

Recusa de bafômetro é presunção de embriaguez

Joaquim José Miranda Júnior¹

Vozes isoladas questionaram a constitucionalidade da novel Lei nº 11.275, que alterou o artigo 277 do Código Brasileiro de Trânsito, determinando que doravante o motorista envolvido em acidente de trânsito ou submetido à fiscalização que se recusar a fazer teste do bafômetro poderá ser considerado embriagado. A nova lei entrou em vigor no dia 8 de fevereiro último e é serenamente constitucional.

A partir de agora a recusa está legalmente equiparada à prova que se pretendia conseguir mediante o teste do bafômetro. A mera rejeição do teste equivale a tê-lo feito com obtenção de resultado positivo para embriaguez. Razões de política criminal levaram o legislador a adotar tal posicionamento.

Anteriormente o artigo 277 do CBT trazia apenas um parágrafo único e dizia:

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.

Via de regra a pessoa era submetida a testes de bafômetro para apontar se a concentração alcoólica no sangue estava acima de 0,6 g/l (gramas por litro), índice máximo permitido pela lei. Os condutores embriagados, todavia, se esquivavam de penalidades e condenações negando-se a se submeter ao teste de bafômetro, sob o argumento de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Por essa avaliação, todo mundo pode se recusar a fazer os testes.

¹ Professor de Direito Penal da Fead, Promotor de Justiça do Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCRIM – do Ministério Público de Minas Gerais, Mestre em direito penal pela Universidade de Coimbra

Agora, porém, a situação mudou. Bastará apenas que os motoristas suspeitos apresentem “notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes” para que os policiais registrem o fato como “direção sob embriaguez”.

A nova lei, cujo projeto é de autoria do deputado Beto Albuquerque (PSB-RS), prevê que, se estiver embriagado, o motorista que cometer homicídio culposo terá pena acrescida de um terço até metade. A pena até então era só a perda da carteira de habilitação e reclusão de dois a quatro anos.

É sabido que os acidentes de trânsito matam mais de 30 mil pessoas por ano no Brasil, estando a maioria deles associados a consumo de álcool.

Segundo dados de 2004, da Secretaria de Estado da Saúde, na cidade de São Paulo, 43% das pessoas que morreram em virtude de acidentes de trânsito apresentavam concentração alcoólica no sangue acima do máximo permitido pela lei -0,6 g/l (o equivalente a duas latas de cerveja ou duas doses de destilados).

A doutrina tem aplaudido a medida, ao argumento de que “o acusado tem o direito de se calar. Mas há, em direito penal, o ‘silêncio eloqüente’. Se o motorista se recusou a usar o bafômetro, o juiz pode considerar que ele estava embriagado”, diz para a Folha de S. Paulo Romualdo Galvão Dias, conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil. No mesmo sentido José Almeida Sobrinho, da Unicamp, afirma que “é uma medida saudável porque torna possível a punição”².

O argumento de que ninguém seria obrigado a produzir prova contra si mesmo não pode ser invocado para desqualificar a norma em apreço, já que o Código Civil atual prevê disposição semelhante, e a jurisprudência já se pacificou no sentido de sua validade plena. De fato, o artigo 232 do CCB estipula que “**A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame**”.

O Tribunal de Justiça paulista analisou a questão do artigo 232 do Código Civil já no ano de 2004 no seguinte julgado:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS – Argüição de nulidade inócurrenente – Prova pericial que não se realizou ante o não comparecimento injustificado do recorrente – Exegese do disposto nos artigos 231 e 232 do Código Civil em vigor – Apelante que não nega relacionamento com a representante legal do autor – Alimentos definidos com critério – Recurso não provido. (TJSP – AC 333.288-4/1 – Mococa – 4ª CDPriv. – Rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello – J. 16.12.2004).

² Folha de S. Paulo. [acessado em 08 Fevereiro 2006]. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u117440.shtml>

Depois foi a vez do Tribunal do Distrito Federal:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS – COISA JULGADA – NEGATIVA DO INVESTIGADO DE SUBMETER-SE A EXAME DE DNA – PEDIDO PROCEDENTE – FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – 1 – O parentesco integra os direitos da personalidade, de máxima proteção pelo estado (art. 1º, inciso III da CF). Não faz coisa julgada material a improcedência do pedido declarada em ação de investigação de paternidade anterior em que o suposto pai se recusou a se submeter ao exame do DNA. 2. Correta a sentença que rejeita a preliminar de coisa julgada e, atento ao conjunto probatório, formado por testemunhos e exame prosopográfico, acolhe o pedido, atento, ainda, ao disposto no art. 359 CPC e arts. 231 e 232 do Código Civil/2002. 3. Prospera o pedido de majoração da verba alimentícia postulada no recurso adesivo, ajustando-se ao quantum concedido em antecipação da tutela, cuja alteração na sentença não ficou adequadamente justificada nem demonstrada. 4. Há de ser concedida a verba honorária à atuação da patrona da apelada que ingressa no feito mediante a superveniência da maioridade. Entretanto, injustificado o percentual requerido no recurso adesivo, uma vez que o ministério público assumira a maior parte da causa, inclusive concluiu a fase instrutória. Assim, apesar do zelo da douta advogada pela causa desde iniciado o seu patrocínio, revela-se justa a fixação dos honorários em 10% sobre doze prestações alimentícias. (TJDF – APC 20010110523902 – 2ª T.Cív. – Rel. Des. Waldir Leôncio Junior – DJU 26.04.2005 – p. 103) JCF.1 JCF.1.III JCPC.359 JNCCB.231 JNCCB.232.

O desembargador Barbosa Moreira já se debruçou sobre a questão levantada no Código Civil e não a viu como inconstitucional. Pelo contrário, afirmou que

A pergunta capital seria esta: admitida a impossibilidade de compeli *manu militari* o investigado recalcitrante à extração do material indispensável, que corolário será lícito tirar daí para a formação do convencimento do juiz? Há decisões que, com maior ou menor precisão e largueza, equiparam a força persuasiva da recusa à de uma presunção *hominis*: o órgão judicial estaria autorizado a inferir do comportamento do réu conclusão a ele desfavorável, aceitando como veraz a afirmação de sua paternidade.

O novo Código Civil tomou posição a respeito do assunto. Se bem compreendemos o texto do art. 231, caso o juiz ordene a extração de material orgânico para pesquisa do DNA, e a parte não aquiesça, impossível será compeli-la pela força a sujeitar-se à diligência; em compensação, não lhe adiantará argumentar com a falta do elemento probatório cuja obtenção sua resistência

impediu. O art. 232 vai além: permite que se equipare a própria recusa à prova que se pretendia conseguir mediante o exame. A lei autoriza o juiz a fundar a sentença no resultado de uma prova que não se fez, mas é como se houvesse feito, com sucesso desfavorável à parte recalcitrante. Particularizando o discurso: poderá o juiz considerar o panorama probatório idêntico ao que seria caso a pesquisa do DNA se realizasse e concluísse pela afirmação da paternidade. Não fica excluída, convém advertir, a possibilidade de que o investigado traga prova em sentido contrário, por exemplo a de sua infertilidade. Deixa-se ao julgador certa margem de flexibilidade: para ela aponta o emprego da locução “poderá suprir”, que conduz a interpretação diferente daquela que caberia se a lei dissesse “suprirá”. De qualquer maneira, torna-se muito precária a posição do investigando que recusa submeter-se ao exame. Pode-se, é óbvio, simpatizar ou não com a opção do legislador; o que não seria justo é tachá-lo de omissor, ainda que se entenda que a sede própria para a disciplina da matéria seria o CPC, e não o Código Civil³.

Assim também, é de se chamar a atenção para a locução “poderá” agora prevista no § 2º do artigo 277 do CTB:

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. (destaques nossos).

O legislador deixou claro que a presunção não é absoluta, admitindo prova contrária. Embora possa parecer difícil, o motorista acusado da prática delituosa em comento poderá defender-se fazendo prova de que não se achava embriagado, mesmo havendo recusado submeter-se ao bafômetro. Como? Valendo-se de todas as provas em direito admitidas: testemunhal, pericial, documental, etc. Uma coisa, todavia, é certa. Não poderá o motorista argumentar com a falta do elemento probatório – resultado do teste do bafômetro – cuja obtenção foi impedida pela sua própria resistência.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Código Civil e o Direito Processual*. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19, SET-OUT/2002, pág. 111.

Eis a íntegra da nova lei:

LEI Nº 11.275, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2006.

Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 165, 277 e 302 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que passam a vigorar com a seguinte redação:

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

.....” (NR)

“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)

“Art. 302.

Parágrafo único.

.....

V — estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de fevereiro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Márcio Fortes de Almeida

