



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Operação Lei Seca e a CRFB de 1988

Gabriela Monteiro de Castro Junqueira Bastos

Rio de Janeiro
2011

GABRIELA MONTEIRO DE CASTRO JUNQUEIRA BASTOS

A Operação Lei Seca e a CRFB de 1988

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Profª Katia Silva

Profª Mônica Areal

Profª Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

A OPERAÇÃO LEI SECA E A CRFB DE 1988

Gabriela Monteiro de Castro Junqueira Bastos

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e as alterações advindas da Lei n. 11.705/08. Operação Lei Seca. Exigência à submissão ao teste do etilômetro. Aplicação no Brasil e no direito comparado. Exigibilidade da submissão ao teste do etilômetro: inexistência de ofensa à CRFB de 1988. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Não caracterização de ofensa ao direito ao silêncio e ao direito à recusa de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Aparente conflito entre princípios constitucionais. Aplicação da teoria da ponderação de princípios constitucionais, criada por Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Teste do etilômetro. Lei Seca. Recusa. Ponderação de interesses. Normas constitucionais.

Sumário: Introdução. 1. Operação Lei Seca. 1.1. Resultados da Operação Lei Seca. 1.2. Projetos que visam facilitar a repressão. 2. Alterações trazidas pela Lei n. 11.705/08. 3. A grande resistência à submissão ao teste. 3.1. O uso do “bafômetro” no direito comparado. 4. Da “aparente colisão” de princípios constitucionais. 4.1. Princípio *nemo tenetur se detegere*. 4.2. O etilômetro como prova: lícita ou ilícita? Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa conscientizar o leitor sobre os riscos e conseqüências da combinação entre álcool e direção de veículo automotor, identificar a razão

da grande resistência à utilização do etilômetro (popularmente conhecido como “bafômetro”), além de analisar o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – que dispõe: “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Compreende entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, bem como suas alterações no ordenamento jurídico pátrio. Compara os dispositivos legais antes e após a modificação do Código de Trânsito Brasileiro e, ainda, as conseqüências dela decorrentes. Ressalta a importância da obrigatoriedade do etilômetro como medida preventiva necessária, cuja finalidade é proteger o maior de todos os bens jurídicos tutelados, qual seja, a vida.

Menciona a redução dos índices de acidentes, mortes e feridos, após a alteração legislativa brasileira e salienta o procedimento e normas adotados pelas legislações alienígenas.

Relata a origem e o desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere* (direito a não auto-incriminação) no Brasil e no mundo, como também seu desenvolvimento até a atualidade. Analisa a discussão sobre até que ponto tal princípio deve prevalecer, além do seu “aparente conflito” com o direito à segurança, à vida, à integridade física e ao interesse público – todos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Uma das questões relevantes consiste em saber se a recusa ao teste encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Outro aspecto é o esclarecimento de que o fato de o condutor de veículo automotor não responder por ilícito penal não significa, necessariamente, deixar de se submeter às penalidades administrativas. Também merece destaque a análise da constitucionalidade na exigência de tal instrumento. Há que se observar se existe, de fato, ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Por fim, deve-se também considerar a tese da ponderação dos direitos fundamentais, criada por Robert Alexy e Ronald

Dworkin. Se de um lado há direito a não auto-incriminação e ao silêncio, de outro há o direito à segurança, à integridade física e, principalmente, à vida.

Hodiernamente, o tema apresenta extrema relevância social, tendo em vista a grande discussão acadêmica sobre a constitucionalidade da norma, bem como a redução drástica do número de vítimas de acidentes de trânsito. Busca-se informar sobre os resultados positivos decorrentes da aplicação da Operação Lei Seca, além de conscientizar o leitor sobre a validade e importância da submissão ao teste.

1. OPERAÇÃO LEI SECA

A Operação Lei Seca, que teve início em 19 de março de 2009, foi uma iniciativa do Governo do Estado do Rio de Janeiro para reduzir o número de vítimas fatais decorrentes de acidentes de trânsito. É realizada na cidade do Rio de Janeiro, na sua região metropolitana e baixada fluminense.

Com base em pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (Abramet), 30% dos acidentes automobilísticos ocorrem em razão da ingestão de bebida alcoólica. Segundo o Ministério da Saúde, metade das mortes está relacionada ao uso de álcool por motoristas. Por tal razão, surgiu a necessidade de alertar a sociedade para os perigos da combinação da ingestão de álcool com direção de veículo¹.

Antes da Operação, estima-se que o número de vítimas fatais era de 100 mil, tendo sido gastos R\$ 30 bilhões por ano só em internações hospitalares, remoção e recuperação de veículos, além de despesas administrativas, judiciais e previdenciárias. A

¹ Conhecendo a Lei Seca. Disponível em: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/LeiSeca.faces#faq4>>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

iniciativa possui uma abordagem diferenciada e consiste não só na fiscalização, como também na educação. Seu caráter não é apenas punitivo, mas principalmente educativo².

São realizadas em torno de 35 operações por semana, e fiscalizados, em média, 150 veículos por noite, e a tarefa é desempenhada por funcionários da Secretaria de Governo. A iniciativa já recolheu mais de 34 mil carteiras de habilitação desde sua implementação, além de ter abordado mais de 470 mil motoristas em apenas dois anos de operação³.

Na Operação Lei Seca é adotado instrumento denominado “etilômetro” (popularmente conhecido como “bafômetro”), consistente em um aparelho que determina a concentração de bebida alcoólica no corpo humano, por meio da análise de ar exalado dos pulmões. Muito utilizado por policiais para verificação do nível de álcool etílico presente no ar expirado por motoristas, foi criado nos EUA, em 1954, por Robert Borkestein – membro da polícia do estado de Indiana.

1.1. RESULTADOS DA OPERAÇÃO LEI SECA

Mais de meio milhão de motoristas já foram fiscalizados desde a implementação da Operação Lei Seca, iniciada há dois anos e meio. Na cidade do Rio de Janeiro, foram abordados 415.678 condutores, mas apenas 1.211 foram presos em flagrante pelo crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306), tendo sido condenados tão-somente 6 motoristas⁴.

A impunidade é conseqüência de interpretações equivocadas da legislação vigente – o que acaba por incentivar a conduta irresponsável dos condutores, além de impedir a

² UVA recebe palestra sobre Operação Lei Seca. Disponível em: <<http://www.uva.br/veigaonline/2011/04/institucional/uva-recebe-palestra-sobre-operacao-lei-seca>>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

³ DANTAS, Tiago. “bafômetro”. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com.br/curiosidades/bafometro.htm>>. Acesso em: 07 de maio de 2011.

⁴ BOTTARI, Elenilce. *Um Sopro de Responsabilidade*, Projetos alteram código para facilitar repressão. JORNAL O GLOBO, publicado em 11 de setembro de 2011, p.14.

obtenção de melhores resultados. Apenas no ano de 2008, 43.193 pessoas foram vítimas no estado do Rio de Janeiro. Apesar de grande parte da população brasileira apoiar a iniciativa do projeto, na prática os números comprovam a ineficácia da operação, em razão da possibilidade da recusa em se submeter ao teste⁵.

Por se constituir crime cuja pena mínima é igual ou inferior a 1 ano (conforme dispõe o art. 89 da Lei 9.099/95), pode o membro do Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo, por 2 a 4 anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Assim, o delito objeto desse estudo é considerado “infração de menor potencial ofensivo”. O próprio legislador, ao fixar a pena do crime, não o trata com a gravidade que merece. Traduz-se em um problema de conscientização de toda a sociedade e, para que isso ocorra, será necessário, ainda, um número infinito de mortes.

Na maioria dos países desenvolvidos, há imposição de severas penalidades, que consistem em pagamento de altas multas, perda (e não apenas suspensão temporária) da carteira de habilitação e até na prisão do condutor infrator. Diante da triste realidade dos presídios brasileiros, que se encontram além de superlotados, em péssimas condições, tem-se adotado a imposição de penas alternativas – o que acaba por não conscientizar o cidadão sobre a gravidade da infração.

Em um país conhecido pelo famoso “jeitinho brasileiro” e pela grande capacidade de seus cidadãos em desrespeitar as leis sem qualquer punição, a obrigatoriedade da sujeição ao “bafômetro” aliada à imposição de multa, ainda mais alta, acabaria por alcançar melhores resultados práticos com a aplicação da Operação Lei Seca. Isso porque o ser humano passa a ter mais respeito às regras quando sujeito à sanção pecuniária elevada. Todos esses aspectos,

⁵ *Ibidem.*

aliados à existência de uma legislação séria, na qual inexistam lacunas que possibilitem a impunidade, serão de extrema relevância para alteração do cenário atual existente⁶.

Em grande parte dos casos, é aplicada a suspensão condicional do processo e, em outros, a denúncia sequer é recebida. Ademais, existem muitos casos de absolvição e outros em que se consegue o trancamento da ação penal. Portanto, na prática o objetivo de punir os condutores não vem sendo alcançado, pois quem ingere bebida alcoólica opta por se recusar a realizar o teste. Isso tem como consequência o fato de que apenas pessoas de boa-fé são, na realidade, punidas.

Desde março de 2009 até agosto de 2011, foram arrecadados mais de R\$ 45,1 milhões em multas aplicadas em razão da recusa ao teste, ou em razão de o condutor apresentar índice superior ao limite legal admitido.

1.2. PROJETOS QUE VISAM FACILITAR A REPRESSÃO

Tramitam na Comissão de Viação e Transporte da Câmara dos Deputados dois novos projetos sobre o assunto abordado. Dentre novas alterações pretendidas, a redação do art. 306 do CTB retira o limite de 6 decigramas de álcool por litro de sangue para configuração do tipo penal. Por conseguinte, pretende-se adotar a redação original (antes da vigência da Lei n. 11.705/08), qual seja, a expressão “sob a influência do álcool”. Se aprovado, o projeto permitirá que o Poder Judiciário utilize outros instrumentos para comprovar a embriaguez ao volante⁷.

De acordo com o projeto de lei n. 535/2011, também de autoria do deputado federal Hugo Leal (PSC-RJ) - mesmo autor da Lei Seca – outra alteração proposta consiste na

⁶ *Idem*, p.17.

⁷ *Idem*, p.15.

admissão de prova testemunhal, bem como no uso de imagens, vídeos, entre outras admitidas em direito⁸.

Segundo o juiz Alcides da Fonseca Neto, titular da 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital e professor de direito penal, “dizer que só o bafômetro vale como prova é o mesmo que entregar ao condutor embriagado a decisão sobre se ele deve ou não ir a julgamento”⁹. Por outro lado, ele afirma ser contra o ajuizamento de uma ação penal apenas porque o motorista ingeriu álcool e, posteriormente, foi parado em uma *blitz*.

Já o juiz Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau, titular da 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital e responsável pela condenação de dois motoristas flagrados em blitzes da Lei Seca, considera a Operação legal e necessária. Afirma que muitos juízes são contrários à aplicação obrigatória do teste porque se autodenominam garantistas – o que enseja benevolência para com os réus. Complementa ser também garantista, mas da lei, de modo que os direitos individuais não podem se sobrepor ao direito maior da coletividade¹⁰.

2. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 11.705/08

A Lei n. 11.705/08 modificou diversos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei n. 9.503/97) – o que exige a análise das normas alteradas.

Com a nova redação do art. 165 do CTB, restou clara a independência entre as esferas penal e administrativa – o que enseja imposição de penalidades distintas. Trata o dispositivo acima mencionado de infração administrativa, ao passo que a infração penal

⁸ INMETRO verifica precisão de milhares de “bafômetro”s usados na Lei Seca. Disponível em: <<http://www.diariodepernambuco.com.br/nota.asp?materia=20110622082235>>. Acesso em: 12 de setembro de 2011.

⁹ BOTTARI, Elenice, *op.cit.*, p.15.

¹⁰ *Ibidem*, p.19.

encontra-se prevista no art. 306 do CTB¹¹. São, portanto, aplicadas em esferas distintas. A condução de veículo automotor por motorista que se recusa a realizar o teste do “bafômetro” (ou exame de sangue) não pode ser considerada como crime na esfera penal. Isso porque quem exercita um direito (de não auto-incriminação) não pode sofrer qualquer tipo de sanção. Não poderia o ordenamento jurídico permitir e punir a mesma conduta, concomitantemente.

Entretanto, incidirá inequivocadamente em infração administrativa (gravíssima), prevista no art. 165 do CTB (Lei n. 9.503/97), aquele que apresentar índice alcoólico entre 0 e 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

Ainda com relação à antiga redação do art. 165, era prevista infração administrativa referente, exclusivamente, à embriaguez ao volante. Com a nova redação do art. 165, fica sujeito às penalidades aquele que dirigir veículo automotor sob a influência de qualquer substância psicoativa causadora de dependência.

Na prática, os condutores que se recusam a submeter-se ao teste acabam por responder por crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, cuja pena é detenção de 15 dias a 6 meses, e multa.

Outro dispositivo alterado foi o art. 276, que passou a considerar infração administrativa, independentemente do nível de concentração de álcool por litro de sangue¹². Contudo, não se pode afastar a aplicação do princípio da insignificância, pois do contrário haveria punição até mesmo de quem apenas fez uso de anti-séptico bucal¹³.

O art. 277 da referida lei determina a submissão de todo condutor de veículo automotor, envolvido ou não em acidente de trânsito, a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, seja capaz de comprovar o estado de embriaguez. Destarte, tal prova não se restringe apenas ao exame do etilômetro.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do CPC e da Lei de Trânsito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 364.

¹² BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em: 14 de agosto de 2011.

¹³ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *op. cit.*, p.362.

Essa pode ser substituída por exame de sangue, exame clínico, ou até por depoimento testemunhal¹⁴.

Antes da alteração, inexistia índice mínimo de álcool no sangue para configuração de delito de embriaguez ao volante. Exigia-se tão-somente a condução anormal do veículo ou a exposição a dano potencial, de modo que o Superior Tribunal de Justiça chegou a admitir a prova testemunhal quando houvesse impossibilidade na realização do exame direto.

Com a nova redação, passou-se a exigir índice igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, criando-se, assim, uma elementar objetiva do tipo penal. Também passou a ser exigida a exposição a dano potencial. Por isso, o Supremo Tribunal Federal deixou de admitir a presunção da alcoolemia, por configurar ofensa aos princípios da legalidade estrita e da tipicidade. Dessa forma, a impossibilidade de comprovação do índice alcoólico acabou por inviabilizar a persecução penal - o que retratou uma grande falha legislativa que não pode ser suprida pelo magistrado¹⁵.

Portanto, com a exigência de índice mínimo de álcool no sangue, a jurisprudência maciça passou a rechaçar a prova testemunhal como meio de comprovação do crime de embriaguez¹⁶.

A lei, cujo objetivo era coibir de forma mais eficaz os delitos de trânsito ocasionados pela influência do álcool, não conseguiu alcançar o resultado pretendido. Se o motorista suspeito se recusa a realizar o teste, afastada está a conduta criminosa, pois é impossível a verificação do nível alcoólico em seu organismo. Poderá, no máximo, ser submetido à cobrança de multa administrativa, mas não a processo criminal¹⁷.

¹⁴ O STJ chegou a admitir, em certa ocasião, ao julgar o RHC 26.432/MT, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/02/2010.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* n. 100.472-DF. Relator: Min. Og Fernandes. Publicado no DOU de 10 de setembro de 2009. *HC* n. 166.377-SP. Relator: Min. Og Fernandes. Publicado no DOU de 10 de junho de 2010.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC* n. 166.377 – SP, Relator: Min. Og Fernandes. Publicado no DOU em 10 de junho de 2010.

¹⁷ TARDIN, Priscila. *Sem “bafômetro”, Sem Cadeia*, 2010. Disponível em <<http://fmanha.com.br/blogs/codigofonte/2010/10/11/sem-bafometro-sem-cadeia/>>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

Em respeito ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, não se pode punir da mesma forma quem apresenta índice alcoólico pouco superior a 6 decigramas e aquele que manifesta taxa etílica extremamente mais elevada. Como não estabelece a norma jurídica nenhuma distinção, caberá ao juiz, diante do caso concreto, analisar as circunstâncias e aplicar a dosimetria da pena. Como bem menciona Maria Elizabeth Queijo¹⁸, “o etilômetro não é instrumento que determine com precisão o resultado do índice alcoólico, havendo margem de erro de 15%.”

Vale lembrar que a rigidez trazida pelas alterações legislativas recentes decorre do alto índice de vítimas, fatais ou não. De acordo com uma pesquisa realizada pela Polícia Rodoviária Federal, no mínimo 35 mil pessoas morrem a cada ano por tal motivo. Assim, não há como negar que motoristas alcoolizados potencializam a gravidade dos acidentes¹⁹.

Ademais, é irrefutável – como já comprovado pela própria ciência – que o álcool é um forte depressor do sistema nervoso central. Por isso, o condutor alcoolizado tem seus reflexos prejudicados, de modo que sua reação ocorre de forma mais lenta. Logo, resiste menos tempo aos sofrimentos, pois as hemorragias quase sempre são fatais²⁰.

3. A GRANDE RESISTÊNCIA À SUBMISSÃO AO TESTE

A Operação Lei Seca teve origem no projeto de lei n. 735/2003, formulado pelo deputado federal Luís Roberto Albuquerque (PSB-RS), que acabou por ensejar no aumento da

¹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260.

¹⁹ Conhecendo a Lei Seca. Disponível em: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/LeiSeca.faces#faq4>>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

²⁰ *Ibidem*.

punição com a nova redação de alguns dispositivos do CTB²¹. Segundo ele, pesquisas realizadas pelos órgãos de trânsito²², comprovaram que 65% das vítimas envolvidas em acidentes, somente no ano de 2002, estavam alcoolizadas ou foram vítimas de alguém alcoolizado.

O referido projeto gerou inúmeras críticas, mormente pelo fato de o agente de trânsito passar a ter maior poder ao abordar os condutores. Segundo ele, após a ditadura, o cidadão brasileiro criou um “receio” do poder, de modo que ficou evidenciado o medo do abuso da autoridade e da prática de eventuais arbitrariedades.

Entretanto, em razão de o trânsito brasileiro ser um problema social, de saúde pública, de educação e de violência urbana, deve ser assunto prioritário por qualquer governo. Apenas esforços somados da sociedade serão capazes de transformar a realidade e reduzir a influência do álcool em acidentes.

Não obstante a controvérsia sobre a inconstitucionalidade do art. 277 do CTB, pois a norma ofenderia o princípio da não obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo, Antonio Magalhães Gomes Filho²³ faz algumas considerações:

O direito a não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional.

No mesmo sentido, Maria Elizabeth Queijo²⁴ ressalta a inexistência de direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual há que se aplicar a teoria da ponderação de direitos fundamentais:

²¹ ALMEIDA, Dayse Coelho de. *O “bafômetro”: análise das questões controvertidas*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/19882>>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

²² SANTOS, Alexandre Carvalho dos. *A legislação de olho no motorista alcoolizado*. Disponível em: <http://www.cesibrasil.com.br/revista/ed_41_entrevista.asp>. Acesso em: 19 de janeiro de 2006.

²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 114.

²⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *op. cit.*, p.421.

Admitir que o *nemo tenetur se detegere* pudesse afastar a punibilidade de infrações penais subseqüentes, praticadas para o encobrimento de delito anterior, sem que houvesse procedimento instaurado de natureza extrapenal, investigação criminal ou processo penal, gerando risco concreto de auto-incriminação e sem que o interessado fosse chamado a colaborar, fornecendo elementos probatórios, seria atribuir-lhe a condição de direito absoluto, que não encontraria qualquer limite no ordenamento jurídico, conduzindo a distorções e, não raro, servindo mesmo de estímulo para a perpetuação de crimes [...] Não é esta a sua essência, nem a sua *ratio*. Reconhecer ao *nemo tenetur se detegere* tal amplitude subverteria o sistema e o próprio princípio, incentivando a violação de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Segundo o promotor de justiça Pedro Rubim Borges²⁵ há uma contradição aparente no fato de os países ocidentais modernos repudiarem a tortura e, concomitantemente, adotarem o emprego obrigatório do “bafômetro” como estratégia para redução das mortes decorrentes do trânsito. Entretanto, isso poderia ser explicado com base na trajetória histórica de proteção ao silêncio e à liberdade de consciência.

Nos EUA, por exemplo, a exigência do teste e o princípio da não auto-incriminação não se contrapõem, pois aquele que se submete ao exame não expressa nenhuma idéia – não tendo sua consciência violada. Ao contrário, apenas entrega amostra de material para análise científica. De acordo com o membro do *Parquet*, não obstante a previsão do direito ao silêncio na legislação americana, a submissão obrigatória ao teste não ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana, nem a liberdade de consciência. Assim, o princípio da não auto-incriminação abrangeria apenas atos que consistam na expressão de ideias – o que não seria o caso do assunto abordado no presente trabalho.

3.1. O USO DO “BAFÔMETRO” NO DIREITO COMPARADO²⁶

²⁵ BORGES, Pedro Rubim. *Lei Seca: “bafômetro”: o que ninguém explica*. Disponível em: <http://www.leiordem.com.br/lei-seca-bafometro-o-que-ninguem-explica.html>. Acesso em 8 de maio de 2011.

²⁶ Conhecendo a Lei Seca. Disponível em: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/leiSeca.faces#faq4>>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

De acordo com lista elaborada pelo Centro Internacional para Políticas sobre o Álcool (Icap), sediado em Washington (EUA), o Brasil encontra-se entre os 20 países que possuem a legislação mais rígida sobre o tema. Das 82 nações pesquisadas, Noruega, Suécia, Polônia, Estônia e Mongólia têm o mesmo nível de rigor do Brasil. Na América do Sul, a tolerância brasileira só fica atrás da Colômbia, onde o limite é zero.

A Noruega foi o primeiro país a legislar sobre o tema. Desde 1936, a legislação de trânsito vem sendo aprimorada e, atualmente, o limite tolerado para motoristas embriagados é igual ao brasileiro. Se for flagrado com índices maiores que 2 (dois) decigramas de álcool por litro de sangue, o condutor perde a carteira por um ano, é preso por no mínimo três semanas, e o trabalho na cadeia é obrigatório. Além disso, as multas aplicadas são proporcionais à renda do infrator.

Os EUA e os países da Europa e das Américas também vêm tendo suas legislações sobre o trânsito alteradas. Em alguns estados norte-americanos, se o condutor se recusa a realizar o teste do “bafômetro”, presume-se a embriaguez e ocorre a apreensão imediata do veículo e da carteira de habilitação. O motorista é preso em flagrante e tem penas equivalentes a um condutor reprovado pelo teste. Esse conjunto de medidas fez com que o número de motoristas alcoolizados envolvidos em acidentes nos Estados Unidos caísse de 50% nos anos 1970 para 20% hodiernamente.

Na França, a recusa do condutor em soprar o etilômetro enseja a realização do exame de sangue para verificação da quantidade de álcool ingerido. A meta francesa prevê submeter ao referido instrumento um terço dos motoristas habilitados por ano. No Reino Unido, a legislação também prevê, além de sua utilização, a realização de teste de sangue ou urina dos condutores suspeitos. Se esses não cooperam, são presos por até seis meses, perdem o direito de dirigir por um ano e pagam multa de 5 mil libras (o equivalente a R\$ 16 mil).

4. DA “APARENTE COLISÃO” DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como ensinam Robert Alexy e Donald Dworkin²⁷, é equivocada a afirmação de que os princípios constitucionais colidem entre si. Isso porque não há que se falar em hierarquização de princípios que se situam em patamar idêntico. Por isso, criaram a teoria da ponderação de interesses, que consiste em sopesar os interesses de acordo com o caso concreto, de modo a privilegiar um princípio em detrimento do outro. Se, de um lado encontra-se o princípio da não auto-incriminação (também denominado *nemo tenetur se detegere*) e o direito à intimidade, de outro há o direito à vida, à integridade física, à segurança, aos direitos coletivos.

Dentre os constitucionalistas²⁸, muitos suscitam a inconstitucionalidade da norma que dispõe sobre a obrigatoriedade do uso do etilômetro – o que acarretaria constrangimento ilegal – passível de *habeas corpus*. Há até quem defenda a ideia da impetração do *habeas corpus* preventivo, com base no argumento de que haveria violação ao art. 5º, inciso LXVIII da CRFB de 1988, que consagra o direito de ir e vir. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade de se apreciar o referido remédio constitucional, ainda que preventivo, tendo em vista tratar-se de ameaça não iminente o simples temor de submissão ao teste. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de o *habeas corpus* ser remédio destinado a reparar ilegalidades que envolvam o direito de locomoção, não sendo, portanto, via adequada para impugnar medidas administrativas²⁹.

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.135.

²⁸ PARENTONI, Roberto Bartolomei. *Exame de DNA e “bafômetro”*. Disponível em: <http://www.artigosinformativos.com.br/Exame_de_DNA_e_bafometro_Brasilia_DF-r1109226-Brasilia_DF.html>. Acesso em: 29 de março de 2011.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 27.590-SP. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Publicado no DOU de 18 de maio de 2009. RHC 27.373-SP. Relator: Min. Og Fernandes. Publicado no DOU de 10 de junho de 2010.

Merece destaque a visão de Eugênio Pacelli³⁰, ao afirmar que a exigência do “bafômetro” não implica aceitação automática da multa administrativa para recusa ao ato (art. 277, Lei n. 9.505/07, com redação dada pela Lei n. 11.705/08). Segundo ele, é preciso haver justa causa na recusa em submeter-se ao exame. Dessa forma, não há que se falar em direito subjetivo, pois caso contrário, tal direito poderia ser pleiteado judicialmente. Por outro lado, o jurista argentino ressalta o acolhimento, por parte das grandes nações do mundo ocidental, da obrigatoriedade do teste e a inexistência de proibições sobre tal procedimento.

De acordo com o Decreto n. 6.488, publicado em 20/06/2008, foram editadas normas que especificam diferentes formas de comprovação do álcool no sangue, quais sejam, o exame de sangue e o teste do etilômetro. A impossibilidade na realização desses meios técnicos acarreta a extinção do processo penal, tendo em vista os princípios da legalidade e da tipicidade.

4.1. PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Traduz-se no direito que o investigado tem de não produzir prova contra si mesmo. É também denominado princípio da não auto-incriminação. Surgido durante o Iluminismo, o princípio tem raízes na Idade Média, tendo se consolidado durante século XVIII, como resposta ao Absolutismo³¹ - período de total submissão do homem ao exercício do poder estatal. À época, exigia-se que o investigado falasse a verdade a serviço dos poderes públicos. É também conhecido como *privilege against self-incrimination*, no direito anglo-americano.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p.380.

³¹ *Ibidem*, p. 374.

Originariamente, consubstanciou-se tão-somente no direito do réu em se recusar a testemunhar contra si mesmo, nos países em que não existe interrogatório como meio de defesa. Contudo, a doutrina processual penal brasileira amplia o referido direito para a produção de qualquer prova³², ao contrário da doutrina norte-americana, que confere ao referido direito um caráter exclusivamente testemunhal³³.

Na CRFB de 1988, o princípio em tela não se encontra previsto de forma expressa. Advém da interpretação ampla do direito ao silêncio, constante do art. 5º, inciso LXIII da Carta Magna³⁴:

Art. 5º (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Quanto aos diplomas internacionais³⁵ da Idade Contemporânea, ressalte-se a inexistência de qualquer previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), apesar de mencionados o princípio da presunção de inocência e a vedação à tortura. Entretanto, o Pacto de São José da Costa Rica (1969) o consagrou, expressamente, dentre as garantias mínimas do cidadão, em seu art. 8º, §2º, alínea “g”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) também fez previsão expressa a respeito.

Há quem relacione o referido princípio ao modelo acusatório³⁶, no qual já não se considera o acusado objeto da prova. Atualmente, apresenta caráter de garantia no processo penal, de modo que o acusado possa optar por cooperar, ou não, com a investigação. A relevância de tal escolha decorre dos excessos cometidos pelo Estado na persecução penal,

³² OLIVEIRA, Eugênio de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 188.

³³ *Ibidem*, p. 190.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2011.

³⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth, *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo*, Saraiva, 2003, São Paulo, introdução, pág. 26.

³⁶ *Ibidem*, p. 27.

durante a ditadura militar no país – época em que foram praticadas inúmeras violências físicas e morais a fim de obrigar o investigado a colaborar com a apuração dos delitos.

No direito moderno, passou a figurar como direito de primeira geração, integrando as liberdades negativas. Isso significa dizer que se poderá exigir uma conduta negativa (da sociedade) em não obrigar o cidadão a participar da produção de provas que sejam contra si.

O direito a não auto-incriminação desenvolveu-se tanto na Inglaterra quanto nos EUA apenas no século XIX, tendo sido esse último país o pioneiro na inserção em sua Magna Carta.

Merece ênfase o entendimento de Maria Elizabeth Queijo³⁷, no sentido de o princípio *nemo tenetur se detegere* não ser sinônimo do direito ao silêncio. O primeiro apresenta natureza de direito fundamental, e por tal razão o direito ao silêncio pode ser visto apenas como seu corolário.

Tal princípio baseia-se na ideia de que deve ser preservada a integridade física e moral do acusado. Não se admite, portanto, a aplicação de medidas atentatórias que visem a sua cooperação compulsória durante a persecução penal. Logo, há que se preservar outro direito, também fundamental, que tutela a dignidade da pessoa humana (CRFB de 1988, art. 1º, inciso III).

O princípio da não auto-incriminação encontra-se necessariamente vinculado aos princípios expressos pela CRFB de 1988, nos incisos de seu art. 5º, quais sejam, princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e do devido processo legal.

Entende Luís Roberto Barroso³⁸ pelo alcance da interpretação sistemática do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, da CRFB de 1988 e das demais normas jurídicas aplicáveis ao tema, conforme se verifica a seguir:

³⁷ *Ibidem*, 69.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 127-128.

O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentariedade dos comandos singulares.

Dessarte, segundo o ilustre jurista argentino, não há que se falar em inconstitucionalidade da obrigatoriedade na realização do exame, pois a norma que exige a realização do instrumento comprobatório deve ser interpretada em conjunto com as normas constantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4.2. O ETILÔMETRO COMO PROVA: LÍCITA OU ILÍCITA?

Com base no princípio da verdade material, o juiz deve colher a prova que possa elucidar a investigação criminosa. No entanto, como ensina Ada Pellegrini³⁹, a busca da verdade passa a ter valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual, pois a verdade absoluta torna-se um mito. Para a grande constitucionalista, a exigência no uso do etilômetro configura exemplo de prova ilícita e, conseqüentemente, de prova vedada. Isso porque “a prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo”. Afronta, portanto, a Magna Carta.

De outro lado, há quem sustente a inexistência de limites quando o assunto é a proteção de um direito fundamental. Quem defende tal tese se esquece de que nenhum direito pode ser visto como absoluto e que cada situação deve ser analisada casuisticamente. Há que

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antonio Magalhães Filho. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

se buscar a prevalência do direito mais importante, no caso concreto, de modo que os demais direitos, também fundamentais, não sejam ignorados⁴⁰.

CONCLUSÃO

Quanto à submissão compulsória à realização do teste, é inegável sua relevância a fim de evitar que o número de acidentes, feridos e vítimas fatais apresente índices tão elevados quanto aos existentes antes da implementação da Operação Lei Seca. Há quem afirme que o número de mortes chega a ser superior ao número de vítimas em países em guerra. Por tal razão, deve prevalecer o interesse público sobre o interesse individual, já que o bem jurídico principal que se pretende tutelar é o mais precioso de todos: a vida. Além disso, visa-se também proteger o direito à integridade física, à saúde, à segurança, aos direitos coletivos.

Por ser questão de segurança pública, é função do Estado desenvolver um trabalho preventivo e repressivo, de forma contínua, baseado na conscientização e punição dos que desrespeitam as normas mínimas de segurança no trânsito. Trata-se de um problema que exige controle e solução urgentes e que merece ser analisado com seriedade e enfrentado com o apoio de toda a sociedade. Assim, fica clara a prevalência do interesse público sobre o interesse individual.

Não se pode admitir que, em nome de um estado democrático de direito, o direito a não auto-incriminação, ao silêncio e à intimidade se sobreponham como valores superiores ao direito à vida, à integridade física, à saúde e à segurança pública. Se assim for, será caso de ofensa também aos princípios fundamentais implícitos da razoabilidade e da

⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio de. *op. cit.*, 2009, p. 188.

proporcionalidade. Daí a necessidade de se aplicar a teoria de ponderação dos princípios fundamentais, criada por Robert Alexy e Ronald Dworkin, cujo objetivo é dirimir o “aparente conflito” de direitos constitucionais – e que, por sua vez, não apresentam hierarquia.

Nos EUA e em quase toda a Europa, admite-se o teste de alcoolemia sem necessidade sequer de ordem judicial, desde que realizado na presença de um médico. O Tribunal Espanhol, por sua vez, também admite intervenções corporais em maciça jurisprudência. Destarte, verifica-se que em países desenvolvidos o tema deixou de ser polêmico e não mais suscita controvérsia, tendo em vista os excelentes resultados obtidos com a atuação preventiva e repressiva das normas e dos agentes de trânsito.

Segundo uma pesquisa realizada nos EUA, mais de 50% dos acidentes de trânsito envolveram “bebedores sociais” de álcool, no ano de 2006. Na Califórnia, o assunto é considerado de tamanha gravidade que os ciclistas que bebem não podem guiar bicicletas sob o efeito de álcool. Na Suíça, se o carona tiver bebido, também pode ser compelido ao pagamento de multa. Logo, o problema da combinação de álcool e direção vai muito além das fronteiras nacionais, de modo que no mundo inteiro há essa preocupação em razão do grande número de vítimas decorrentes do trânsito.

O que difere o Brasil dos demais países é a grande recusa dos motoristas em se submeter a toda e qualquer regra que limite o direito de ir e vir, como se esse fosse um direito absoluto. Não há dúvidas sobre a extrema necessidade de se atuar de forma repressiva, de modo que os direitos coletivos se sobreponham aos direitos individuais nesse caso específico. É preciso que se conscientize a população que a democracia brasileira não terá fim, nem retrocederá aos anos ditatoriais se a realização do teste do etilômetro for exigida, ainda que contra a vontade da maioria. Ao contrário: será um grande passo a fim de se exterminar a impunidade e que servirá como exemplo para as futuras gerações. Deve-se zelar pela proteção e pela preservação não só dos motoristas, como também dos pedestres e de toda a coletividade.

É imprescindível que não só a maioria (que se posiciona contrária ao teste) tenha seus interesses e direitos protegidos, sob o manto do estado Democrático de Direito à custa de infinitas mortes e de tanto sofrimento por parte das vítimas e de suas respectivas famílias. As minorias que respeitam as regras de segurança no trânsito também precisam e merecem ser preservadas, de modo que seus direitos não podem ser considerados como de “menor importância”. Há que se por fim à impunidade e à ausência de limites que tanto castiga a sociedade brasileira.

Estatísticas americanas mostram que a simples ingestão de dois copos de cerveja pode aumentar o tempo de reação de 0,75 para quase 2 segundos. Além disso, já foi constatado que, não obstante 90% do álcool ingerido ser absorvido em uma hora, sua eliminação total demora de seis a oito horas.

Destarte, não há como negar a relevância do assunto e das medidas protetivas necessárias para se evitar tantas vítimas decorrentes da combinação do álcool com direção. Entretanto, exige-se seriedade por parte das autoridades na elaboração das normas e por parte dos responsáveis na realização dos exames, de modo que o cidadão não se sinta violado ou desrespeitado, mas sim, protegido.

Por fim, destaca-se que diante da triste realidade fática decorrente dos altíssimos índices de mortos e feridos, vítimas do trânsito, resta evidente o grande descaso demonstrado pelos motoristas que insistem em desrespeitar a legislação sobre o assunto. Não há, portanto, outra alternativa que não a submissão obrigatória ao teste do “bafômetro”, bem como a imposição de punições severas para os infratores, como por exemplo, a perda definitiva da Carteira Nacional de Habilitação (CNH).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20c3%a7ao.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

BRASIL. *Habeas corpus n. 80.748*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=baf%F4metro+e+HC%base=baseInformativo>>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

BRASIL. *Habeas corpus n. 100.472*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28100472%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 de junho de 2011.

BRASIL. *Habeas corpus n. 116.377*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Og. Fernandes. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10410135&sReg=201000509428&sData=20100701&sTipo=51&formatado=PDF>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 14 de agosto de 2011.

BRASIL. Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. *Medida cautelar no habeas corpus n. 108.660*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28baf%F4metro+e+HC%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

BRASIL. *Recurso em habeas corpus n. 26.432*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7095544&sReg=200901313757&sData=20100222&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. *Recurso em habeas corpus n. 27.373*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Og. Fernandes. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10473837>

&sReg=200902442260&sData=20100701&sTipo=51&formatado=PDF>. Acesso em: 10 de junho de 2011.

BRASIL. *Recurso em habeas corpus n. 27.590*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=973617&sSeq=973617&sReg=201000154251&sData=20100607&formatado=PDF>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. *Recurso especial n. 1.113.360*. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Og. Fernandes. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/tc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28113360%29+E%28%22OG+FERNANDES%22%29.min.&processo=1113360&b=ACOR>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do CPC e da Lei de Trânsito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antonio Magalhães Filho. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* Editora, 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*. São Paulo: Saraiva, 2003.