

EXAME DO BAFÔMETRO: A CONSTITUCIONALIDADE DE SUA OBRIGATORIEDADE PARA AFERIÇÃO DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

VICTOR MANOEL DE OLIVEIRA NUNES

Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.

E-mail: victor_nunes_@hotmail.com

Envio em: Julho de 2013

Aceite em: Julho de 2013

Resumo

O hodierno estudo tem por escopo retratar a relevância do exame do bafômetro e as implicações da sua obrigatoriedade no ordenamento jurídico, haja vista que envolve a vida e a segurança pública; por consequência, a dignidade da pessoa humana e restrições aos direitos e garantias fundamentais. Sua importância é justificada, na medida em que almeja dar visibilidade a tão grave, discutível e atual problemática vivenciada no direito. Destarte, na iminência de um caos social, ocasionado pelo aumento no número de óbitos relacionados à incompatibilidade do álcool e direção, o presente artigo elucida que a obrigatoriedade do teste do etilômetro não contraria o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Palavras-Chaves: Constitucionalidade. Direitos e Garantias Fundamentais. Exame do Bafômetro. Princípios. Obrigatoriedade.

BREATHLYZER TEST: THE CONSTITUTIONALITY OF A MANDATORY SOBRIETY TEST AT THE WHEEL

Abstract

The present study's goal is to depict the importance of the breathalyzer test and its mandatory application in our legal system, given that it involves lives and public security, and consequently also involves human dignity and fundamental rights and guarantees. Its importance is justified, in so far as it aims to give visibility to such grave, debatable, and current problems that are experienced in law. Thus, on the verge of social chaos, caused by the increase in the number of deaths related to the incompatibility of alcohol and driving, this article clarifies that the mandatory breathalyzer test does not contradict the principle of *nemo tenetur se detegere*.

Keywords: Constitutionality. Fundamental rights and guarantees. Breathalyzer test. Principles. Legal obligations.

1 INTRODUÇÃO

Não é ignoto que acidente de trânsito é o maior causador de mortes no Brasil. Um dos fatores que contribuem para o alto índice de mortalidade é o uso abusivo do álcool. Políticas públicas eficientes, fiscalizações rígidas e punições severas são *conditio sine qua non* à proteção do bem maior, que é a vida, garantindo aos cidadãos a integridade física, psíquica e moral.

A relativização dos direitos fundamentais é um mecanismo de resguardo estatal em observância ao convívio harmônico firmado através do pacto social. A restrição não significa abuso ou arbítrio, devendo ser pautada na ponderação, e em conformidade com as circunstâncias expostas, em face de inexistir um direito uníssono, mas variável, a pender de determinado caso, ato ou fato.

A princiologia constitucionalista, norma esta implícita ou explícita no ordenamento pátrio, efetivo norteador dos anseios sociais, designador dos ditames a serem submetidos à risca pelos poderes tripartites, garante a tramitação de um projeto legislativo eficiente, célere e atual; aprovado *a posteriori* pelo chefe do poder executivo, fomenta ao órgão julgador um processo hígido, imparcial e seguro aos polos da demanda.

Dilma Vana Rousseff, Presidente da República, em 21 de Dezembro de 2012, sancionou a Lei nº 12.760/2012, mais rígida, relacionada aos motoristas que forem pegos dirigindo com teor alcoólico acima do permitido. Na alteração da “Lei Seca”, dentre as novas determinações, ficou estabelecido que, mais que o aumento da multa, outras provas, além do bafômetro, como a testemunhal, e de vídeo poderiam ser utilizadas para comprovar a embriaguez ao volante.

A propósito, o teste do etilômetro é objeto de grande discórdia entre os cidadãos, doutrinadores e juristas, não havendo entendimento pacífico na imposição de sua obrigatoriedade. A arguição da inconstitucionalidade é justificada pelo desrespeito aos preceitos fundamentais elencados e assegurados na Constituição da República, de 1988, principalmente o princípio da presunção de

inocência e *Nemo tenetur se detegere*.

A administração pública, incumbida de dispor aos cidadãos a aplicação prática das normas de caráter educativo, ou, até mesmo, coercitivo, deve, através do poder de polícia, limitar a liberdade e a propriedade particular, desde que as autoridades tidas como aptas estejam em constante aperfeiçoamento, em números suficientes e não exacerbam os limites do poder conferido.

Forçoso é perceber que o escopo do presente artigo não é limitar todo e qualquer direito ou garantia fundamental, seja individual ou coletivo, mas demonstrar que a proporcionalidade empregada pelo Estado na consecução desses objetivos visa a coibir os excessos que podem levar cidadãos retos a serem vítimas de sujeitos incuriosos.

2 RELATIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos inerentes ao Estado Democrático de Direito, indelével na busca incessante de uma sociedade digna, justa na igualdade de seus pares e liberta de ameaças tirânicas, apesar de assegurados em nossa Constituição da República, não são absolutos.

A constitucionalização dos Direitos Humanos, impulsionada pelos ideais iluministas da Revolução Francesa, em luta incessante contra os privilégios absolutos da então incontestável monarquia, representado na figura do clero e nobreza, configurou um importante marco na história da humanidade, na defesa da Liberdade, Igualdade e Fraternidade entre os povos.

A propósito, o mestre em filosofia, Jorge Aquino, deslinda sobre a importância da *Révolution Française*.

Essa revolução foi o resultado de uma série de acontecimentos que alteraria definitivamente a França e toda a humanidade no ano de 1789. Reagindo fortemente contra o Antigo regime (Ancien Régime), personificado na figura de Luís XIV (1643-1715), a Revolução Francesa atingiu duramente o clero e a nobreza, influenciada que foi pelos ideais iluministas. Este movimento foi tão significativo que ainda hoje é

considerado como o acontecimento que deu origem à Idade Contemporânea. Conhecido por todos é o lema da Revolução, de autoria de Jean Nicole Pache: 'Liberdade, Igualdade e Fraternidade!' (AQUINO, 2009, p. 80).

A necessidade dos direitos estarem codificados em documento iniciou uma nova era no pensamento jurídico, essa redução em escritos garantiu a eficácia na concretização dos direitos do homem, face o desempenho das funções dos governantes, os quais, antes de impor algo, deveriam verificar a vontade popular, soberana e limitadora de poder.

A concepção da Constituição Republicana, de 1988, teve como principal preocupação a efetividade dos direitos do homem cidadão, que convivesse com a certeza da equidade, com a ausência de preconceitos, em uma sociedade justa, livre de arbitrariedades, inculcida de solidariedade ao próximo.

O jurista alemão, Robert Alexy (apud MARMELSTEIN, 2011, p.12.), afirmou que “o direito necessariamente deve ter uma pretensão de correção, no sentido de se aproximar da ideia de justiça”. Evidente que o Legislador Constituinte, ao estabelecer os direitos humanos fundamentais com status de cláusula pétrea¹, em que, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (Curso de Direito Constitucional, p.617), “[...] o Estado era o instrumento preponderante na realização da felicidade do homem” cidadão, observou que a não limitação poderia ocasionar afronta e desrespeito a outros direitos igualmente assegurados no hodierno ordenamento.

Norberto Bobbio, na obra “A Era dos Direitos”, ensina que é utópico a existência de um direito fundamental absoluto, tendo em vista que essa máxima, em épocas anteriores, fora um óbice no surgimento de no-

vos direitos. *A posteriori*, aduz que “[...] dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis” (BOBBIO, 2004 p.41).

A limitação não significa a extinção de um direito. A ponderação é um mecanismo assecuratório, necessário e eficaz para o bem estar social. Salutar mencionar que a restrição desses direitos é apenas no plano concreto, sendo vedadas modificações no exercício da atividade legiferante, ou, até mesmo, da interpretação, ambos no plano abstrato.

O ministro Gilmar Mendes (2011, p.221) salienta que a “restrição aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental”, não existindo regra absoluta de que determinado bem será protegido de maneira uniforme pelo atual ordenamento.

Todavia, apesar do avanço da medida, há um grave e discutível dilema que passou despercebido aos olhos do legislador constitucional, ou seja, a constitucionalidade da obrigatoriedade do exame etilômetro.

Face às preliminares considerações acerca da restrição dos direitos e garantias fundamentais, o cidadão pode e deve exercer a liberdade que a lei confere, observando sempre o respeito ao alvedrio e o direito do outro, garantindo o convívio pacífico, respeito ao próximo e o bem estar social, conforme está preconizado no artigo 29² da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2.1 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONCEITO E RESOLUÇÃO

Os Direitos fundamentais constituem-se como assecuratório jurídico coibidor do livre e exacer-

¹ Decorrente de uma Constituição rígida em processo de modificação, as Cláusulas Pétreas, inseridas no art. 60 §4º da Carta Republicana, veda a abolição de alguns direitos e normas constitucionais através de Emendas à Constituição, a saber: forma federativa de Estado; o Voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.

² Art.29, II da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.”

bado poder estatal face à pranteada garantia da humanização daqueles possuidores de autêntica legitimação do poder. Nesta senda, George Marmelstein aduz que

os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia da dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (MARMELSTEIN, 2011, p.20).

A simples concretização da garantia desses direitos não é sinônima de convergência social, afinal, a evidente diferença de educação, pensamento e crença requer a imensurável participação do Estado em possíveis conflitos que desrespeitem e restrinjam o direito assegurado.

Impende destacar que, quando houver o conflito envolvendo o bem jurídico da coletividade, e o direito de um indivíduo, haverá uma colisão entre direitos fundamentais; da mesma forma, entre dois sujeitos antagônicos, defensores do exercício de determinado direito individual.

A propósito, sopesar os direitos na balança é essencial para verificarmos qual deles é o mais imprescindível para satisfazer os anseios das partes na procura pela justiça. Antes, importante mencionar que a seleção de um direito fundamental não significa a exclusão do outro. Deve ser buscada a conciliação entre eles, de modo que o resultado alcançado seja, concomitantemente, o menos prejudicial e satisfatório na resolução do dilema. Oportuna é a observação do doutrinador Manoel Gonçalves acerca dos possíveis critérios solucionadores do embate entre os direitos fundamentais.

O primeiro deles é o da procura de conciliação, a fim de que o direito de um não sacrifique o

direito de outrem. O segundo – caso a conciliação seja impossível – é o da ponderação. Quer dizer, dar-se-á preferência ao direito que mais diretamente esteja em causa (FERRERIA FILHO, 2009, p.95/96).

O direito é um caso diferente. Varia conforme cada fato, ato, circunstância e tempo. Tendo em vista inúmeras narrativas de fatos homogêneas, dificilmente um crime, ou ofensa, cometido por algum meliante é idêntico de maneira absoluta; no máximo, semelhante. Isto posto, quero dizer, a seleção de um direito fundamental em detrimento de outrem, quando da existência de conflito em determinado acontecimento, não significa que o magistrado, ou legislador irá aplicá-lo sempre da mesma forma. Claro está, portanto, o livre arbítrio do julgador e legislador, desde que devidamente motivado, quanto à prevalência de um direito sobre outro, não havendo óbice na utilização de jurisprudências quando as circunstâncias a permitirem. A título de esclarecimento, George Marmelstein (2011, p.404) salienta que

Qualquer solução a ser adotada em um conflito assim resultará na restrição (às vezes, total) de um dos dois valores...todas as situações envolvendo o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução. Tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto e das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial. Daí porque é preciso partir para a ponderação para solucionar esse conflito.

Nas bases teóricas, o caminho demonstrado para a resolução dos conflitos não é tão fácil como uma simples regra de matemática. O papel do juiz, legislador é primordial na defesa do interesse social, desde que o exercício das respectivas funções esteja em concordância com as regras da moralidade, ética, boa-fé e bons costumes.

2.2 BASE DE TODO ORDENAMENTO JURÍDICO DEMOCRÁTICO, O DIREITO À VIDA É RELATIVO

Em caso de Estado de guerra, nem mesmo a vida é garantida de forma absoluta. É o que preconiza a nossa Carta Maior, de 1988, no artigo 84, inciso XIX. A vida é o bem mais precioso; o direito à vida é insito para o desenvolvimento das relações humanas, é o principal e basilar direito fundamental que deve ser preservado no hodierno ordenamento jurídico. A ausência do direito à vida significa a extinção na garantia de outros direitos. Nesse esteio, Paulo Gonet glosa que

proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o, justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais (BRANCO, 2011, p.288).

A irrenunciabilidade, dentre as características dos direitos fundamentais, retrata que o cidadão não pode dispor da vida, por todo e qualquer motivo. Por conseguinte, a relativização dos direitos fundamentais demonstra que nenhum direito é absoluto, pois o bem comum é o principal interesse perquirido. Cumpre mencionar, de forma exemplificativa, que a legislação brasileira assegura à mulher abusada sexualmente o direito ao aborto, prevalecendo o direito ao estado psíquico-moral do indivíduo, em detrimento da vida.

Essa excepcionalidade presente na Lei maior não é uma ruptura abrupta e abusiva do Operador Jurídico, mas uma necessária providência no combate a condições degradantes que desvirtuem a verdadeira dignidade humana.

3 A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO BECCARIANO E ROUSSEAUNIANO, E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Viceja grande discussão em nosso ordenamento ju-

rídico, o brocardo “não produção de provas contra si mesmo”. É cotidiano, em nossa nação, os motoristas que estão ou não sob efeito do álcool, ao serem parados em uma blitz, recusarem o exame do bafômetro, alegando a mencionada frase, assim como o artigo 5º, inciso LVII e LXIII da nossa Carta Magna.

A priori, antes de adentrar no mérito da questão, necessário retroceder na história do direito e citar o Marquês de Beccaria, iluminista italiano, que escreveu a obra-prima “Dos Delitos e Das Penas”. É impossível dimensionar o quão este movimento significou para o desenvolvimento-digno-humano-social contra os déspotas que, além de tirânicos, disseminavam o terror a toda população. Mas a sua fundamental importância na busca da “[...] processualização do direito de punir”, como assevera o jurista e doutrinador, Walter Nunes da Silva Júnior, foi decisiva na transformação do Estado de Direito, afinal, Cesare Bonesana, através das ideias suscitadas, disseminou a necessidade de assegurar a proteção dos direitos fundamentais contra toda e qualquer arbitrariedade que pudesse emanar dos governantes.

Tecendo comentários acerca do aludido Clássico, com a devida maestria, o nobre jurista era defensor de penas mais justas ao condenado, proporcionais à infração cometida, desde que houvesse possibilidade de ampla defesa, contraditório no momento da acusação. Assim como, era salutar a qualquer cidadão ter conhecimento, informações do crime que cometeu e, da mesma forma, saber o que deve fazer para não praticar um delito.

Nesse íterim, relevante mencionar a contribuição de Rousseau no desenvolvimento do pensamento Beccariano, no escrito *Du contrat social*. A união de forças de cada indivíduo inserido na sociedade, no intento de criar uma força maior, soberana, que evitasse o caos social, garantindo o respeito à vida, a integridade e a igualdade de direitos e deveres entre pessoas que perquiriam o ideal de justiça, originou o Pacto Social. Insta esclarecer que o interesse comum é a vontade geral, mas não uma pretensão unânime da população. Todos contribuem de forma significativa, mas o melhor para todos é o que

prevalece, portanto, há a formação de um consenso, como instruem Eduardo Bittar e Guilherme Assis (2010, p.294) em sua obra.

Em consequência, Cesare Beccaria desenvolveu pensamento em que o cidadão ofereceria a sua liberdade ao Estado, que, em troca, garantiria a ordem social, protegendo a vida de todo o perigo iminente. O amparo estatal seria revestido de aplicações de sanções, ou seja, no direito de punir, no desígnio de resguardar a ordem jurídica e prevenir das ameaças de futuros delitos, desde que consentâneo com os ditames da lei. Nessa vereda, em *Dei delitti e delle pene*,

[...] somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir (BECCARIA, 2009, p.19).

Em suma, verifica-se, pois, o quão as concepções Beccarianas estão disseminadas em nossa Carta Política, de 1988, seja através de Princípios, direitos, seja de garantias fundamentais.

3.1 ORIGEM ETIMOLÓGICA E CONCEITO DA PALAVRA PRINCÍPIO

O vocábulo *Princípio*, oriundo do latim *principiu*, significa começo, origem, causa primitiva ou primeira coisa. Alicerce, fonte, lei, regra, preceito moral. De Plácido e Silva define Princípio, em sentido vulgar, como “o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir”. Na acepção jurídica da palavra, o magistrado professor define Princípio como norma essencial que serve de suporte ao direito. Saliencia que “[...] princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica” (SILVA; DE PLÁCIDO, 1996, p.447).

À guisa conceitual, Maria Helena Diniz, à luz dos Princípios Constitucionais, a depreende como “norma explícita ou implícita, que determina as diretrizes fundamentais dos preceitos da Carta Magna, influenciando a sua interpretação” (DINIZ, MARIA HELENA, 1998, p.717). Geraldo Ataliba (CARLOS ROBERTO DE ALCKIMIN, 2012, p.86) define os Princípios

em linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição.

Nessa oportunidade, conforme delineado em linhas anteriores, o pensamento iluminista ajudou a solidificar o respeito às garantias fundamentais do cidadão, assim como a democracia, inerente ao Estado Democrático Constitucional de Direito. Contribuiu, ainda, na desconstrução da imagem de Estado sagrado, incontestável, absoluto, soberano, que ditava regras desarrazoadas a grande parcela da sociedade, sem resguardar o mínimo de dignidade, seja na aplicação de penas, seja na obediência a leis aristocráticas.

A constitucionalização de todo ordenamento legal brasileiro significou a obediência dos demais ramos jurídicos, de status infraconstitucional, aos direitos, garantias e princípios fundamentais, individuais ou coletivos. Em especial, o direito Processual Penal, que elencou, em sua base, diversos princípios no escopo de garantir a efetiva atividade jurisdicional, sem comprometer a dignidade humana e coibindo os possíveis abusos por parte do Estado.

Isto posto, impende destacar alguns dos princípios constitucionais que, diga-se de passagem, não estão de forma taxativa na lei, primordial na demonstração de que é possível aferir embriaguez ao volante pelo exame etilômetro de forma obrigatória pela autoridade policial sem ferir qualquer preceito fundamental.

3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: LIBERDADE RESTRITA E PROPORCIONALIDADE

Nenhum cidadão será compelido a fazer algo, ou abster-se de fazer, senão em detrimento da lei. O artigo 5º, inciso II, da Constituição, de 1988, é um retrato clássico do limite permitido ao Estado de punir o cidadão infrator.

Verifica-se, pois, a existência do Estado humanizado de Direito, ou seja, o Estado só deverá punir o indivíduo, quando houver a transgressão da norma legal. Necessário que a sociedade tenha ciência da conduta que deva praticar para o não cometimento do crime. Logo, a presença de normas claras, certas e atuais é essencial na prevenção e penalização do autor do delito. O constitucionalista Manoel Gonçalves aclara que,

o princípio da legalidade é, por um lado – o primeiro a enunciar, ainda que pela negativa –, o princípio geral da liberdade. O homem é livre para fazer tudo, exceto o que a lei proíbe... à lei, pois esta não pode vedar senão o que traz prejuízo a sociedade, não aquilo que uma autoridade ou um grupo, seja qual for, entender que não é bom, não se identificando a preceitos religiosos ou ideológicos (GONÇALVES, 2009, p.180).

Propugna ressaltar que a criação da figura do criminoso por parte do Estado, de forma antecipada, coíbe a insegurança jurídica social e evidencia que a sujeição à penalidade deverá ser cumprida quando o fato lesar o próximo.

É mister esclarecer que a legalidade é um óbice nas pretensões de um Estado arbitrário. O princípio contribui para que toda e qualquer penalidade aplicada seja devidamente fundamentada e proporcional à infração cometida.

A proporcionalidade é um critério que individualiza a pena conforme o delito cometido. Guilherme de Souza Nucci, no fito de objetivar o princípio, aduz: “[...] a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos

de realização do crime” (NUCCI; GUILHERME, 2012, p.235).

O magistrado, no exercício da função, deve considerar a prisão a última *ratio*, pois a privação de liberdade impede o indivíduo de exercer alguns bens jurídicos protegidos em nossa legislação. O ideal é encontrar penas alternativas, que ensejem uma sanção, sem essa restrição. Obviamente, que essa medida estaria inserida nos delitos de menor potencial ofensivo.

Ora, face às considerações aduzidas acerca do Princípio da Legalidade, o artigo 5º, inciso XXXIX, determina que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; se a norma aduz que o motorista conduz automóvel com capacidade psicomotora alterada, em virtude do uso de bebidas alcoólicas e com teor superior a 0,3 miligramas de álcool por litro auferido através do teste do etilômetro, haverá o crime de embriaguez ao volante. Do contrário, não existirá infração.

3.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O legislador constituinte, ao elaborar a Carta Maior, de 1988, elencou, no artigo 5º, inciso LV, os princípios do contraditório e ampla defesa; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. É inegável a conexão entre eles, todavia é a ampla defesa que qualifica o contraditório (DELOSMAR MENDONÇA, apud FREDIE DIDIER, 2010, p.55).

É oportuno consignar que o princípio do contraditório estruturou, integralmente, o processo, propiciando à parte o direito de ser ouvida, e, na possibilidade de influenciar a decisão do magistrado, o direito de trazer à baila alegações, provas, manifestações no fito de convencê-lo.

O Contraditório, assegurado concomitantemente ao polo ativo e passivo da demanda, garante o equilíbrio e igualdade de oportunidades, vedando ao magistrado a possibilidade de sentenciar em matéria a qual sequer

foi suscitada pelas partes. Demonstra-se, portanto, a diferença entre agir de ofício sem provocação das partes, e agir sem consultar com antecedência as partes, em consentâneo com os ensinamentos doutrinários de Fredie Didier Jr.

3.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Cesare Beccaria afirma: “quando o delito é constatado e as provas são certas, é justa que se conceda ao acusado o tempo e os meios para se justificar” (2009, p.43), ou seja, a Carta Magna, de 1988, elencou o amplo defeso como princípio base inerente, e assegurado ao cidadão, quando da existência do processo judicial ou administrativo em curso; logo, de acusação.

A processualização do direito de aplicar a pena foi uma solução encontrada para impedir que as autoridades públicas viessem a ser, autoritariamente, desarrazoados e parciais no exercício das respectivas funções. O devido processo legal, princípio processual que abarca diversos outros, dentre eles, a ampla defesa, assegurou a obrigatória observância pelo regular trâmite processual, evitando que o indivíduo se tornasse mero objeto do poder público.

A ampla defesa propicia ao cidadão acusado a tutela jurídica necessária para a razoável duração do processo². É insita a coerência e evidência dos autos. Isto posto, o acesso à informação, exceto nos casos de família e interesse público, que deve estar disponível a todo e qualquer cidadão, assim como os argumentos que levaram a autoridade judicial a acusá-lo, e a possibilidade de defesa aos autos, propiciando a oportunidade de se expressar perante o magistrado, são prerrogativas mais que necessárias ao combate do arbítrio do poder público.

É oportuno salientar que a abrangência desse princípio importa restrições, “uma vez que o próprio direito se sub-

mete a restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concretos, em sentidos opostos” (MENDES, 2011, p.493).

Nessa oportunidade, a obrigatoriedade do teste do etilômetro não infringe o aludido princípio, que é relativo, pois o procedimento de cunho administrativo não leva o cidadão à penalização no campo judicial. O aludido exame, simultaneamente, é modelo de combate e prova para aferição ou não de elevado teor alcoólico no organismo do indivíduo.

Se, por acaso, o equipamento apontar a infração, o condutor terá, por direito, a *posteriori*, a oportunidade de manifestar sua defesa, no escopo de provar a não comprovação do delito. Desta feita, será garantida, em momento posterior, a ampla defesa, afinal, alegar um direito vazio (carecedor de argumentos plausíveis e coerentes) para a autoridade policial competente, no fito de obstar a aferição do crime, é privilegiar a irresponsabilidade e a impunidade individual em detrimento do bem-estar coletivo.

3.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A leitura do artigo 5º, inciso LVII da Carta Política, de 1988, demonstra que o legislador não exprimiu o princípio de forma direta. Presume-se inocente até a coisa julgada.

A doutrina, ainda hoje, diverge quanto a sua incidência. Alguns sustentam ser processual penal e, outros, do direito penal. Todavia, o importante é a cobertura que o princípio oferece ao direito, garantia ou liberdade do beneficiário ativo.

A proteção assegurada pelo poder público jamais deverá ser fundamentada em mera suspeita, mas em indícios suficientes de que o provável ilícito penal coloque em risco a liberdade, e integridade do próximo. Por

² (2010, p. 59) Fredie Didier Jr. aduz que “a partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas”.

consequência, não será considerada abusiva e ilegal a privação de um sujeito, quando o interesse social sobrepujar o individual.

Oportuno é o comentário do doutrinador Leonir Batisti, ao dizer que a presunção de inocência não é óbice para a investigação e apuração de infrações, desde que pautadas na legalidade e colhidas de forma lícita. Aduz ainda:

[...] que o direito de investigar realiza a própria presunção de inocência, visto que só será possível chegar à punição após identificado o ilícito penal e identificados os seus atores ou participantes, o que implica na imperiosa necessidade de investigação, em maior ou menor grau, em maior ou menor extensão (BATISTI, 2009, p.182).

Frisa-se que, além de não constituir óbice, o princípio não deve ser alegado quando o condutor se submeter ao exame do bafômetro. O teste não é uma pena ou privação da liberdade de ir e vir. Pelo contrário, é a obrigatoriedade do Estado garantir o exercício do princípio, que o cidadão poderá exercê-lo de forma livre, serena e arrazoada. O Promotor de Justiça, Batisti, nesse raciocínio, alega:

[...] que as medidas de polícia não inibem nem afetam a presunção de inocência. Veja-se a vigilância de pessoas [...] i) a vigilância é um instrumento para efetivar em abstrato a segurança; ii) a vigilância, indiretamente vai servir para reafirmar a presunção de inocência, sempre naquela linha argumentativa de que, ao angariar provas de eventual ilícito e de eventuais responsáveis, se estará dando atendimento ao princípio (BATISTI, 2009, p.184).

Desse modo, se, por acaso, o teste for positivo, o equipamento será um meio eficaz de demonstrar a possível embriaguez do motorista, que terá, *a posteriori*, o direito de defesa em provar que não deve ser culpado. Os indícios apontam a alta probabilidade, mas não significa a culpa.

4. BAFÔMETRO É O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO?

É da sapiência dos operadores do direito, que o trâmite processual findará em algum momento. Logo, não é algo infinito. Isto posto, é de se perceber que não há tempo hábil para a verdade absoluta. Devemos per-

quir a veracidade dos fatos o mais próximo da realidade, em seu alto grau de probabilidade.

Ao contrário do Processo Civil, o Processo Penal tem por escopo a busca por uma verdade real material, que poderá ser investigada independentemente da aquiescência da parte. Mister citar que esse subsídio deve estar respaldado nos limites legais e princípios éticos, fundamentais na produção de provas lícitas.

O princípio do *Nemo tenetur se detegere*, elencado na Convenção Americana de Direitos Humanos, através do artigo 8º, II, g e na Constituição da República, art. 5º, inciso LXIII, aduz que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, nem a confessar-se culpado. Portanto, será facultado ao indivíduo prestar informações acerca do possível ilícito, podendo ocultá-las, sem a caracterização do crime de desobediência; Ao passo que o Acusador deve prestar todos os esclarecimentos e fundamentos necessários à garantia da ampla defesa.

Viceja relevante discussão se o emprego de métodos por parte do Poder Público fere a dignidade humana, vez que impõe restrições aos direitos assegurados na Carta Maior. Não é por demais salientar, que impera em nosso ordenamento a relativização dos direitos fundamentais. Essas restrições reguladas por lei possibilitam a coexistência, e não exclusão, entre eles.

Desde que os agentes públicos, em consonância com a legislação pátria, empreguem, de forma proporcional, os recursos para o devido desígnio, ausente a violência física e moral e respeitando as restrições impostas, a aplicação da verdade material será viabilizada.

O exame do Bafômetro é garantidor do contraditório, uma vez que a presunção é *juris tantum* de teor alcoólico superior ao mínimo legal. O respeito ao contraditório será preservado, fornecendo ao indivíduo mecanismo e oportunidade de se manifestar e provar que não estaria dirigindo embriagado. Há, portanto, equilíbrio e respeito entre as partes.

É forçoso constatar que a busca da verdade não deve ser perseguida a todo e qualquer custo. A necessidade de limitar um direito, princípio ou garantia não é sinônimo de arbitrariedade. O Estado, na incumbên-

cia de proteger a vida, deve perquirir mecanismos que coíbam a tragédia social. Sopesar a balança é observar o momento social, a legislação atual e os números de mortalidade por acidentes de trânsito decorrentes da bebida alcoólica.

Essa prova, que depende da colaboração do condutor, não está em afronta ao princípio da não autoincriminação. Conforme visto, nenhum princípio é absoluto. Portanto, seria desarrazoado vedar, ao poder público, a produção de determinada prova porque respectivo direito é assegurado, irrestritamente, em nosso ordenamento. Inexiste constrangimento quando há submissão ao teste do etilômetro. É um dever social de respeito à preservação pela vida e de zelo ao próximo. É o cumprimento do pacto social. O constrangimento alegado, nesse caso, é o argumento sem fundamento, cristalizado por sujeitos de direitos e não de deveres, cientes da iminência de serem privados de algo que lhes dá o prazer individual: a liberdade irrestrita. Nesse sentido, oportuna é a transcrição da doutrinadora Maria Elizabeth Queijo:

É essencial buscar-se solução que harmonize ambos os interesses, que na realidade são públicos. Nos Estados democráticos, verifica-se a conciliação entre os interesses conflitantes em matéria de direito à prova... A análise da incidência do *Nemo tenetur se detegere* nas provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção é de grande importância para essa harmonização. Assim, não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, inclusive o *Nemo tenetur se detegere*, mas não será admissível também que o referido princípio seja aniquilado, para dar margem ao direito à prova ilimitado (QUEIJO, 2012, p. 289).

Ora, se o princípio da não produção de provas contra si mesmo fosse arguida em todo ato, fato ou processo, a impunidade seria o óbvio. O pagamento de tributos, impostos demanda a obrigatoriedade da pessoa física ou jurídica destinar parte de seus rendimentos ao gov-

erno federal. A declaração atestada pelo contribuinte de seus bens, rendimentos não configuraria desrespeito a Constituição? Evidentemente, a resposta é negativa. Essa parte destinada é salutar no desenvolvimento do país, na construção de novas creches, escolas, no melhor atendimento à saúde, através de compras de equipamentos avançados, ou, até mesmo, na melhoria da segurança pública. Novamente, há o contrato social. Os cidadãos devem não apreciar a quantidade de tributos pagos, mas possuem o conhecimento de que, sem eles, o mínimo ofertado pelo Estado, mesmo de má qualidade, não seria possível.

Nessa senda, seria igualmente inconstitucional a apresentação da carteira de motorista e documento do veículo automotor em blitz destinada a apurar possíveis irregularidades ou roubo. É uma prática cotidiana, motivo este que a sociedade cumpre sem qualquer objeção. Logicamente, algum indivíduo tende a burlar a barreira policial, contudo, impera entre os pares a necessidade desse procedimento do agente público. Pois, não é equânime o governo conceder aos inadimplentes o direito de trafegar com o veículo automotor nos logradouros da cidade sem que exerça o dever de quitar os débitos referentes ao DPVAT³ ou IPVA⁵, incumbência esta destinada a todos.

Oportuno dizer que a sociedade, por não ser uniforme, apresenta uma constante modificação, ao passo do que hoje é considerado primordial, amanhã poderá ser algo secundário. Tendo em vista que o direito segue esse processo, não é por demais aclarar que a embriaguez ao volante está dilacerando centenas de família em todo país, fruto de legislação ainda retrógrada, quando confere ao motorista a opção de se submeter ou não ao teste do bafômetro.

Norberto Bobbio (2004, p.43), de uma sensatez

3 Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre.

4 Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores.

e perfeição ímpar, proferiu o sentimento dos injustiçados, ao dizer: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

O anseio social é o julgamento de acordo com a lei (não de maneira absoluta), que transmita o sentimento de justiça e concretização da punição. Quero dizer, não importa se todos terão uma restrição em seus direitos. A observância de normas específicas, criadas para proteger um bem maior, não individual, mas de caráter coletivo, demanda o espírito do esforço comum. E é essa vontade que deve ser respeitada. Como leva a lição da doutrinadora Maria Elizabeth Queijo:

[...] a inexistência do dever de colaborar, em todos os casos, redundaria em, uma concepção do *Nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, aniquilando, em determinadas situações, por completo, a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela. Em outras palavras: equivaleria, em diversos casos, à consagração da impunidade (QUEIJO, 2012, p.364).

O bom legislador não cria normas para os poucos; a estrita legalidade acoberta crimes, gera impunidades e a sensação da liberdade sem freio. A constitucionalidade do exame do bafômetro, em consonância com o princípio da não autoincriminação, deve ser observada não como violação, mas restrição necessária ao bem-estar social.

O teste, o qual demanda a colaboração do investigado, não é prova degradante que viole a intimidade ou a honra. Esta, assim manifestada na forma subjetiva, sob a falsa sensação de desrespeito à dignidade da pessoa humana. Pois bem, conforme dito anteriormente, o Estado assegura o direito ao contraditório, ampla defesa, corolário do devido processo legal, no qual, é presumido inocente o investigado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

4.1 DIREITO AO SILÊNCIO

O silêncio não é sinônimo de aquiescência. O fato

do cidadão não responder a indagações suscitadas pela autoridade competente não resulta em prejuízo para sua defesa: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”. Percebe-se a infelicidade do legislador constituinte, ao elaborar o inciso LXIII, do art. 5º, pois restringiu somente a figura do preso. Todavia, já está consolidada na doutrina e jurisprudência a incidência do direito a todos os indivíduos. Segundo Walter Nunes,

[...] a essência do direito ao silêncio, a pessoa não pode ser violentada no seu instinto natural de preservação, o que implica procurar defender-se, quando se sente atacado, de modo que a ela não pode ser imposta a tarefa de cooperar ou colaborar para a sua punição (NUNES, 2008, p.732).

Importa dizer que a garantia assegurada ao acusado de não produzir provas que auto incrimine é um resguardo à integridade física e psíquica contra os possíveis abusos do poder público. Tanto é, que o cidadão acusado não está compelido a participar da reconstituição de um crime que enseje a possível culpa. Caso a presença do indivíduo seja imprescindível para a coleta de provas, a anuência é a única forma de obtê-la; a força coercitiva, óbice. Nas lições de Denilson Feitoza,

[...] o princípio da não-auto-incriminação tem natureza constitucional e se encontra implicitamente na previsão do direito ao silêncio. [...] não estamos convencidos de que o princípio em tela tenha um caráter absoluto no direito brasileiro. O tema ainda está demandando estudos mais aprofundados, que, certamente, terão de enfrentar critérios como a gravidade do fato delituoso e o princípio da proporcionalidade. [...] não nos parece que o direito ao silêncio, a um não fazer, permita o direito a um fazer (FEITOZA, 2009, p. 145).

Ora, face às considerações aduzidas, o poder público deve assegurar e preservar o direito ao silêncio, todavia, o grau da infração cometida é uma justificativa plausível para a sua limitação. Da mesma forma que o titular do direito auferir benefícios, concomitantemente, há a imposição no cumprimento de algumas obrigações. Em consequência, o silêncio não é uma prerrogativa estritamente aberta.

Sob o pálio interpretativo constitucionalista-legalista, o argumento do direito ao silêncio seria óbice à obrigatoriedade do teste que auferir o índice de alcoolemia no organismo, pois seria resguardado a todos o direito a não produção de provas que impliquem em possível autoincriminação, independentemente se um ato consciente e irresponsável mutilar a integridade de um ser humano reto e pai de família.

4.2 BAFÔMETRO

Bafômetro é o equipamento que utiliza ar exalado pelos pulmões e detecta o nível de álcool presente no organismo do indivíduo. O Aurélio o define como “o aparelho que mede o grau de alcoolemia de alguém pelo teor alcoólico de sua expiração”. Mister citar que existem três tipos: descartável, portátil e os utilizados para fins de provas legítimas.

A propósito, nos últimos anos, houve crescimento no número de mortes no trânsito relacionadas à bebida alcoólica. Dentre os fatores causadores, a ineficácia de políticas públicas contribuiu, de maneira determinante, para a instauração de toda celeuma. Não há efetividade, se não existe capacitação de profissionais atinentes ao exercício da profissão, ou se não há investimentos propícios para a compra desses aparelhos.

A administração pública deve adotar tolerância zero nos procedimentos relacionados à aferição de embriaguez ao volante. Ora, se não há norma rígida, não há o efetivo cumprimento. Obviamente, a certeza de punição é a única saída para a solução do dilema. Isto posto, a utilização do instrumento pelo agente policial, de forma aleatória, gera, na sociedade, o pensamento da opção: dirigir e não beber, ou beber e não dirigir.

Vale observar que álcool e direção não combinam. O efeito que a bebida etílica traz ao nosso organismo, quando ingerida, é inimaginável. Impende destacar a errônea sensação de confiança, a falta de reflexo e mudança de comportamento. Para Fernando Capez (2008, p. 310), o bafômetro, que indica o nível de concentração

de álcool, verifica o comportamento do indivíduo através da fala, equilíbrio ou reflexo. O doutrinador Pinheiro (apud PEDROSO, 1994, p. 97) afirma que,

segundo o clássico SIMONIN, professor da Faculdade de Medicina de Estrasburgo, o álcool é, sobretudo, um veneno do sistema nervoso: a sintomatologia neuropsíquica domina o quadro. Uma alcoolemia de 1g por 1.000 (1,32cm³) determina transtornos de atenção, da concentração psíquica, da associação de ideias e da memória, perturbações postas em evidência por testes psicotécnicos apropriados, vale dizer, transtornos da conduta; o tempo de reação à luz se encontra alargado 30% e o do som 38%.

A CAS⁵ varia conforme o tipo de bebida, peso e sexo do bebedor, a ingestão de alimentos ou assiduidade. Logo, o percentual auferido no exame do bafômetro não seria preciso de forma absoluta. Valoroso o ensinamento de Dualibi, Pinsky e Laranjeira (2011, p:94), ao afirmar que:

o princípio químico utilizado e a tecnologia agregada, refletidos no custo dos equipamentos, variam em função das necessidades da determinação (precisão e exatidão) e das condições em que serão realizadas (condições ambientais, tempo de resposta, recuperação do equipamento para a próxima análise e fornecimento de energia).

Evidente que o instrumento pode não fornecer valores 100% (cem por cento) exatos, em virtude das inúmeras variáveis. Todavia, é o meio de prova mais eficiente que ateste a possível infração.

5 COMPETÊNCIA OBRIGATÓRIA DO AGENTE DE TRÂNSITO DEMONSTRAR A EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR

Dentre as inúmeras tarefas precípuas da administração pública, destacaremos o poder de polícia, esta, com o desígnio de limitar a liberdade e a propriedade particular. Di Pietro (2012, p. 123) o define como “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos

individuais em benefício do interesse público”. Bandeira de Mello (2009, p.830) aduz que,

a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

A presença do poder de polícia é indelével em toda sociedade que prima pelo bem-estar coletivo. A abstenção de um *facere*, limitador da liberdade do homem, deve sempre estar em consonância com a legislação pátria. O Estado não está excluindo o direito da liberdade. A garantia desse direito a todos requer algumas limitações. A propósito, Gilmar Mendes (2011, p. 510) salienta

Sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos, tanto em tema de punições disciplinares como de restrição de direitos em geral.

Não podemos associar essa atividade exercida pelo poder público com a ideia de Estado repressor. Evidente a flexibilização dos direitos fundamentais, quando há a imposição de medidas preventivas, na fiscalização da polícia administrativa nas vias públicas para atestar ou não embriaguez do motorista; ou das repressivas, diante da infração, recolhe-se a carteira de condutor e aplica-se determinada multa.

Considerável atestar que o agente de trânsito nem sempre deve ir antes ao poder judiciário em busca de permissão para agir contra possível delito. A altivez dos extremos legalistas é um retrocesso na razoabilidade do direito. A autoexecutoriedade, em determinados casos, demonstra ser imprescindível para a ordem social, ou estaria o Legislador Constituinte ferindo os preceitos

fundamentais, quando aduziu, no art. 5º, inciso XI, permissão para a autoridade policial invadir domicílio particular sem prévia autorização judicial, no desígnio de evitar o cometimento de crime em flagrante?

O exercício dessa prerrogativa, oportuno dizer, é limitado. A interferência da autoridade policial na esfera privada, nessa proposta, é aceitável, pois a inércia implica no não cumprimento do dever do agente, que é a garantia da segurança social, ceifando, portanto, a função eficaz do agente. Nesta senda, Cretella Júnior (apud NUNES, 2008, p. 311) expôs:

A necessidade de manter a ordem pública exige, às vezes, medidas materiais de execução rápida, que não se compadecem com a morosidade do processo judiciário, como, por exemplo, a remoção imediata de veículo que impeça o trânsito na via pública.

A Carta Magna resguardou, no art. 144, que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”. Insta esclarecer que a atividade assecuratória desse fim é da competência do agente de autoridade de trânsito. O Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro – CTB o define como “pessoa, civil ou policial militar, credenciada pela autoridade de trânsito para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento”.

Salienta Julyver Modesto (2010, p. 102) que “as atividades de fiscalização e operação de trânsito podem ser desenvolvidas por qualquer servidor, que faça parte do quadro organizacional do órgão ou entidade de trânsito competente (ou esteja com ele conveniado, nos termos da lei)”.

O exercício da aludida profissão, em observância aos princípios da administração pública, ao respeito ao devido processo legal, assegurando o contraditório e ampla defesa, isentos do livre arbítrio, é imprescindível na manutenção da segurança e ordem pública, de modo a contribuir, de forma efetiva, na diminuição de acidentes de trânsito em todo Brasil.

Isto posto, não é ignoto que o agente de trânsito é o responsável por aplicar o teste do bafômetro aos que dirigem veículos automotores. O êxito do procedimento depende de mecanismos eficientes à disposição da autoridade e certa margem de autoexecutoriedade, que propicie o fomento de uma investigação sem contradições.

Desta feita, a obrigatoriedade da exigência do etilômetro é de competência do agente de trânsito, jamais do condutor. Impende destacar que, no ato da fiscalização, a autoridade policial, através de conhecimento adquirido pela experiência da função, deve averiguar as condições psicológicas e fisiológicas do motorista, no escopo de observar a possível embriaguez. Percebe-se que a imposição deve ter fundamento plausível e a sua obrigatoriedade consiste no respeito e garantia da incolumidade física coletiva. Do contrário, a ausência desses pressupostos constitui óbice na executoriedade do ato.

6 A EFICÁCIA DA LEI Nº 11.705/2008 NA DIMINUIÇÃO DE MORTES NO TRÂNSITO

A política da Lei nº 11.705/2008 foi um dos poucos instrumentos ao alcance do Estado brasileiro que possuiu eficácia no combate à ingestão de bebidas etílicas. É do conhecimento de todos a inércia de políticas públicas quanto às restrições aos locais de venda do álcool, assim como a facilidade de adquirir, em decorrência de preços baixos e de propagandas maciças, nas redes de comunicação, incentivando o uso abusivo do álcool.

Evidente que álcool e direção não combinam. A mistura nociva dos dois componentes resulta, reiteradas vezes, na morte de cidadãos inocentes, que arcam com a irresponsabilidade e a imprudência dos outros. Na ininência de estabelecer o caos social, o governo, ciente

da gravidade do problema que assola, cotidianamente, o brasileiro, resolveu publicar legislação no escopo de dirimir a celeuma.

E os resultados demonstram a efetividade da norma no combate à diminuição de mortes no trânsito, ocasionadas pela ingestão de bebidas alcoólicas. O Departamento Estadual de Trânsito da capital Federal – DETRAN-DF⁶ através da Informação Nº 06, Álcool x Direção, 17 de junho de 2012, evidencia que a média de óbito decresceu com o advento da Lei Seca. No ano anterior da entrada em vigor, a média de vítimas era de 42 por mês. No 1º ano de vigência (2009), 35; no segundo (2010), 37; no terceiro (2011), 40 e até junho de 2012 a média foi de 36 mortes ao mês.

Os diretores e técnicos do DETRAN-RS⁷ apresentaram dados estatísticos relativos ao tema: em todo Rio Grande do Sul, houve uma diminuição de 6,6 % (seis vírgula seis por cento). Em 2010, houve 2.167 vítimas fatais no trânsito gaúcho, ao passo que, em 2011, foi de 2.025. Com o advento da Operação Balada Segura⁸, instituída pela Lei nº 13.963, somente na capital Porto Alegre, o índice de pessoas mortas, entre janeiro a outubro de 2012, diminuiu 27% (vinte e sete por cento), se comparado ao mesmo período do ano anterior; de 121 para 88.

Segundo dados do próprio Ministério da Saúde, mais de 40 (quarenta) mil⁹ cidadãos morrem, por ano, no Brasil, vítimas de acidentes de trânsito. Todavia, segundo o ministro Alexandre Padilha, em regiões que fiscalizam de forma efetiva, houve uma redução em torno de 30 % (trinta por cento) no número de óbitos.

No Estado de Pernambuco, em 2012, houve 1.166 mortos, apresentando redução de 24% (vinte e quatro por cento) em relação a 2011, que totalizou 1.516 vítimas.¹⁰ A Operação Lei Seca¹¹, no Rio de Janeiro, nos primeiros 2 (dois) anos, apresentou redução de 32%

⁶ http://www.detran.df.gov.br/images/documentos/O_Detran/estatisticas/lei_seca.pdf. Acesso em: 08 fev. 2013.

⁷ <http://www.detran.rs.gov.br/index.php?action=estatistica&cod=60>. Acesso em: 08 fev. 2013.

⁸ A Operação Balada Segura foi instituída no Rio Grande do Sul no ano de 2012, é um retrato de que políticas públicas eficientes auxiliam a educação no trânsito e coíbem o aumento de vítimas ocasionadas por acidentes de veículos automotores, no binômio álcool-direção.

⁹ <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/11/04/acidentes-de-transito-causam-mais-de-40-mil-mortes-no-brasil>. Acesso em: 08 fev. 2013.

(trinta e dois por cento) no número de óbitos, ao passo que, em todo território nacional, a redução foi de 6,3% (seis vírgula três por cento) de mortes no trânsito.

Cumprido ressaltar que não adianta promulgar uma norma, se a administração pública não efetivá-la através de contínuas fiscalizações, educação no trânsito e punição certa. Logo, na ausência de políticas públicas hábeis, a lei será apenas uma letra morta em vigor. Com isso, faz-se necessário observarmos que a ideia teórica é inteligente, entretanto, na prática, na maior parte dos entes federados, não é executada na forma devida. Por isso que o sucesso nos números da Lei Seca é dependente da eficácia da administração pública.

6.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 12.760/2012 E RESOLUÇÃO Nº 432/2013

O Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, no fito de disciplinar as margens de tolerância do exame etilômetro elencadas na “Nova Lei Seca nº 12.760/2012, através da Resolução nº 432/2013, definiu, no art. 6º, que a infração prevista no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB será consumada, quando o bafômetro apontar “medição igual ou superior a 0,05 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,05 mg/L)”.

Em referência ao art. 306 do CTB, haverá a prática do crime daquele que for abordado por autoridade policial, dirigindo sob a influência de álcool ou outra substância que afete a capacidade psicomotora, quando acusar no etilômetro “medição realizada igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L)”.

Infere-se que os parlamentares objetivaram a tolerância zero. Contudo, em parte, não atentaram para a razoabilidade na feitura da norma concernente à infração

administrativa. É necessário um limite que não exacerbe a liberdade de outrem, tão pouco restrinja o exercício dela. Vale frisar que a citada Resolução previu “Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro”, em caso de desconto do erro máximo admissível, mas ainda persiste a irrazoabilidade da medida.

Imagine um cidadão que ingeriu bombons de licor, ou utilizou enxaguante bucal e, logo em seguida, submeteu-se ao exame; não seria um escárnio considerar esse ato uma infração? É um precedente perigoso criado pelo legislativo. Referendo a tese da importância da Lei Seca no propósito de ser óbice a acidentes de trânsito, e, por consequência, de mortes no trânsito. Inclusive, da obrigatoriedade do teste para os motoristas que apresentarem sintomas de embriaguez evidenciados, todavia, o *quantum* mínimo estabelecido no art. 6º, da Resolução 432/2013, precisa ser razoável. O Ministério da Saúde e os órgãos correlacionados devem apontar, através de dados científicos, o limite mínimo necessário.

A Lei nº 12.760/2012 abrangeu maior campo probatório, quando o condutor for alvo de fiscalização. Antes, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tinha decidido que apenas o exame de sangue e do etilômetro poderiam atestar a embriaguez ao volante. Na entrada em vigor da Nova Lei Seca, o impasse findou, pois, com arrimo no art. 277, caput e §2º, podendo o condutor ser submetido também a provas de vídeo, imagem ou perícia, assim como a outras admitidas em direito.

De toda forma, as medidas da “Nova Lei Seca” já surtiram efeitos. Segundo a Polícia Rodoviária Federal – PRF¹², entre 21 de dezembro de 2012 e 2 de janeiro de 2013, houve um número decrescente de acidentes nas rodovias federais, se comparado ao mesmo período do ano anterior, ou seja, caiu 12% (doze por cento). Enquanto que os números concernentes ao Réveillon, entre 28 de dezembro de 2012 e 02 de janeiro, demon-

¹⁰ <http://globovtv.globo.com/rede-globo/bom-dia-brasil/v/lei-seca-provoca-queda-nas-mortes-em-acidentes-de-transito-em-pernambuco/2364430/>. Acesso em: 08 fev. 2013.

¹¹ <http://www.operacaoleisecarj.rj.gov.br/manual-do-sucesso/>. Acesso em: 08 fev. 2013.

¹² <http://blog.justica.gov.br/inicio/lei-seca-aumenta-em-125-prisoas-em-rodovias-diz-prf/>. Acesso em: 08 fev. 2013.

straram diminuição de 6% (seis por cento) de óbitos, em comparação a 2011, de 133 (cento e trinta e três) para 126 (cento e vinte e seis).

7 JURISPRUDÊNCIA

Indubitavelmente, não há posição uniforme e pacífica, no ordenamento jurídico brasileiro, acerca da constitucionalidade do exame do bafômetro, em virtude do Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não ter decidido a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4103, interposta pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL) em 2008.

A ADI nº 4103 tem por escopo que seja declarada inconstitucional alguns dispositivos da Lei Seca, por violar princípio, direitos e garantias fundamentais. Impende destacar que os Tribunais pátrios estão fomentando, juridicamente, a admissibilidade do exame do bafômetro como prova para aferição da embriaguez ao volante.

Nessa senda, citamos o HC 109269/ MG, de relatoria do Ministro do Excelso STF, Ricardo Lewandowski, que denegou Habeas Corpus ao motorista que dirigiu com teor alcoólico acima do permitido e foi submetido ao teste em aparelho de ar alveolar:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III - No tipo

penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV - Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V - Ordem denegada (Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 27/09/2011)¹³.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em idêntica vereda, vem denegando sucessivos Habeas Corpus interpostos por condutores que assumiram o risco de conduzir veículo automotor em logradouros públicos, infringindo norma legal, a saber, dirigir com teor etílico acima do permitido. O HC 142255/RS, de relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura, é um consentâneo esteio:

PENAL. HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. LAUDO ATESTANDO A INCIDÊNCIA ALCÓOLICA. AFERIÇÃO POR BAFÔMETRO. AUSÊNCIA DE EXAME DE SANGUE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO...5. In casu, inexistente manifesta ilegalidade pois, não obstante a ausência do exame de sangue, a aferição da concentração de álcool no organismo do paciente foi realizada pela sujeição a etilômetro - conforme previsto no Decreto n.º 6.488/08 -, o que atesta a gradação alcóolica acima do limite previsto em lei, acarretando portanto a responsabilização criminal, visto a tipicidade da conduta do acusado (Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento em 25/09/2012).¹⁴

Assim como, o HC 224.984/RJ, de relatoria do ministro do STJ, Jorge Mussi, justificando que o etilômetro é prova admitida em direito para comprovar a prática do crime elencado no art. 306 do CTB. Inclusive, objeto de matéria discutida e referendada na Terceira Seção do STJ.

13 HC 109269/ MG - <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4108371>. Acesso em: 09 fev. 2013..

14 HC 142255/RS - https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=24919902&num_registro=200901392163&data=20121002&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 fev. 2013.

HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.705/2008). CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS. INICIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE. MATERIALIDADE. ETILÔMETRO. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA. [...]4. No caso, não há falar em deficiência da prova da materialidade apresentada pela acusação (teste de alcoolemia - "bafômetro") para justificar a inépcia da denúncia, uma vez que em sessão realizada no dia 28.3.2012, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp n.º 1.111.566/DF, admitido como representativo de controvérsia, decidiu, por maioria de votos, que após o advento da Lei n.º 11.706/08, a incidência do delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro se configura quando comprovado que o agente conduzia veículo automotor sob o efeito de álcool em concentração superior ao limite previsto em lei, mediante a realização de exame de sangue ou teste do bafômetro, este último realizado na hipótese dos autos. 5. Ordem denegada (Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento em 17/04/2012).¹⁵

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁶ em não conceder Habeas Corpus nesses casos é, praticamente, uníssono, aditando o HC 142876/RS, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, em 26 de abril de 2011; o HC 186420/RS, de relatoria do Ministro OG Fernandes, 6ª Turma, em 27 de março de 2012; o HC 140074/DF, de relatoria do Ministro Félix Fischer, 5ª Turma, em 10 de novembro de 2009.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de bom alvitre atestar que a função de punir do Estado Democrático de Direito não é um poder, mas o dever assecuratório de que todos os indivíduos cumprirão suas determinações, no escopo de preservar a paz social. A relativização de um direito, garantia ou liberdade, desde

que bem empregada e em consonância com a razoabilidade, deve ser entendida não como restrição, mas uma necessidade de atingir o bem maior: a vida.

A constitucionalidade da obrigatoriedade do exame do bafômetro deve ser, primordialmente, pautada na incessante busca pela conscientização do cidadão brasileiro. Foi e é importante mudar o hábito e comportamento da população, fazendo cada motorista refletir no risco que a sua conduta pode ocasionar a outrem. Não pode achar que a vítima dos acidentes fatais, resultado da embriaguez ao volante, será sempre a do vizinho.

É oportuno dizer que a conduta antiquada coloca em risco não apenas a vida do condutor do veículo, mas do transeunte ou terceiro, que não tem nada a ver com o fato do outro desrespeitar a legislação imposta a todos de maneira equânime, e da própria família, que sofre pela perda, dor ou angústia de saber que seu ente querido será responsável, penalmente e/ou civilmente, pelo crime cometido, além, é claro, dos danos.

Isto posto, a única forma do poder público coibir essa tragédia social é a realização de ações fiscalizatórias não esporádicas, severas, que passem ao cidadão a percepção de que o desvio da lei resulta em punibilidade líquida e certa, respeitando, lógico, os direitos e garantias assegurados na Carta Magna de 1988.

E o instrumento eficaz, o bafômetro, fomentará mecanismos hábeis para a autoridade de trânsito, no escopo de aparar as arestas decorrentes da incompatibilidade do álcool e direção. Mister frisar que não advogo a tese do uso abusivo e imoderado do etilômetro. A obrigatoriedade da imposição é circunstancial. Deverá haver uma norma que regulamente o grau de aperfeiçoamento, instrução e experiência do profissional competente, para poder atestar, através da sua aptidão, a necessidade ou não do condutor ser submetido ao aludido exame, analisando, evidentemente, os sintomas, circunstâncias e características.

¹⁵ HC 224.984/RJ - https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=21556709&num_registro=201102720060&data=20120503&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 fev. 2013.

¹⁶ http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp

Sobreleva notar, portanto, a evidente importância e dever dos entes federados em aperfeiçoar políticas públicas de combate ao escárnio número alto de vítimas oriundas dos acidentes de trânsito (álcool e direção), assim como incentivar medidas educativas que transmitam ao motorista a consciência do perigo.

Não é ignoto que a alteração recente da Lei Seca nº 12.760/2012 tem por objetivo lícito maior minorar o número de óbitos. Todavia, o instrumento de persecução é falho, afinal, os condutores deixarão de conduzir seus veículos automotores, na justificativa de não sofrer sanções econômicas, ou na responsabilidade de não praticar conduta nociva que possa atentar contra a incolumidade do próximo? Nesse ínterim, abre-se um precedente desvirtuador perigoso. Na mesma senda, o resultado do exame etilômetro que ateste o teor alcoólico deve ser razoável, pois circunstâncias, tempo e organismo variam, a depender da pessoa e local. Logo, salutar é estabelecer um *quantum* mínimo para a prática do crime, que deve ser fundamentado em parecer de órgão competente, de especialistas na área.

Uma justa justiça deve ser perquirida no Estado Democrático de Direito, independentemente da restrição de um direito fundamental, verificando, em uma balança, a preponderância de um interesse coletivo em face do

individual. O direito não é pautado na análise fria das leis, princípios, costumes ou até mesmo doutrina. A jurisprudência deve ser suscitada com anseio de modificação social, norteadora de mudanças legislativas futuras e cumpridora do bem-estar social.

À vista do exposto, propugna esclarecer que as normas constitucionais não são frágeis, pois, dotadas de extrema rigidez e base do ordenamento jurídico pátrio, são guardiãs dos direitos e garantias fundamentais. Em suma, percebe-se a sua extrema importância. Todavia, há algumas situações inevitáveis em que a relativização desses direitos é a única alternativa de pacificação social. Sublinhe-se o respaldo da Lei Maior conferido aos aplicadores do direito.

Destarte, a eficácia de toda e qualquer medida, neste caso, a constitucionalidade da obrigatoriedade do exame do bafômetro para aferição da embriaguez ao volante, depende irrestritamente do ânimo de cumplicidade daqueles que outorgaram o poder, os cidadãos, aos representantes do povo. Não adianta possuir ideias sensatas que, no plano teórico, vislumbram-se a efetividade das normas, se, no momento da execução, a desídia ou ego são óbices para a concretização do fim almejado. Mecanismos, possuímos. Ausente é a perspicácia da mudança, do novo.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Jorge. **Hermenêutica Jurídica** / Jorge Aquino. Rio Grande do Norte: KMP Gráfica, 2009.

ARAUJO, Julyver Modesto. **Poder de Polícia Administrativa de Trânsito**. 1. Ed. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2010.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. 1909 - **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, Nova Ed, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 11.705 de 19 de junho de 2008. Brasília: Senado Federal, 2008.

_____. Lei 12.760/2012 de 20 de dezembro de 2012. Brasília: Senado Federal, 2012.

_____. Resolução nº 432 de 23 de janeiro de 2013. Brasília: Senado Federal, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3.ed São Paulo: Editora Saraiva, 2008. vol. 4

CAVERO, David Ortega. **Diccionario Português – Espanhol, Espanhol – Português**. Barcelona: Editora Ramón Sopena, 1985.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. Ed Bahia: Editora JusPodivm, , 2010. vol.1.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. vol.3

DUAILIBI, Sérgio; PINSKY, Ilana; LARANJEIRA, Ronaldo. (Org.). **Álcool e Direção: Beber ou Dirigir**. São Paulo: Editora Unifesp, 2010.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: Análise dos princípios processuais aplicáveis**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. 4. Ed, Curitiba: Editora Positivo, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 Ed, revista atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **Crimes do Código de Trânsito**. 2. Ed. São Paulo: Editora J.H. Mizuno, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1994.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, , 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2011.