



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Constitucionalidade da Produção de Provas na Lei Seca

Brunno Alves da Costa

Rio de Janeiro
2012

BRUNNO ALVES DA COSTA

Constitucionalidade da Produção de Provas na Lei Seca

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

Orientadores: Prof Guilherme Sandoval

Prof Katia Silva

Prof Mônica Areal

Prof Néli Felzner

Prof Nelson Tavares

Prof Rafael Iorio

Rio de janeiro
2012

CONSTITUCIONALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS NA LEI SECA

Brunno Alves da Costa

Graduado pela Universidade
Estácio de Sá.

Resumo: O trabalho aponta controvérsias sobre a “Lei Seca”, e a forma como são produzidas as provas, de acordo com seu regimento. A constitucionalidade da realização de intervenções corporais sem que se ataque a dignidade do investigado e sem afrontar o direito de não produzir provas contra si mesmo. Tratamos também sobre a obrigatoriedade ou não da realização do teste do bafômetro pelo condutor do veículo que esta sendo fiscalizado. Abordase o tema da ponderação dos princípios fundamentais individuais com os coletivos, identificando a prevalência dos direitos coletivos e explicando-se os motivos de tal predominância. Por fim ressalva-se a necessidade de a coletividade se conscientizar de que a responsabilidade no transito, é de todos, que a lei é positiva, e que todos devemos colaborar para um bem comum.

Palavras Chaves: Lei Seca. Intervenção Corporal. A garantia de não auto-incriminação. Colisão entre princípios. Conscientização

Sumário: Introdução; 1. A garantia de não auto-incriminação, sua extensão e seus limites. 2. Intervenções corporais como meio de provas e os princípios constitucionais. 3. A recusa do motorista em realizar o teste do bafômetro. 4. Ponderação do princípio constitucional da não produção de prova contra si mesmo e o direito a vida das pessoas no trânsito. 5. Influência do meio social afetando institutos jurídicos ou até princípios constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trânsito é a terceira maior causa de mortes no mundo só perdendo pra fome e para as guerras. No Brasil mata 35 mil pessoas por ano, dentro do nosso estado do Rio de Janeiro são 7 mil mortes por ano causadas por acidentes no trânsito.

Dentro desses números assustadores desponta com significativa importância a perigosa mistura do álcool com a direção. Segundo as estatísticas em quase 70% dos óbitos que ocorrem no trânsito, a presença do álcool é constatada nas necropsias.

Em meio a esse quadro trágico de acidentes a sociedade brasileira clamava por mudanças profundas na legislação de trânsito. Antes do atual código de Trânsito Brasileiro, a prática de conduzir veículo embriagado, era considerada mera contravenção penal sendo adequada ao art. 34 da Lei de Contravenções Penais, que trata da direção perigosa.

Mais recentemente com a edição da Lei 11.705/2008 a popularmente conhecida “Lei Seca” reduziu o número de mortes no trânsito no ano de 2009 em 3.700 mortes a menos que em 2008.

Essa lei proíbe o consumo de praticamente qualquer quantidade de bebida, alcoólica, por condutores de veículos. Por ela, motoristas flagrados com 0,2 gramas de álcool por litro de sangue serão penalizados com o pagamento de multas, terão a carteira de motoristas suspensa por um ano, e ainda terão o carro apreendido. O motorista que for flagrado com mais de 0,6 grama de álcool por litro de sangue deverá ser preso. A grande polêmica sobre a Lei Seca está na sua produção de provas.

Pode-se verificar a quantidade de álcool dentro do organismo de três maneiras: O uso do etilômetro, através do exame de sangue e por fim o exame clínico onde se verifica sintomas e sinais de embriaguez.

Dessas três modalidades existentes, especificamente o bafômetro vem causando grande polêmica no que tange em como comprovar os 0,6 decigramas de álcool em contraponto com a garantia constitucional da não auto-incriminação.

O crime está tipificado no art. 306 do CTN como uma infração administrativa classificada como gravíssima, com a multa mais alta do CTB no valor de R\$957,75.

De acordo com o CTB, haverá a utilização do bafômetro, realização de exame de sangue ou exame clínico. O uso do etilômetro (popularmente conhecido como o bafômetro) é regulamentado pelo Decreto nº 6488/2008 e pela resolução nº206/2006 do CONTRAN

A grande controvérsia reside no princípio constitucional da não auto-incriminação,

previsto no art.5º, LXIII da Carta Magna, que é uma garantia fundamental a ser assegurada a todo cidadão.

Obrigar o cidadão a intervenções corporais mesmo contra sua vontade violaria o principio supracitado de maneira a afrontar direitos da personalidade ou deve prevalecer o bem estar social, devendo todos serem submetidos a tais intervenções.

Como deve ser considerada a influência do meio social a efetiva aplicação das leis no ordenamento jurídico.

Sobre as intervenções corporais, procura-se entender até que ponto essas seriam cabíveis para serem utilizadas como meio de prova acusatória no processo penal, sendo essas produzidas contra a vontade do réu.

Dessa forma, este trabalho procura abordar esse tema de forma a colaborar com a sua compreensão e sua análise sobre todas as suas perspectivas.

1 A GARANTIA DE NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO, SUA EXTENSÃO E SEUS LIMITES.

O Processo Penal, com o advento da Carta Magna de 1988, veio a instituir o direito á não produção de provas contra si próprio, este princípio constitucional embasa todo o ordenamento jurídico se coadunando, com os parâmetros de um regime democrático de direito.

Esse princípio está contido no Pacto de San José da Costa Rica, que foi redigido durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 1969, e internalizado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678 de 6 de novembro de 1992.

No período em que esse pacto foi firmado, em toda a América Latina havia regimes de exceção e a resistência democrática buscava instrumentos e fóruns para se possibilitar a defesa dos direitos Humanos. Surge, assim, o Pacto de San Jose da Costa Rica visando à viabilizar o mínimo de liberdade individual, de expressão, de manifestação pública e ideológica dos cidadãos.

Tal princípio levanta certa discordância no que tange à sua interpretação e, principalmente, quanto à sua abrangência.

Primeiramente, vale ressaltar que não existe na Constituição Federal, de forma expressa, nenhum dispositivo que preveja que alguém será obrigado a produzir prova contra si.

A doutrina de forma majoritária, com pequena margem de discordância, interpreta tal princípio constitucional de maneira que nenhum sujeito passivo de um processo penal ou de investigação criminal possa ser compelido sequer a participar, prestando qualquer forma mínima de colaboração de uma atividade probatória cujo resultado possa eventualmente vir a lhe prejudicar.

Assim, seria direito do réu ou do investigado permanecer inerte durante toda persecução criminal, sem ser obrigado a praticar qualquer tipo de ato que possa vir a colaborar com a persecução criminal. Entre tais atividades como exemplo podem ser citados a perícia grafotécnica, as amostras de sangue e o teste do bafômetro.

A expressão latina *nemo tenetur se detegere* define tal princípio. A Convenção Americana sobre direitos humanos reconhece a toda pessoa acusada da prática de um delito o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada da um sentido mais restrito ao princípio, não fazendo referência ao direito de não contribuir com a produção de provas.

Há autores que defendem uma interpretação mais restritiva a tal princípio, que reduz

sua abrangência como preceitua a convenção acima citada a qual é defendida nessa obra enxergam o tema de outra maneira, dentre eles José Barcelos de Souza ¹, afirmando que "a proteção diz respeito precipuamente a declarações verbais"

Porém, na doutrina majoritária do ordenamento jurídico brasileiro prevalece o entendimento que tal princípio deve ser interpretado de maneira ampliativa, no sentido de que a não auto-incriminação, deve ser protegida contra qualquer ato da investigação, não somente entendida como o direito ao silêncio, e sim ao direito de não participar de qualquer ato que vise a contribuição a produção de provas em que possa ser desfavorável ao réu.

Não há, no vigente Código de Processo Penal regulação extensiva sobre o procedimento de produção de provas, trata esse apenas do interrogatório do acusado, o que faz com que o tema se torne polemico em sede doutrinária e jurisprudencial.

Em vários países como Itália, Espanha e EUA, onde é notoriamente reconhecido o avanço do ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais, é admitido que o acusado, ainda que ostente o título de sujeito de direito de garantias fundamentais, possa ser obrigado a se submeter a certas situações ou suportar determinadas ingerências com finalidades probatórias.

No mesmo sentido, frisa Pacelli de Oliveira ² "muitos ordenamentos jurídicos, embora e mesmo reconhecendo ser o acusado sujeito de direito e não mero objeto do processo, estabelecem algumas modalidades de prova cuja realização implicará uma certa ingerência na sua integridade corporal".

Assim com a análise dos institutos jurídicos internacionais, que também regulam o tema, pode-se chegar à conclusão de que o *nemo tenetur se detegere*, estaria claramente limitado as suas finalidades, perquiridas pelo nosso constituinte, quais sejam: desestimular as

¹ Souza, José Barcelos de. "Bafômetro, intervenções corporais e direitos fundamentais" In. Recursos, *artigos e outros escritos*: doutrina e prática civil e criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.141-150

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 212

práticas inquisitórias que visam á obtenção forçada da confissão, proteger os direitos fundamentais que compõem o núcleo estrutural da dignidade humana, em especial o direito tão frequentemente violado durante a ditadura que antecedeu nossa democracia constituinte qual seja o de autopreservação, visando a estimular o réu a participar do processo, fortalecendo o princípio da ampla defesa.

O princípio da não auto-incriminação, sem sombra de duvidas existe e deve ser aplicado no processo penal, porem deve ser preservar sua verdadeira e concreta finalidade, de respeitar a dignidade do réu como pessoa humana, sua integridade física e mental e o direito de não depor contra si mesmo.

Uma interpretação mais extensiva dada ao princípio leva a um resultado em que o réu, passa a ter o direito de inviabilizar a produção de provas, de modo a dificultar a busca da verdade real, pelo simples fato de ser concedido a ele esse direito, mesmo que a produção de provas não lhe acarrete nenhum ônus, prejuízo, sofrimento, humilhação, ou algo do gênero.

A aplicação do princípio deve se dar no interrogatório, acareação e na reconstituição simulada do crime, e não em relação a outras provas que possam depender da contribuição do acusado sem que esse tenha que fazer qualquer ato que venha a atentar conta a sua dignidade.

Nos tempos atuais, cada vez menos há a possibilidade de o agente público mal intencionado possa interferir nas provas principalmente nas periciais, devido ao grau de complexidade que envolve tais provas, que podem compreender várias etapas em sua produção, diferente do que ocorre com as declarações pessoais que são facilmente manipuláveis, podendo de maneira não muito trabalhosa obter a confissão de um agente mediante o uso da força.

Nas provas periciais, por mais que o agente público venha a se utilizar da força ou da coação moral para a sua produção, em nada poderá influenciar em seu resultado, obrigar a fazer um exame de bafômetro, não significa afirmar que o investigado está sobre efeito de

bebidas alcoólicas. No interrogatório obtido à força, mediante tortura física ou psicológica, o resultado pretendido é imediato e certo, na quase totalidade dos casos.

Daí demonstra-se que a aplicação do princípio da não auto-incriminação deve singir-se as provas orais colidas do réu, de modo a possibilitar o direito do silêncio, pois como o próprio princípio diz não se auto-incriminar não significa não realizar atividades probatórias, pois submeter-se a exames periciais não é sinônimo de se auto-incriminar, visto que não necessariamente o exame irá apontar algo que venha a prejudicar o réu.

Cabe a reflexão apontada por Marcelo Shirmer Albuquerque³ de que o entendimento da obrigatoriedade da participação do réu na produção deste tipo de prova, iria fortalecer o princípio da não auto-incriminação, tendo em vista o fato de por ter sido produzida a prova pericial e com mais recursos para se comprovar a existência do crime e sua autoria, por meio dessas provas robustamente seguras, a confissão se tornaria cada vez mais dispensável, reforçando a natureza jurídica de meio de defesa do interrogatório.

Tal entendimento também pode ser aplicado no sentido de que o princípio do *in dubio pro reo*, pois tendo sido produzidas todas as provas e nada comprovado mais segurança terá o magistrado de utilizar tal princípio para absolvição do réu por carência probatória. Este entendimento não é adotado por nossos tribunais, apesar de uma parte da doutrina o defender.

Deve-se deixar claro que o fato de o réu aceitar contribuir com uma prova pericial não é equivalente a admitir a própria culpa, a emitir uma declaração de conteúdo.

Com isso, conclui-se que a interpretação que vem sendo dada pela maioria da doutrina e da jurisprudência padece de uma maior reflexão, tendo em vista não ser essa a real intenção do princípio da não auto-incriminação, de acordo com sua evolução histórica, e com as verdadeiras garantias que esse visa a proteger.

Este artigo preza pela dignidade da pessoa humana que deve ser defendida e

3 ALBUQUERQUE, Marcelo Shirmer. *A garantia de não auto-incriminação extensão e limites*. Rio de Janeiro: ED. Del Rey, 2008 Pag. 95

preservada a todo custo, sendo ela do réu ou da vítima. Uma interpretação extensiva desse princípio chega a ferir essa garantia da vítima pois ela deixa de ter a prestação jurisdicional com a punição suposto autor da infração, em casos em que a dignidade do réu, sua integridade física ou moral, ou qualquer outro dano venha a ocorrer, sendo mero capricho se recusar a colaborar com a elucidação dos fatos, de modo a tal prerrogativa servir apenas para agasalhar a impunidade que tanto revolta a sociedade.

1. INTERVENÇÕES CORPORAIS COMO MEIO DE PROVAS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com o avanço tecnológico da ciência moderna, as possibilidades de obtenção de provas cada vez mais robustas e confiáveis, vem crescendo de maneira gradual. A cada passo dado pela ciência, o meio jurídico se vê diante de um novo problema, qual seja, até que ponto há violação dos princípios constitucionais com a maneira com que a prova é obtida. O Antonio Magalhães Gomes Filho⁴ seguindo a doutrina dominante, afirma que:

se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ser assegurado o direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito a prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. ", e por fim ressalta "... não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a verdade do fato.

Para explicar a origem do princípio da não auto incriminação muitos recorrem ao direito norte-americano, em que existe o *privilege against self-incrimination*. Porém, conforme ressalta o ilustre autor Barbosa Moreira⁵, dentro do vigente ordenamento essa garantia tem maior extensão do que na sua real origem. É o que ocorre quando se interpreta que do direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado, a inadmissibilidade de provas que não se relacionam com aquilo que o acusado ou indiciado diz.

4 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT Ec., 1997. p. 19

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O processo Penal Norte Americano e sua Influência", in *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, PGJ, n°12, jan.-dez. de 2000 p. 99

Para Maria Elizabeth Queijo e Polastri⁶ o ideal é colocar em posição de equilíbrio o interesse público que existe em toda persecução criminal com a proteção das liberdades individuais.

Esses autores classificam as intervenções corporais como:

I - Invasivas – Penetração do corpo do investigado, seja por cavidades naturais ou não, seja através de instrumentos ou de substâncias. Exemplos são o exame de sangue, o de saliva, endoscopia, exame ginecológico, o exame do reto e a perícia dentária em pessoa viva.

Para esses autores, nesse tipo de intervenção se ocorresse de maneira forçada haveria afronta a dignidade da pessoa humana, e ao princípio da não auto incriminação, devendo nesse caso prevalecer a ampla defesa, ou seja, o réu faz se quiser.

II - Não Invasivas - A prova é obtida na superfície do corpo do investigado, não ocorre penetração em seu corpo. Exemplos destas são a coleta de fibras, pelos, secreção embaixo das unhas, o DNA em fio de cabelo e pêlos, os exames de matérias fecais, a identificação dactiloscopia e a radiografia. Nestes casos estes autores defendem que o réu deve ser obrigado a se submeter a tal diligência, prestigiando o interesse público, pois não haveria afronta a dignidade da pessoa humana tão pouco ao princípio da não auto incriminação.

III- Ativa – Exigem a cooperação do investigado, tem que fazer algo. Exemplo dessa prova seria a acareação, reconstituição, exame grafotécnico. Nestes casos para estes autores só será a realizada a prova se o investigado quiser.

IV- Passiva – Ele não faz nada, apenas tolera a atividade probatória. Exemplo dessa prova é reconhecimento, Raio X. Nestes casos deve-se tolerar a atividade probatória prestigiando o interesse público.

A prova abordada mais especificamente neste estudo é a do Bafômetro que, segundo a classificação dada por esses autores, seria uma prova não invasiva, pois não há penetração

6 LIMA, Marcellus Polastri; QUEIJO Maria Elizabeth. *Curso de Processo Penal*, V. 2, Rio de Janeiro Lumen Júris, 2008, p. 91

dentro do corpo do investigado, pois ele simplesmente irá assoprar junto ao etilômetro, para daí se obter a quantidade de álcool presente em seu corpo, sendo assim portanto permitida.

Também se classifica essa prova como sendo uma prova ativa, pois depende da cooperação do acusado, a exigir um atuar do mesmo, que segundo esses autores esta prova só seria realizada se o acusado permitisse.

O STF tem afastado a possibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na produção de provas contra sua vontade, como em casos de reconstituição de crime⁷ e de exame grafotécnico⁸

Em tese de doutorado da UFMG, Margareth Vetis Zaganelli⁹, também defende a necessidade de se atenuar a incidência do princípio da não auto-incriminação, entendendo ser caso de alteração do texto constitucional para que isso ocorra.

Defende a autora outrossim, a adoção do princípio da proporcionalidade para se criar a possibilidade de intervenção corporal como norma jurídica.

Essa obra adota o entendimento defendido por Polastri e Maria Elizabeth Queijo, já apontados nesta obra, que entendem não ser necessário a alteração constitucional, podendo a matéria ser regulada por lei, desde que adotado o princípio da proporcionalidade com as devidas cautelas.

2. A RECUSA DO MOTORISTA EM A REALIZAR O TESTE DO BAFÔMETRO.

O professor da Escola Superior do Ministério Público e promotor de justiça Fernando

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RHC 64.354-SP, julgado pelo Pleno em 1.07.1987 e HC 69.026, julgado em 10.12.1991, pela 1ª Turma. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20 abril.2012

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal- HC 77.135- SP, 1ª Turma, julgado em 08.09.1998 .Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20 abril.2012

9 ZAGANELLI. Margareth Vetis. *Intervenções Corporais como meio de prova no processo penal: O difícil limite entre o jus puniendi e os direitos fundamentais do acusado*. Tese de doutorado defendida e aproveitada na UFMG, belo Horizonte, em 2001, p. 149

Capez, em entrevista ¹⁰ afirmou:

No caso da chamada lei seca a criminalização do mero comportamento de conduzir um veículo automotor sob influência do álcool ou qualquer outra substância de efeitos psicotrópicos, não vulnera nenhum princípio constitucional, mas, antes, confere adequada proteção a vida humana, tutelando-a contra agressões.

A condução de um veículo automotor após ingerir bebida alcoólica, ou qualquer outra substância psicotrópica, acima dos níveis permitidos pela legislação, já é uma afronta ao ordenamento jurídico como um todo, não é necessário que tal atitude de imprudência venha gerar um perigo concreto, para que esta seja recriminada. A pessoa dirigir um veículo alcoolizado esta expondo um numero incalculável de inocentes a risco de vida.

Há uma pequena parte da doutrina e jurisprudência que vem entendendo que a recusa em colaborar para a obtenção da prova pode constituir crime de desobediência. Há, inclusive um parecer interno da AGU distribuído ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal que pretende padronizar os procedimentos dos agentes, datado de 20 de julho de 2009.

Nesse parecer, a AGU esclarece o entendimento que impedir a Administração pública de utilizar-se dos meios disponíveis e legais para realizar a fiscalização dos condutores é tornara lei inócua prejudicando sua própria razão de ser, qual seja, evitar óbitos no trânsito.

Assim, a AGU conclui, de acordo com o que se definiu no Fórum Brasileiro de Segurança, realizado na cidade do Rio de Janeiro que o uso do Bafômetro é legal e caso o condutor se nega a fazer o teste deve ser enquadrado no crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

Vale ressaltar que esse entendimento ainda é muito minoritário, não prevalecendo na doutrina ou na jurisprudência, apesar de nesta obra se defender ser este o mais correto, devido a necessidade de ter um trânsito mais seguro, e pelo fato que a cultura brasileira faça com que só se haja conscientização com punição.

¹⁰ Sítio Carta Forense ([http://www.cartaforense.com.br/Imprimir.aspx?id=2137,](http://www.cartaforense.com.br/Imprimir.aspx?id=2137)) Acesso em 10 fevereiro 2012

2.1- PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVA CONTRA SI MESMO E O DIREITO A VIDA DAS PESSOAS NO TRÂNSITO.

Não restam dúvidas que a Constituição Federal e seus princípios devem estar no topo do nosso ordenamento jurídico, visando proteger a todos, tanto a população em geral como o próprio Estado.

O art. 32 do Pacto São José da Costa Rica assim preceitua:

Artigo 32 - Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

Assim, nota-se que o próprio pacto, nesse artigo impõe limitações ao exercício dos direitos por ele previstos. Assim, o exercício de um direito fica limitado à preservação do direito das demais pessoas, da segurança de todos, e da comunidade em geral. Além disso, essas limitações são impostas como deveres que a pessoa tem para com a família, a comunidade e a humanidade.

Portanto, com a análise do Pacto São José da Costa, percebe-se que nenhuma liberdade ou direito são absolutos, e somente pode persistir até o momento em que não conflite com o interesse social. Não resta dúvida de que o pacto tem como interesse primordial a defesa dos direitos coletivos sobre os direitos individuais, os colocando acima dos direitos fundamentais de presunção de inocência e proibição da não auto-incriminação.

É dever do Estado fazer o possível para que sejam efetivamente cumpridos e respeitados os direitos e garantias fundamentais, mas como também cabe a ele fazer

prevalecer, sob determinadas condições a ordem de precedência desses, ou seja, proteger aquele que tenha maior peso, com o fim de garantir a segurança de toda sua população e o bem comum.

Não restam dúvidas de que os direitos fundamentais da Constituição Federal foram a maior das conquistas da democracia, pois eles são a base de toda a sociedade, e se deve protegê-los e fortalecer sempre que possível.

Não se deve entender os direitos fundamentais como absolutos, impossível de serem atenuados em prol de um bem maior, como o bem da comunidade em geral sobre o direito fundamental de apenas um cidadão.

Situação comum no ordenamento jurídico é a colisão entre dois princípios, ou seja, enquanto um princípio permite determinada situação, outro veda. Diante de um quadro desse deve-se ponderar os interesses envolvidos na questão. Não significa nem declarar um princípio inválido e nem que nele deve haver um cláusula de exceção. Em determinadas condições um deverá prevalecer sobre o outro.

No presente estudo, no tocante ao uso do etilômetro para se verificar o teor alcoólico de motoristas que estão sob fiscalização policial, a tão comentada por todos “Operação Lei Seca”, contrapõem-se bens jurídicos distintos.

De um lado, é dever do estado garantir a todos o direito à vida, à saúde e à segurança, direitos esses que já autorizam a utilização e aplicação da Lei n. 11.705/08. Dever esse que de acordo com o art. 144 da Constituição federal, é de todos e não somente do estado, deve o cidadão, a coletividade preservar a ordem pública a incolumidade das pessoas em geral.

Por outro lado há o direito fundamental do cidadão de não produzir provas que venham a incriminá-lo.

Deve-se ponderar os interesses em jogo. Não pode se ter outro entendimento diferente de limitar o direito fundamental individual quando tal restrição for necessária para se

preservar o direito coletivo de toda uma sociedade, ou seja da coletividade.

Com esse entendimento, não restam dúvidas de que estarão sendo respeitados direitos de todos inclusive do infrator, pois ele também estará acobertado por esse entendimento se acaso vier a ser vítima ao invés de infrator.

Não pode prevalecer a dignidade do réu sobre a dignidade da vítima e da sociedade como um todo. Não se pode acobertar condutas anti-jurídicas, por brechas do direito. A justiça deve sempre buscar o justo e não lacunas para que o infrator que ameaça o bem estar da coletividade possa se privar de colaborar com a justiça desprezando todo o bem comum e a paz geral.

Vale ressaltar que só será submetido ao etilômetro uma categoria da população, qual seja , a de motoristas de veículos . Essa categoria só ingressa o cidadão que desejar. Assim aquele que deseja ter habilitação para dirigir deve se submeter aos ônus e aos bônus que tal situação acarreta.

Portanto, para garantir o direito à vida e à segurança de todos os cidadãos, aqueles que optarem por terem habilitação para dirigir, opção essa que não é imposta pela lei, sendo ato discricionário do cidadão, devem se submeter aos requisitos, limitações e restrições que acompanham a opção de obter habilitação para guiar.

O direito de conduzir um veículo automotor não é absoluto. Para que esse possa ser exercido, o condutor deve se submeter ao ordenamento legal. Assim, deve frequentar a auto-escola, ser aprovado nos testes e provas práticas, teóricos e psicotécnicas. Todos esses requisitos visam a comprovar que o condutor tem capacidade de obter tal direito e principalmente, assegurar-se que a sociedade estará protegida de maus condutores que possam vir a colocar alguém em risco.

Nessa lógica, nada mais adequado do que a aplicação do teste de alcoolemia a que se deve submeter os cidadãos, por essa ser apenas mais uma exigência como as outras já aqui

apontadas.

Assim, a restrição ao direito de dirigir, materializado na proibição de dirigir embriagado e de ter que se submeter ao teste de embriaguez, quando for requisitado, esta pautada no direito fundamental a vida, a segurança e a saúde de todos inclusive do cidadão que esta sendo fiscalizado, pois ele estará se colocando em risco é totalmente correta e deve ser assim entendida.

3. INFLUÊNCIA DO MEIO SOCIAL AFETANDO INSTITUTOS JURÍDICOS OU ATÉ PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Quando a sociedade é clamada a se manifestar sobre o tema, se vislumbram duas situações. Por um lado, há uma grande aceitação popular quanto à aplicação da lei, tendo em vista que ela vem a colaborar para a diminuição do numero de acidentes e vítimas de transito.

Por outro lado, nota-se que muitos motoristas ainda se recusam a realizar o teste de alcoolemia, a fazer com que a lei seja ineficaz, e não atinja a seu objetivo principal, qual seja o de dar segurança ao trânsito a preservar vidas.

A sociedade deve se conscientizar de que o policial, no desempenho de suas atribuições ao utilizar o etilômetro, atua vinculado aos direitos fundamentais da vida e da segurança de todos inclusive daquele o qual se requer a realização do exame.

Deve haver a conscientização de que a fiscalização do trânsito pela polícia e demais órgãos públicos, visa ao interesse de todos, a garantir a eficácia de uma lei que tem por objetivo preservar a vida, a ser de consciência de todos que o motorista abordado pela fiscalização deve cooperar para que o objetivo final seja alcançado.

Assim, a sociedade deve entender que a lei de fato existe, é muito benéfica para a sociedade , mas deve ser aplicada a todos, devendo ser consciência geral a necessidade de

colaboração.

Não se deve entender que seria esta uma exigência estatal com o poder de ferir um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, e sim uma limitação de um direito fundamental, na exata proporção em que se protege direitos fundamentais coletivos, também constitucionalmente protegidos, que devem sempre prevalecer sobre direitos individuais

O STJ publicou em seu site¹¹ no dia 10/10/2010, notícia tratando do tema. Nela apontou o paradoxo legal contido na Lei Seca foi apontado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que concedeu habeas corpus para trancar a ação penal contra motorista que se recusou sujeitar-se aos exames, previstos na lei.

Segundo o STJ, com a nova redação, a dosagem etílica passou a integrar o tipo penal. Isto é, só se configura o delito com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue – que não pode ser presumida ou medida de forma indireta, como por prova testemunhal ou exame de corpo de delito indireto ou supletivo. Antes, o CTB previa apenas que o motorista expusesse outros a dano potencial em razão da influência da bebida ou outras substâncias. Não previa quantidade específica, mas exigia condução anormal do veículo.

A benfazeja, essa modificação legislativa trouxe consigo enorme repercussão nacional, da a impressão de que a violência no trânsito, decorrente da combinação bebida e direção, estaria definitivamente com os dias contados. Entretanto, com forte carga moral e emocional, com a infusão na sociedade de uma falsa sensação de segurança, a norma de natureza até simbólica, surgiu recheada de dúvidas.

Assim, conclui o STJ que é extremamente tormentoso deparar-se com essa falha legislativa, lamenta o relator, ressaltando a impossibilidade de sujeitar a lei ao sentimento pessoal de justiça do juiz. Tal opção, afirma, levaria ao arbítrio na aplicação do direito que,

¹¹ Disponível em Site Superior Tribunal de Justiça <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 11 janeiro 2012

fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Assim este trabalho, defende que a garantia da não auto-incriminação, sem dúvidas é uma das maiores conquistas do ordenamento jurídico, porém esta deve ser usada para o bem da sociedade em geral, e não como forma de burla da lei, e de sua real intenção, que é impedir que motoristas guiem seus veículos sob a influência de qualquer substância que venha a influir na sua capacidade de condução.

Cabe ao Estado fiscalizar por seus agentes o cumprimento das normas legais, por todos, sendo necessário para isso a utilização de intervenções corporais nos investigados, para que se tenha maior segurança na legalidade dessa investigação evitando-se assim qualquer abuso da autoridade no poder de fiscalização e dando maior segurança possível ao investigado que o devido processo legal estará sendo respeitado.

A utilização de intervenções corporais deve ser sempre pautada na razoabilidade e na proporcionalidade, um dos principais princípios do ordenamento jurídico. Não ofende a dignidade da pessoa humana a realização do bafômetro, e também, não há ofensa ao *nemo tenetur se detegere* por todos os motivos aqui já apontados, sendo assim obrigação de todos colaborar para um trânsito melhor se submetendo a ser fiscalizado pelo Estado quando for necessário, para que o bem comum seja atingido.

Não se pode entender que é um direito potestativo do condutor o de não realizar o teste do bafômetro, deve-se considerar a realização do teste como uma obrigação legal e principalmente cívica de todo cidadão.

Apesar de ainda não prevalecer na jurisprudência e na doutrina o entendimento de que em caso de recusa de realização do bafômetro, a autoridade deve prender em flagrante o condutor, defendemos nessa obra este entendimento que há o crime de desobediência quando ocorre a recusa em realizar o exame determinado pela autoridade.

Ao se analisar os direitos e prerrogativas que estão sendo postos em jogo, devemos sempre ponderar os interesses envolvidos na questão. Já é entendimento consolidado entre todos que direitos coletivos devem ser prioridade perante direitos individuais, se deve sempre preferir um em prol de todos. Assim o bem comum, a segurança no tráfego deve sempre prevalecer diante do direito de um motorista suspeito de ter ingerido álcool e estar a conduzir veículo sob a influência deste, se recusar em realizar o teste de alcoolemia.

Por fim, a sociedade deve se conscientizar de que a lei deve ser respeitada que ela já tem diminuído muito o número de vítimas no trânsito sendo um bem para todos que ela seja cada vez mais divulgada, aplicada e que todos se submetam ao seu cumprimento a fim de se alcançar uma sociedade com um trânsito mais seguros para todos.

REFERÊNCIAS:

Souza, José Barcelos de. "Bafômetro", intervenções corporais e direitos fundamentais" In: SOUZA, José Barcelos de. Recursos, artigos e outros escritos: doutrina e prática civil e criminal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.p.141-150

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 212.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não auto-incriminação extensão e limites Ed. Del Rey 2008 pag. 95.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: RT Ec.,

1997. p. 19

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O processo Penal Norte Americano e sua Influência", in Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, PGJ, nº12, jan.-dez. de 2000 p. 99

LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal, Volume II, Rio de Janeiro Lumen Juris 2008 p. 91.

RHC 64.354-SP, julgado pelo Pleno em 1.07.1987 e HC 69.026, julgado em 10.12.1991, pela 1ª Turma

HC 77.135- SP, 1ª Turma, julgado em 08.09.1998

ZAGANELLI. Margareth Vetis. Intervenções Corporais como meio de prova no processo penal. O difícil limite entre o jus puniendi e os direitos fundamentais do acusado. Tese de doutorado defendida e aproveitada na UFMG, belo Horizonte, em 2001 p. 149

Sítio Carta Forense (<http://www.cartaforense.com.br/Imprimir.aspx?id=2137>.)