

## 2. DOCTRINA NACIONAL

---

### 2.3

#### EXAME DE ALCOOLEMIA: SUA VALIDADE COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

*"Os homens não podem subtrair-se ao conceito de direito  
nem nas suas relações privadas, nem nas públicas".*

Kant, *A paz perpétua*.

**Resumo:** Análise do exame de alcoolemia instituído pelo Código de Trânsito. Admissibilidade da prova. Afastamento da prova ilícita e interpretação harmônica do direito ao silêncio e do princípio *nemo tenetur se ipsis accusare*. Aplicação do princípio da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Processo penal – Garantias constitucionais – Prova – Código de Trânsito – Exame de alcoolemia – Admissibilidade – Aplicação do princípio da proporcionalidade.

1. Já há muito que a jurisprudência nacional vinha reclamando o reconhecimento da autonomia das figuras de delitos de trânsito, com iniludível dignidade penal e carência de tutela específica: as condutas gravosas contra bens jurídicos referenciados numa ordem axiológica estabelecida a partir da Lei Fundamental – que passa a fazer parte da Constituição material – encontram numa política criminal voltada para a proteção destes bens fundamentais (como a integridade física e a vida) a resposta na forma de sua inserção no controle exercido pelo direito penal que, como *ultima ratio*, vem se mostrando necessário. Já não bastava sua inclusão entre as contravenções penais e os delitos de natureza administrativa: a perseguição penal aí nessa matéria parece mais eficaz, não só pelo seu caráter de prevenção especial, mas fundamentalmente pela sua função de prevenção geral, que coloca o sistema penal como meta de exemplificação e educação, com toda a carga de estigmas que podem pesar sobre o delinqüente de trânsito, submetido ao processo penal e a penas de cariz reeducador, como as de prestações de serviços. A direção de veículo automotor sob efeito de bebida alcoólica ou de substância análoga, que determina uma potencialidade lesiva<sup>1</sup> na medida em que prejudica os reflexos e os processos inibitórios do motorista, é um dos casos decorrentes desse entendimento

<sup>(1)</sup> Aqui, no entanto, não entraremos na análise de sua colocação taxionômica.

jurisprudencial assente em nossos tribunais.<sup>2</sup> A nova lei de trânsito vem, assim, emitir eco às vicissitudes experimentadas nos modernos meios de agressão a bens jurídicos, inequivocamente sentidos com maior precedência nos tribunais.

O estado de periculosidade atingido pelo motorista sob efeito de bebida alcoólica é traduzido por níveis apurados através de critérios científicos e estabelecidos no Código de Trânsito (art. 276). No entanto, precisam de ser aferidos para a configuração do delito, posto que só a menção ao estado de embriaguez pelos testemunhos não é suficiente para se aquilatar os níveis de dosagem alcoólica. Neste aspecto parece-nos insuficiente a simples descrição de sinais externos apresentados pelo motorista, já que não revelam o grau de alcoolismo configurador de embriaguez: a prova testemunhal não pode – nem deve – suprir a perícia de alcoolemia. Por isso, o legislador trilhou o caminho certo ao dispor sobre a realização do exame (art. 277, do referido Código). No entanto, é aqui que surge a problemática estreitamente relacionada ao sistema de provas do processo penal, agora auspiciado pela Lei Fundamental, que estabelece a arquitetura de direitos e garantias – algumas notoriamente processuais – a partir de uma linha filosófica presidida por princípios gerais dos direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.<sup>3</sup>

2. Há muito que os tribunais vêm ressalvas na perícia, entendendo que a recusa tem suporte no princípio de inexigibilidade, mas daí extraindo uma presunção em desfavor do suspeito.<sup>4</sup> As decisões multiplicam-se, seguindo a orientação de que “Aquele que se recusa a submeter-se ao exame sofre a seu

(2) É paradigmática a seguinte decisão do Tribunal de Santa Catarina: “Lesão corporal culposa. Acidente de trânsito. Pilotagem em estado de embriaguez. Imprudência caracterizada. *O simples estado de embriaguez basta à imputação de imprudência do motorista causador de acidente de trânsito*, especialmente quando constatado um índice com grau máximo de álcool por litro de sangue” (grifamos. ApCrim 33780, Jaraguá do Sul, rel. Des. Solon D’Eça Neves, DJ 9378, de 15.12.1995, p. 13). E mais esclarecedora a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que refere: “Lesão corporal culposa. Acidente de trânsito. Motorista embriagado. Imprudência reconhecida. A só circunstância de estar alguém guiando sob a ação de estado alcoólico é suficiente para sua punição por acidente de trânsito, visto que a atenção e os reflexos normais de quem nesse estado se encontra, são bastante atingidos pela absorção do álcool” (rel. Manoel Carlos, Lex 81/284-286).

(3) E não se pode negar que a base de valores axiológicos reconhecida na Constituição material, erige uma rígida orientação para a formação do *corpus* jurídico, ultrapassando, portanto, o campo de significação meramente ontológico: ela torna-se concreta a partir da atividade legislativa infraconstitucional (aí também entendida a exegese para a conformação das normas) e atividade judicante, aplicando-a na distribuição da justiça.

(4) É paradigmática a decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul: “Desobediência. Delito não configurado. Acusado que se recusa ao exame de

desfavor da presunção da embriaguez que pode ser fortalecida por averiguação clínica e mesmo por idôneos informes testemunhais".<sup>5</sup> Em boa verdade a matéria já não podia ser encarada desta forma sob a vigência da nova ordem constitucional. Porque na descoberta da verdade real, o juiz não se compraz com as presunções referidas à recusa de colaboração deferida ao réu através do direito a permanecer calado: este é um seu direito fundamental, não podendo influir na valoração da prova. Como salienta Costa Andrade: "O silêncio [aqui também entendido como o direito a não fazer prova contra si, implícito no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*] deve, por isso, ser tomado como ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova".<sup>6</sup> E, por outro lado, sob o prisma de configuração dos crimes culposos, as informações apresentadas por testemunhas não eram seguras à configuração da embriaguez, devido a conceitos ou percepções falhas. Por isso, o estabelecimento na nova lei de trânsito de um limite seguro entre a sobriedade e o estado de embriaguez, bem como a autorização de realização da perícia específica, vieram a dar contornos mais precisos à matéria de crimes de trânsito, na esteira do que já preconizava a política criminal. O exame de alcoolemia insere-se, desta forma, no sistema de provas do processo penal, que é regido primacialmente pelo princípio dos meios lícitos de obtenção de prova (art. 5.º, LVI, CR).

Mais recentemente, no entanto, a própria norma do Código de Trânsito vem sendo contestada pela doutrina,<sup>7</sup> que invoca, indistintamente, uma plethora de direitos fundamentais, mais ou menos ordenada à guisa de tornar ilegítima a exigência ou coação ao exame de alcoolemia: entram neste rol a presunção da inocência (consagrado no art. 5.º, LVII, da CR) e o direito a permanecer calado

dosagem alcoólica, para instruir processo contravencional de embriaguez. Oposição legítima. Absolvição decretada. Inteligência do art. 330 do CP. A negativa do réu ao exame para a pesquisa e dosagem de álcool de seu sangue gera presunção em seu desfavor, mas não tipifica a infração prevista no art. 330 do estatuto repressivo" (rel. Sebastião Adroaldo Pereira, RT 435, jan., 1972, p. 413-414). Esta decisão deixa de levar em consideração, obviamente, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* que, uma vez invocado pelo indiciado ou acusado, não pode gerar circunstâncias de agravamento de sua situação processual.

(5) HC 199.678/2, TACrimSP, rel. Juiz Ribeiro Machado, RJDTACrim 9, p. 171-172.

(6) Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra : Coimbra Ed., 1992. p. 128. Cfr., ainda, Guilherme de Souza Nucci. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo : RT, p. 161-175. Este autor, comentando o direito de forma mais enfática, afirma: "Dizer que o silêncio do acusado pode auxiliar na formação do convencimento do magistrado é o mesmo que não lhe dar a possibilidade de ficar calado (...)" (op. cit., p. 169).

(7) Veja-se a respeito André Luís Callegari. "A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo Código de Trânsito", RT 757, nov., 1998, p. 426-431. Cfr., ainda, Vicente Greco Filho. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 47.

(do art. 5.º, LXIII, CR). Na doutrina alienígena, recorre-se, também, ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas temperado por uma relativização em face de outros interesses sociais, inclusive o de realização do direito penal.<sup>8</sup> O problema que avulta, entretanto, é saber se o exame de alcoolemia pode ser valorado quando imposto ao motorista, mesmo que aparentemente uma contenda com os citados direitos e garantias de dignidade constitucional. Por outras palavras: o conjunto de direitos fundamentais – a orientação constitucional – invalida aquele meio de prova e, por conseguinte, sua valoração pelo juiz?

3. Numa primeira aproximação ao problema, torna-se importante lembrar que o processo penal brasileiro, diferentemente de outros sistemas, não apresenta um regime de proibição de provas. A matéria é mais ou menos definida, com algumas variantes determinadas pela jurisprudência e doutrina, no processo norte-americano, regido pelas *exclusionary rules*. Elas têm como ponto de partida as emendas à Constituição, que estruturam o *corpus* do direito processual, que se evidencia como um rigoroso sistema de garantias da liberdade pessoal, presidido pelo *due process of law*.<sup>9</sup> Assim, o regime de proibições de prova no direito norte-americano tem um caráter essencialmente vinculado à proteção dos direitos individuais e orientado por garantias processuais constitucionais (como claramente se vê no *V Amendment*, que estabelece a garantia do *privilege against self-incrimination* e do *XIV Amendment*, referente ao *due*

(8) Cfr., por todos, Costa Andrade, op. cit., passim. Não, contudo, Figueiredo Dias, que concebe o princípio da dignidade da pessoa humana em grau extremo. O autor refere “quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa, inclusive da vítima –, nenhuma transacção é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, como disse, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal” (*Para uma reforma global do processo penal português. Para uma nova justiça penal*. Coimbra : Almedina, 1996. p. 189-242, cit. p. 207). Ressalte-se que o autor não despreza a dificuldade de concretizar o direito adjetivo a partir da norma axiológica da dignidade – que se concretizou num dos princípios (talvez o principal) da Constituição portuguesa de 1976 – que em termos ontológicos apresenta um conceito amplíssimo.

(9) Já tivemos oportunidade de mencionar que: “O sistema de direitos e garantias constitucionais [norte-americano] entra em direta correspondência com a proteção dos direitos individuais, traduzindo-se, a maior parte destes, na essência da liberdade pessoal”. E mais adiante concluímos afirmando que: “Este sistema, por sua vez, é presidido pela garantia do *due process of law*. Desta forma, a negação, revogação ou restrição de alguma das prerrogativas contidas no sistema de garantias da liberdade pessoal, também afeta o *due process of law*” (Isaac Sabbá Guimarães. “*Habeas corpus*: crítica e perspectivas”, p. 121-122, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Coimbra em 1998).

*process of law*).<sup>10</sup> As proibições carecem de flexibilidade, estabelecendo regras muito claras para o sistema de acusatório puro, no qual o *State Prosecutor*, orientando as investigações da polícia judiciária, deve rejeitar os meios de prova insuscetíveis de apreciação pelo tribunal. Desta forma, os órgãos formais de controle de criminalidade sujeitam-se a um crivo que pode determinar não apenas irregularidades, mas nulidades absolutas com efeitos-à-distância, ou seja, que contaminam o restante das provas decorrentes das primeiras.

Já o direito alemão, com suas *Beweisverbote*,<sup>11</sup> enquadra o regime de proibições num contexto em que se delineia uma vertente substantiva: ao invés de rigorosas normas processuais, a propensão de proteger bens jurídicos derivados de uma escala de valores axiológicos que formam a sua *Grund Norm*: daí destaca-se a proibição dos meios de prova que contendam com a dignidade humana (art. 1.º da Constituição, *GN*), com o livre desenvolvimento da personalidade (art. 2.º, *GN*), com a inviolabilidade do segredo de correspondência e das telecomunicações (art. 10.º, *GN*) ou com a inviolabilidade do domicílio (art. 13.º, *GN*). E este regime está assente, com maior destaque, no § 136a), do *Strafprozessordnung*, segundo o qual: “A liberdade de formação e declaração da vontade do argüido não pode ser prejudicada através de maus tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de quaisquer meios, tortura, meios enganosos ou hipnose”.<sup>12</sup> Por este ponto de vista, do qual se ressalta, por um lado, o perfil extremamente fragmentário do Direito Constitucional, incapaz, portanto, de proteger os muitos interesses do homem na busca de seu “livre desenvolvimento” e, por outro, a necessidade de melhor fixação das regras segundo as condições historiológicas e de tempo, as proibições acabam por tornarem-se um campo fértil para a exegese jurisprudencial das cortes de justiça, especialmente para o Tribunal Constitucional e para a doutrina, que vêm assentando limites mais bem definidos àqueles bens jurídicos. As próprias noções de dignidade da pessoa humana e de livre desenvolvimento da personalidade (presentes na dogmática constitucional europeia do pós-guerra e radicadas em conceitos ontológicos de ampla significação, inclusive para justificar o natural princípio de autodeterminação), permitem uma conformação de acordo com os critérios culturais e de tempo, sem que, na realidade, se comprometa seu núcleo essencial, o chamado núcleo duro dessas idéias. Daí que a jurisprudência alemã tem

(10) Costa Andrade refere que: “Na linha duma tradição secular que remonta à Magna Charta (1215), nos Estados Unidos tende a privilegiar-se a dimensão processual como sede de proclamação e de tutela. Em geral os direitos fundamentais começaram por fazer caminho como garantias contra a intervenção abusiva das instâncias de perseguição criminal, só num segundo momento, e de forma derivada, vindo a ganhar significado material substantivo”. E mais adiante arremata afirmando que: “Os dispositivos constitucionais a que os tribunais americanos sistematicamente se acolhem apresentam um étimo e uma estrutura marcadamente processuais” (op. cit., p. 136).

(11) Cfr. Costa Andrade, op. cit., passim.

(12) Apud Costa Andrade, op. cit., p. 152.

aceitado a ponderação dos bens jurídicos em jogo (os que digam respeito à pessoa do réu e àqueles referenciados aos interesses sociais), para a realização do direito penal especialmente contra as condutas que aflijam o mínimo ético necessário à paz social.<sup>13</sup>

Por fim, o processo penal português<sup>14</sup> consagra um regime autônomo de proibições de prova, tendo como linhas mestras o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CR de 1976), o direito à integridade física e moral (art. 25.º, CR), direito à imagem e à reserva de intimidade da vida privada (art. 26.º, CR), as garantias de processo criminal que tornam “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (art. 32.º, 6, CR). O horizonte da matéria é bem definido no art. 126.º do CPP, que estabelece os métodos proibidos de prova, que regulamenta os princípios e direitos constitucionais. Mesmo assim, reconhece-se aqui seu caráter fragmentário, que cria uma interdependência com outras constelações legais, como a do direito penal. Isto fica bem claro quando dispõe a nulidade das provas obtidas com a “utilização de força, *fora dos casos e dos limites permitidos pela lei*” (art. 126.º, 2, c, CPP), abrindo uma brecha ao legislador para conformação legal.<sup>15</sup>

O esboço aqui traçado, muito embora superficial e sem demarcar as vincadas diferenças entre os regimes de proibições, oferece-nos à percepção a possibilidade de, ao menos, identificarmos com mediana claridade um bloco do direito processual penal em que a matéria referente às provas pode ser melhor trabalhada pelo exegeta. Já o direito processual penal brasileiro, ao contrário, não apresenta um regime definido de proibições de prova. Razão porque se tem recorrido aos direitos e garantias constitucionais, que servem como fonte orientadora, de aplicabilidade imediata e independente de regulamentação legal.<sup>16</sup> Assim, antes de mais, proibem-se “as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5.º, LVI, da CR). Os meios de provas que contendem com a ordem legal – e podemos referenciar inúmeras delas que agredem bens jurídicos protegidos

(13) São paradigmáticos os casos nos quais se admite a devassa da intimidade para assegurar os bens jurídicos da integridade física e da vida.

(14) E é inegável que o direito criminal daquele país tem contribuído para a formação da idiossincrasia do direito brasileiro, como se percebe na Lei dos Juizados Especiais, valendo, pois, sua referência neste cotejo.

(15) Cite-se, a este respeito, o instituto do consentimento, expressamente consagrado no direito penal português como causa de exclusão de ilicitude (art. 38.º, CP). As lesões corporais causadas mediante o consentimento do titular do direito não tipificam o delito (art. 149.º, CP), o que, transpondo para o caso de retirada de sangue, não invalidaria, em princípio, a prova.

(16) Cfr. Júlio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*, 3. ed., rev. e atual., São Paulo : Atlas, 1994. p. 251-253; Vicente Greco Filho, op. cit., p. 47-48.

pelo direito penal, como aquelas obtidas com a violação de correspondência ou de domicílio – são inválidas, não podendo ser valoradas pelo juiz. Através deste prisma, o direito fundamental citado torna-se a principal fonte do intérprete, uma vez que a constelação representativa de direitos fundamentais permite uma sua identificação com bens jurídicos de dignidade penal. Daqui podemos inferir, *prima facie*, numa tentativa de elucidação do problema apresentado, que o art. 277 do Código de Trânsito, ao dispor que: “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 [de concentração de álcool no sangue] previstos no artigo anterior será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitem certificar seu estado” dá sustentáculo legal a este meio de prova em processo penal.

4. Se por um lado as regras de cunho processual visam delimitar a esfera de atuação do poder político – transcendendo desta feição de Estado de Direito material anseios muito mais significativos, como o de respeito pela dignidade da pessoa humana e pelo livre desenvolvimento do homem –, representando uma garantia ao cidadão, que não estará sujeito a arbitrariedades e a surpresas, por outro lado sempre representará uma antinomia entre ordem legal (e necessária para a própria preservação do mínimo ético que deve reger a sociedade) e liberdade pessoal (também essencial para o entendimento de Estado de Direito democrático).<sup>17</sup> É que para sua realização, o processo não poderá abdicar do conceito de coação, por mais que contenda com os elevados princípios de autodeterminação e de dignidade da pessoa humana. No entanto, a busca da verdade material como suposto do processo deve conciliar-se com a ordem normativa axiológica preconizada pela Lei Fundamental, que autoriza, *prima facie*, a proteção de certos bens jurídicos pelo direito penal. Daí que o processo será legítimo, dentro deste fundamento, com toda sua carga de força coercitiva, quando, em primeiro lugar, tender à punição de condutas lesivas a bens jurídicos de dignidade penal. Em segundo lugar, quando se conciliar, na medida do possível, com os direitos fundamentais de cariz processual. E aqui

<sup>(17)</sup> Alexandra Vilela retrata muito bem a antinomia ao referir que: “Na realidade, cumpri, em primeira linha, à Lei Fundamental de um Estado, e, posteriormente, à legislação processual infraconstitucional, solucionar eficazmente o conflito existente entre a necessidade socialmente sentida de procurar assegurar um justo e correto enfreamento das infracções criminais, e a salvaguarda dos interesses e da personalidade dos acusados” (“Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal”. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Coimbra, 1998, p. 8). Figueiredo Dias, em sua lapidária lição, menciona que: “A via para um correcto equacionamento da evolução do processo penal nos quadros do Estado de Direito material deve (...) partir do reconhecimento e aceitação da tensão dialéctica inarredável entre tutela dos interesses do arguido e tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado” (op. cit., p. 206).

chegamos ao ponto axial referenciado às acerbas críticas contra o dispositivo do Código de Trânsito em exame. Para André Luís Callegari "(...) a quase coação ao teste de alcoolemia fere princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, dentre eles o da presunção da inocência (CF, art. 5.º, LVII)".<sup>18</sup> Em que pese o claro equívoco do autor em não fazer a devida distinção entre os princípios constitucionais e a mencionada garantia fundamental processual, restringimo-nos em por às claras um referencial à presunção de inocência.

A presunção, de antigos traços do direito talmúdico,<sup>19</sup> entra no processo penal como um marco divisor entre os sistemas inquisitório e acusatório; entre o velho e o novo; entre as representações do *Ancien Régime* e o moderno Estado de Direito vinculado à assunção de papéis mais precisos; entre o Príncipe – figura do juiz e personificação da justiça arbitrária que servia à vingança institucional<sup>20</sup> – e o Estado-juiz, imparcial e equidistante das partes. Em resumo, a presunção de inocência liga-se, primordialmente, a uma querença natural de liberdade, ao direito de liberdade, nela também subjazendo, além do princípio da dignidade da pessoa humana, algumas vertentes do liberalismo. Por isso que podemos ligá-la, num segundo plano, a outras garantias constitucionais, como a do *due process of law* e a de ser julgada por um juiz natural, tudo mais ou menos arranjado no contexto de situações previamente mencionado e que tomou maior projeção a partir das idéias da iluminura oitocentista.<sup>21</sup>

Apesar de entrarmos no estágio de constatações da estreita vinculação entre a presunção de inocência e a orientação de um processo penal que respeite os

(18) Op. cit., p. 427. O autor, apesar de adotar esta posição, apresenta uma solução para a formação do convencimento do juiz que, a todas as luzes, é contraditória à sua linha de pensamento. Reduz a questão ao simplismo da fórmula baseada na presunção que se extrai do silêncio. Assim, para André Luís Callegari, "o detido tem o direito a não realizar o exame, posto que é ao Estado a quem corresponde a prova de sua culpabilidade, mas *é possível que todas suas negativas, ainda que se assentem em direitos fundamentais, possam ser valoradas de forma que o prejudiquem*" (grifamos, op. cit., p. 429-430). E aí o articulista cria um paradoxo: a garantia reclamada pelo acusado serviria para prejudicar sua situação processual. Não parece, pois, que o autor tenha arrumado convenientemente as idéias.

(19) Ze'ev W. Falk lembra que: "Em casos criminais pressupõe-se a inocência do acusado, de acordo com a regra de Ioshua Ben Perahja: 'Ao julgar uma pessoa, incline-se para a suposição da inocência' (Avot 1:6)" (*O direito talmúdico*. São Paulo : Perspectiva- Associação Universitária de Cultura Judaica, 1988. p. 86).

(20) Cfr. Michel Foucault. *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Pondé. Petrópolis : Vozes, 1996. p. 46.

(21) À guisa de arremate, a presunção de inocência: "Constitui, em última análise, uma garantia constitucional substantiva tendente à protecção judicial dos direitos do acusado, assumindo-se, enfim, muito para lá de um mero princípio programático" (Alexandra Vilela, op. cit., p. 13).

direitos fundamentais do acusado, também não podemos deixar de considerar uma outra ordem de interesses e que preponderará no equacionamento das linhas divergentes: a dos interesses sociais. E aqui voltamos ao ponto inicial em que defendemos (não de forma kelseniana) a necessidade dos meios coativos do processo penal que, elevada à ponderação dos interesses, determinará sua legitimidade tendente à realização do direito penal. Em suma, "(...) a presunção de inocência não deverá ser — como efetivamente não foi — absolutizada, pois caso tal situação se verificasse, poderíamos ser conduzidos à inconstitucionalização de toda a instrução criminal".<sup>22</sup>

Por outro lado, a presunção de inocência estabelece, numa linha principal de considerações, que o acusado permanece inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. E isto, ao nosso ver, não contende com o resultado que possa extrair-se do exame de alcoolemia. A perícia inicialmente realizada na fase investigatória não invalida aquela presunção. Ou como alerta Alexandra Vilela, "(...) ao afirmamos que o arguido é presumido inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (...), não pretendemos significar que qualquer freio colocado à sua liberdade individual se revela contrário ao princípio constitucional da presunção de inocência, enquanto modo de tratamento a outorgar ao arguido".<sup>23</sup>

5. Há quem invoque o direito a permanecer calado (insculpido no art. 5.º, LXIII, da CR) como razão forte para sustentar a recusa ao exame de alcoolemia.<sup>24</sup> Deste direito, de longínquas origens anglo-saxônicas, expresso no brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*, depreende-se que ninguém está obrigado a fazer prova contra si. E a radicação de seu conceito nos ideais humanitários de tratamento do acusado, ocorrida na viragem da perspectivação do processo penal — quando o acusado deixou de ser visto unicamente como meio de prova para ocupar uma posição definida como parte processual — propiciou sua expansão através dos ordenamentos modernos, ao menos naqueles de feição democrática. Nele transparecem, inequivocamente, uma orientação determinada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação, como expressão generalizada da liberdade.<sup>25</sup> De forma que os ordenamentos constitucionais arrimados nestes valores axiológicos permitem o acolhimento do direito ao silêncio ou expressamente, como se vê no *V Amendment* (de 1791) da Constituição norte-americana<sup>26</sup> e no citado artigo da

(22) Alexandra Vilela, op. cit., p. 16.

(23) Op. cit., p. 84.

(24) Vicente Greco Filho, op. e loc. citis.

(25) Por isso que, apesar de não consagrada na *Grund Norm* alemã, "(...) isto não tem impedido a doutrina e a jurisprudência germânicas de sustentarem, de forma praticamente unânime, que aquele princípio configura verdadeiro 'direito constitucional não escrito'" (Costa Andrade, op. cit., p. 124).

(26) "No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself". Princípio este que acabou por ser melhor delineado no *Miranda v. State*

nossa Constituição, ou implicitamente, como no art. 32.º, 6, da Constituição portuguesa, que determina a nulidade das provas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral ou por meios de intromissão na vida privada.

O princípio *nemo tenetur* vem ganhando adesão por parte dos países que subscvem pactos internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, que o prevê no art. 14, 3.º, g. Mais tarde, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), também o previu em seu art. 8.º, 2, g (garantindo-se à pessoa acusada o "direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada), sendo que o Brasil aderiu através do Dec. 678, de 06.11.1992.

Aqui o nosso problema desenvolve-se através de duas vertentes que, no entanto, nascem da mesma raiz: da consideração do acusado como meio de prova. Daí que Costa Andrade, seguindo a senda traçada por Eser, refere que a liberdade de declaração, ou de colaborar com a elucidação da verdade material, é analisada numa dupla dimensão: "Pela *positiva*, ela abre ao argüido o mais irrestrito direito de intervenção e declaração em abono de sua defesa. Implica, noutros termos, que tenha de se garantir ao argüido a oportunidade efectiva de se pronunciar contra os factos que lhe são imputados, em ordem a infirmar as suspeitas ou acusações que lhe são dirigidas. Pela *negativa*, a liberdade de declaração do argüido ganha a estrutura de um autêntico *Abwerecht* contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias".<sup>27</sup> Quer isto dizer, no caso específico aqui tratado, que por um lado é lícito ao motorista desfazer qualquer presunção que pese contra si acerca da embriaguez, entregando-se ao exame de alcoolemia. Mas também, por outro lado, estando devidamente esclarecido de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, e das conseqüências que podem advir da perícia como meio de prova, a submissão ao exame de dosagem alcoólica entra naquela esfera de disponibilidade do indiciado, não gerando problemas quanto à sua valoração no contexto probatório do processo. As regras do jogo assim postas, permitem que se colha um consentimento válido para a realização da perícia, de forma que a renúncia ao direito de não produzir prova contra si seja um exercício da liberdade individual.<sup>28</sup>

6. No entanto, há situações que não se apresentam tão simples, cujas soluções são recorrentes à compaginação do direito do acusado com outros bens

of Arizona Case (de 1966), pelo qual se fixou a regra de esclarecimento e advertência dos direitos do preso.

(27) Op. cit., p. 120-121.

(28) Há um consenso sobre a legitimidade das provas assim obtidas, pois "(...) as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade:

jurídicos de dignidade constitucional. Pense-se na recusa do motorista de submeter-se ao exame de alcoolemia, invocando a prerrogativa de não se incriminar.

Mesmo que não se parta para um adensamento do problema, passando ao longe da hipótese de um acidente de trânsito com vítimas, entendemos aqui existir um inequívoco conflito de direitos: por um lado, aquele atinente ao motorista; por outro, o direito substantivo penal, que guarda em sua gênese a função protetiva de bens jurídicos de igual dignidade constitucional.<sup>29</sup>

A norma que prescreve a necessidade do exame de alcoolemia, enfeixando nela própria a identificação de alguma conduta criminosa, acaba por representar teleologicamente o legítimo interesse de preservação dos bens jurídicos da vida e da integridade física. Mormente quando se sabe do imenso número de eventos danosos determinados pela direção sob o efeito de bebida alcoólica ou de substâncias entorpecentes. E aqui deparam a contextualização de um processo penal moderno, regido pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa e à liberdade individual, e o direito substantivo tendente à preservação de bens jurídicos de dignidade constitucional.

Parece-nos que a solução não pode evitar o caminho da ponderação dos interesses colocados em confronto. Caminho, aliás, adotado pela doutrina e jurisprudência do direito germânico.

Muito embora não prescrito expressamente no texto constitucional, temos de admitir que a harmonização dos direitos fundamentais passa pela aceitação do princípio da proporcionalidade.<sup>30</sup> Não significando isso a supressão de qualquer direito, mas o arranjo dos conflitos “segundo as considerações de necessidade (que parte da verificação de uma circunstância que exija a intervenção para a delimitação do direito); de adequação (que demonstre ser a providência adequada à solução do problema); e da proporcionalidade *stricto sensu* (que é a medida de ponderação da providência a ser tomada, para que

seu valor é um *valor de garantia*” (Ada Pellegrini Grinover et alii. *As nulidades no processo penal*, 3. ed. rev. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1993. p. 111).

(29) Não se deixe ao olvido a questão de que o tipo penal descrito no art. 306 do Código de Trânsito (já para não falar nos crimes culposos de lesões corporais e de homicídio) tende a preservar bens jurídicos de relevância para um direito penal voltado à proteção do mínimo ético (que orienta o convívio social), quais sejam a vida e a integridade física.

(30) Sobre a matéria, veja-se: Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, t. IV, 2. ed. rev. e atual., Coimbra Ed., 1993, p. 222-224; Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. castelhana de Ernesto Garzón Valdés, Colección *El Derecho y la Justicia*, primerareimpresión, Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111 *et seq.*, Peter Häberle. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Trad. para o espanhol por Carlos Ramos, Peru : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997. p. 127-129.

não ocorram prejuízos aos direitos em causa)".<sup>31</sup> Por esta via, o direito a permanecer calado não alcançaria a negativa ao exame de alcoolemia, expressando-se, pois, de forma menos abrangente.

Mais especificamente no âmbito do direito processual penal, poderíamos levar em consideração a necessidade de ponderação dos interesses conflitantes, princípio no qual "há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade".<sup>32</sup> Em consequência, seremos levados a conceder que a realização da justiça penal sobreporá a proteção de alguns direitos (não afetados, no entanto, em seu núcleo essencial), mas que isto repousará numa orientação da política criminal, arrimada na lúdima proteção de bens jurídicos de relevo. Do contrário, a norma penal correrá o risco de ficar oca, sem eficácia.

A problemática, superada há muito pela jurisprudência alemã em face do que dispõe o § 81a, *Strafprozessordnung*, foi delineada em outro âmbito, referente à violação da regra de o exame ser realizado por um profissional da medicina, mas que serve para aclarar nossa atual situação. Dispôs o BGH: "o vício não é tão grave que haja de impor o recuo do interesse pelo esclarecimento do facto (sc., saber se o argüido provocou o acidente sob a influência do álcool), interesse a que não pode deixar se reconhecer um significado particularmente elevado, dado as milhares de vítimas mortais que a condução sob a influência do álcool vem anualmente produzindo".<sup>33</sup> E este parece ser um argumento convincente que nos leva a entender pela necessidade, adequação e ponderação dos interesses em contraste e dardos, ao final, validade ao exame de alcoolemia como meio de prova.

(31) Isaac Sabbá Guimarães, op. cit., p. 68-69.

(32) Costa Andrade, op. cit., p. 28.

(33) *BGHSt* 24, p. 170 et seq.; *NJW* 1971, p. 1.097, apud Costa Andrade, op. cit., p. 84.