degere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito a não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.