



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Uma leitura constitucional acerca do teste do bafômetro

Felipe Vargas Sampaio dos Santos

Rio de Janeiro
2011

FELIPE VARGAS SAMPAIO DOS SANTOS

Uma leitura constitucional acerca do teste do bafômetro

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2011

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL ACERCA DO TESTE DO BAFÔMETRO

Felipe Vargas Sampaio dos Santos

Graduado pela Faculdade de Direito da
PUC-Rio. Advogado.

Resumo: Os acidentes de trânsito têm se tornado cada vez mais frequentes na realidade brasileira, notadamente em função do consumo exagerado de álcool. Diante de inúmeras tentativas frustradas de conscientização dos motoristas, surge a Lei 11.705/2008, também chamada de Lei Seca. Neste sentido, imprescindível o estudo das alterações feitas ao CTB (Código de Trânsito Brasileiro), principalmente no que diz respeito ao teste do bafômetro. Assim, o objetivo do trabalho é analisar o referido exame sob seus aspectos constitucionais, especialmente em relação a direitos e garantias fundamentais envolvidos.

Palavras-chaves: Teste do bafômetro. Direitos Fundamentais. Ponderação.

Sumário: Introdução. 1. Lei 11.705, de 19 de junho de 2008. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito ao silêncio e não auto-incriminação. 4. O princípio da supremacia do interesse público. 5. A ponderação de interesses. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto aborda uma análise constitucional acerca do teste do bafômetro, especialmente em razão das alterações realizadas no CTB (Código de Trânsito Brasileiro) pela Lei 11.705/2008, também conhecida como Lei Seca.

Neste particular, de suma relevância um estudo pormenorizado dos direitos e garantias fundamentais envolvidos, sua natureza e sua amplitude, notadamente seu aspecto absoluto.

Assim, há que se verificar o privilégio contra a auto-incriminação, previsto no art.5º, LXIII, CRFB, intimamente relacionado ao direito de permanecer calado ou, em outros termos, ao direito de não produzir provas contra si mesmo.

Desse modo, a simples recusa de se submeter ao referido exame não seria fundamento para aplicação de quaisquer penalidades, uma vez que a própria Constituição Federal consagra o princípio da presunção de inocência no art.5º, LVII.

No entanto, em que pese a índole constitucional do direito supracitado, não há como negar o princípio do interesse público que motivou as modificações em debate. Afinal, os acidentes de trânsito têm se tornado cada vez mais frequentes na realidade brasileira, principalmente em função do consumo exagerado de álcool.

Neste sentido, imprescindíveis os princípios da unidade da Constituição e da harmonização, por meio dos quais se fará possível a utilização de uma técnica de ponderação, tendo em vista que o conflito entre normas e valores constitucionais é tão somente aparente.

Dessa forma, o presente trabalho busca, através de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, examinar o cabimento das medidas adotadas, conciliando tanto o direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo quanto a supremacia do interesse público na redução de acidentes, prestigiando, assim, o direito à vida.

1. LEI 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008

Os acidentes de trânsito têm se tornado cada vez mais frequentes no cotidiano da sociedade, notadamente em função do consumo exagerado de álcool. Vítimas fatais, famílias destruídas, são inúmeras as histórias e as circunstâncias. Em comum, aquele vazio e a pergunta: por quê? Psiquiatras, psicólogos, cientistas sociais, todos já tentaram encontrar uma

explicação razoável para esse acontecimento, mas, na verdade, só houve uma constatação: o álcool é uma realidade brasileira.

Partindo-se dessa premissa, é louvável qualquer proposta, qualquer idéia, que tenha por finalidade a redução do seu impacto na nossa sociedade, seja dentro da família, seja no trabalho, seja no trânsito. Entretanto, é importante ressaltar que o fim não justifica os meios. Assim, ainda que se reconheça a boa-fé de quaisquer dessas medidas, é imprescindível uma análise detalhada da via escolhida. Caso contrário, corre-se o risco de criar alguma arbitrariedade, alguma violação a direitos e liberdades individuais, por exemplo.

No que concerne ao trânsito foram diversas as tentativas frustradas de conscientização dos motoristas. Campanhas publicitárias, propagandas, multas. Mas, ainda assim, por incrível que possa parecer, o consumo de álcool persistia e aumentava. A consequência não poderia ser outra senão o triste e elevado número de acidentes decorrentes da bebida, em constante e fatídica evolução. Jovens continuavam morrendo, inocentes permaneciam sendo arrebatados pela força do destino ao cruzar o caminho de algum condutor embriagado. As lágrimas, enfim, não cessaram.

É nesse contexto de indignação e de busca por mudanças efetivas que surge a Lei 11.705/2008, também chamada de Lei Seca. Todavia, conforme salientado anteriormente, não obstante a boa intenção do legislador, é necessário um amplo debate a respeito das inovações efetuadas.

Neste particular, há que se destacar as alterações feitas pela referida legislação no CTB (Código de Trânsito Brasileiro), especialmente no que tange ao teste do bafômetro. Por conseguinte, de suma relevância o exame dos arts.165 e 277, do CTB.

No entanto, para que se possa proceder a um estudo pormenorizado acerca da matéria, não há que se olvidar da Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006¹, que conferiu a redação original dos referidos dispositivos.

Art.165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica: infração – gravíssima; penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir; medida administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art.277.

Art.277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo COTRAN, permitam certificar seu estado.

§1º. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

§2º. No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no *caput* deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

Nota-se, desta forma, que, à luz da Lei 11.275/2006, restava consagrado o reconhecimento da não obrigatoriedade da submissão do condutor ao exame do bafômetro. Afinal, com base no art.277, §2º, do CTB, caso o motorista se recusasse a soprar no aparelho, haveria a possibilidade de utilização de outros meios probatórios para fins de constatação do estado de embriaguez na direção do automóvel.

Destacam-se, neste ponto, por exemplo, as provas testemunhais, o cheiro e a voz embaralhada do condutor e, inclusive, vídeos de celulares, demonstrando, de forma clara e inequívoca, o fato da pessoa estar alcoolizada.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 11.705/2008², os artigos em comento foram alterados, passando a ter a seguinte redação:

Art.165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: infração – gravíssima; penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; medida

¹ BRASIL, Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96002/lei-11275-06.htm>>. Acesso em: 05 dez.2011.

² BRASIL, Lei 11.705, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. [...].

Art.277. [...] §2º. A infração prevista no art.165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. §3º. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art.165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

Percebe-se, assim, que a simples recusa em se submeter ao teste do bafômetro, passou a constituir crime, na medida em que sujeita o condutor às penalidades e medidas administrativas descritas no art.165, do CTB.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Verificadas as alterações realizadas pela Lei 11.705/2008 no que concerne ao exame do bafômetro e, tendo em vista um exame de sua constitucionalidade, objetivo do presente trabalho, mister o estudo dos direitos fundamentais envolvidos no debate.

Para tanto, imprescindível um exame da teoria geral dos direitos fundamentais.

Conforme o entendimento de José Afonso da Silva³, há grande dificuldade na formulação de um conceito preciso acerca de tais direitos, em razão da grande diversidade de expressões empregadas para designá-los, tais como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais.

Há quem sustente, inclusive, que direitos humanos e direitos fundamentais são axiologicamente a mesma coisa. Outros, no entanto, afirmam que aqueles são inerentes ao Direito internacional, ao passo que, estes, relacionados ao Direito constitucional.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.175.

De acordo com Guilherme Peña de Moraes⁴, “os direitos fundamentais são conceituados como direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade.”

Daí sua natureza jurídica dúplice, uma vez que formam uma categoria especial de direitos subjetivos e, por outro lado, são partes integrantes do direito objetivo.

Neste ponto, há que se dizer que a enumeração na Constituição é meramente exemplificativa. Afinal, o art.5, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵, afirma que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Também decorre do conceito supra mencionado importante aspecto referente aos direitos fundamentais: o seu campo de aplicação.

Tradicionalmente, tais direitos sempre foram verificados nas relações verticais, isto é, entre Estado e pessoa. Porém, atualmente, também passaram a sê-lo nas relações horizontais, entre pessoa e pessoa.

É o que se chama, no Brasil, de eficácia nas relações privadas, ou aplicação entre particulares, ou, simplesmente, horizontalidade, exemplificada no cabimento de impetração de ordem de habeas corpus contra ato de particular.

Ademais, de grande relevância a afirmação de Canotilho⁶, no sentido de que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

Constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera

⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2008. p.483.

⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

⁶ CANOTILHO *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.25.

jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Em outros termos, consoante os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes⁷, na perspectiva objetiva, atuam como limite para a ação dos poderes constituídos, uma vez que, por representarem a essência do Estado de Direito Democrático, influem sobre todo o ordenamento jurídico; ao passo que, sob o ângulo subjetivo, permitem a adoção de um determinado comportamento, positivo ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Daí a alegação do referido autor⁸, no sentido da “afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa.”

No que tange à fundamentação dos direitos fundamentais, há que se destacar a existência das teorias positivista, jusnaturalista, culturalista e realista.

De acordo com a primeira, eles estariam protegidos na medida da tutela prevista pelo ordenamento jurídico local, de modo que em não havendo expressa previsão legal não seria possível a sua devida proteção. Daí a afirmação de Guilherme Peña de Moraes⁹ de que “as teorias juspositivistas (...) são firmadas no sentido da impossibilidade de justificação racional dos direitos humanos, a partir da consideração de que a positivação seria recoberta de natureza constitutiva.”

Já sob a visão jusnaturalista, existem valores superiores a lei, decorrentes da própria natureza humana, sendo possível seu respeito independentemente de normas escritas. Por isso a alegação do autor supracitado¹⁰ de que “as teorias jusnaturalistas (...) são fixadas no sentido

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.266.

⁸ *Ibid.*, p.231.

⁹ MORAES, Guilherme Peña de, *op. cit.*, p.488.

¹⁰ *Ibid.*, p.489.

da possibilidade de justificação racional dos direitos humanos, a partir da constatação de que a positivação seria revestida de natureza declaratória.”

Para os defensores da teoria culturalista, tais direitos são produtos da história e cultura de cada civilização.

Por fim, os realistas, que, segundo Guilherme Peña de Moraes¹¹, “defendem que a justificação racional dos direitos humanos consiste em questão secundária ou resolvida, a partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.”

No que concerne aos sistemas de proteção, sobressaem três possibilidades: a proteção normativa, institucional e processual.

O mecanismo normativo está intimamente relacionado às cláusulas pétreas, consideradas o cerne imodificável da Constituição e consagradas no art.60, §4º, da CRFB, que, em seu inciso IV¹², sustenta que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.”

Neste ponto, o entendimento majoritário, inclusive jurisprudencial, é por uma interpretação extensiva quanto à extensão da limitação material expressa ao poder de reforma, de sorte que onde se fala direitos e garantias individuais, deve ser lido direitos fundamentais.

Quanto à profundidade da limitação supracitada, a corrente dominante, à qual se filia a jurisprudência, determina que a expressão tendente a abolir deve ser interpretada como subtração, de modo que seria admitida modificação de pequena monta e acréscimo.

Já o mecanismo institucional decorre de instituições como o Poder Judiciário, Funções Essenciais à Justiça, representadas pela Advocacia Pública, Defensoria Pública e Ministério Público, e Tribunais de Contas.

¹¹ *Ibid.*, p.488.

¹² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

Neste particular, de suma relevância a colocação de Guilherme Peña de Moraes¹³:

Poder Judiciário, porque dedicado ao exercício da jurisdição constitucional, não somente a jurisdição orgânica, desempenhada no controle de constitucionalidade, na qual compete aos órgãos do Poder Judiciário negar a eficácia de leis e atos normativos que impliquem violação dos direitos fundamentais objetivamente considerados, mas também a jurisdição das liberdades, desencadeada pelos remédios constitucionais, na qual compete aos organismos do Poder Judiciário anular os atos administrativos que importem violação dos direitos fundamentais subjetivamente considerados.

Por fim, o mecanismo processual, representado pelos remédios constitucionais, também conhecidos como ações constitucionais, e que englobam o habeas corpus, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas data, a ação popular e a ação civil pública.

Importante destacar que tais remédios não se confundem com os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, sendo imprescindível a afirmação de Guilherme Peña de Moraes¹⁴ no sentido de que “a todo direito corresponde uma garantia constitucional que o assegura, bem como a toda garantia constitucional corresponde um remédio que a torna eficaz.”

Nessa linha, o referido autor¹⁵ acrescenta que existem cinco diferenças entre direitos fundamentais e garantias constitucionais. No que diz respeito à natureza da regra de positivação, observa-se que as regras dos primeiros são declaratórias, ao passo que as das segundas são reputadas como assecuratórias. Quanto à limitação espacial, os direitos fundamentais não são providos de qualquer restrição, já as garantias constitucionais somente existem dentro do Estado. Em terceiro lugar, as normas de direitos fundamentais atribuem, a seus destinatários, uma faculdade de agir ou de exigir em proveito próprio ou do grupo social a que pertencem, ao contrário das garantias constitucionais, que não atribuem nenhuma faculdade jurídica, limitando-se a um sentido organizatório objetivo. No que tange à função, os direitos fundamentais desempenham uma função principal, porquanto constituem um fim

¹³ MORAES, Guilherme Peña de, *op. cit.*, p.499.

¹⁴ *Ibid.*, p.501.

¹⁵ *Ibid.*, p.501.

em si mesmo, enquanto as garantias constitucionais desenvolvem uma função instrumental, na medida em que representam instrumentos para o asseguramento daqueles. Por fim, as regras de direitos fundamentais podem ter conteúdo positivo ou negativo, posto que ligadas a um *facere* ou *non facere*, e as regras de garantias constitucionais têm sempre conteúdo positivo, visto que determinam a atuação do Estado ou dos próprios indivíduos.

Feita essa análise inicial, no tocante ao conceito, natureza jurídica, campo de aplicação, fundamentação e sistemas de proteção dos direitos fundamentais, há que se verificar suas características primordiais, tais como a historicidade, a inalienabilidade ou indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata, a complementaridade e a relatividade.

No que concerne à historicidade, há que se compreender que os direitos fundamentais não são os mesmos em todas as épocas, de sorte que podem sofrer transformações ao longo da história.

É o que Gilmar Ferreira Mendes¹⁶ chama de “índole evolutiva dos direitos fundamentais”, uma vez que “o caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo.”

Destacam-se, assim, as três gerações de direitos fundamentais, com base nos valores da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Neste sentido, os ensinamentos de Guilherme Peña de Moraes¹⁷:

A primeira geração é identificada pelo estabelecimento de um dever de omissão, de forma que os direitos de liberdade são satisfeitos por uma abstenção, em atenção à esfera de ação pessoal própria, inibidora da atuação do Estado Liberal. A segunda geração é individualizada pelo estreitamento de um dever de ação, de modo que os direitos de igualdade são solucionados por uma prestação, em atendimento às necessidades sociais, econômicas ou culturais para a realização da vida em todas as suas potencialidades, por parte do Estado Social. A terceira geração é informada pela fraternidade ou solidariedade, tal como os direitos à comunicação, desenvolvimento, meio ambiente equilibrado e sadio, paz mundial e proteção do patrimônio artístico e cultural em ordem a possibilitar a defesa internacional dos direitos humanos.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p.241.

¹⁷ MORAES, Guilherme Peña de, *op. cit.*, p.491.

Segundo o autor¹⁸, ainda, “a inalienabilidade indica que os direitos fundamentais não são subordinados à disposição jurídica, pelos institutos da alienação e renúncia, ou disposição material, pelos instrumentos do abandono e destruição da coisa.”

Em outros termos, por não ostentarem conteúdo econômico-patrimonial, são direitos intransferíveis, inegociáveis. Daí emana, inclusive, o aspecto da irrenunciabilidade, pois tais direitos não podem ser objeto de renúncia.

Quanto à imprescritibilidade, José Afonso da Silva¹⁹ sustenta que “o exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica”, de sorte que nunca deixam de ser exigíveis. Assim, não estão sujeitos ao decurso do tempo, podendo ser exercidos a qualquer momento.

No que tange à aplicabilidade imediata, mister a leitura do art.5º, §1º, da CRFB²⁰, que assevera que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Isso evita que determinadas posições tidas como essenciais da pessoa fiquem como letra morta ou dependam da atuação do legislador. Afinal, segundo Gilmar Ferreira Mendes²¹, “as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático.”

Consoante a complementaridade, os direitos fundamentais se complementam e não devem ser analisados em visão isolada. Já no que diz respeito à relatividade, diretamente relacionada ao fenômeno da colisão de direitos fundamentais, importantíssima a observação de Gilmar Ferreira Mendes²²:

¹⁸ *Ibid.*, p.501.

¹⁹ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p.181.

²⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p.251.

²² *Ibid.*, p.240.

Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

Neste ponto, até mesmo o direito à vida pode ser limitado. Afinal, com fulcro no art.5º, XLVII, “a”, da CRFB²³, “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX.”

Daí a afirmação de Alexandre de Moraes²⁴, de que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.”

Este reconhecimento da relatividade de tais direitos, imprescindível para o trabalho ora proposto, será devidamente detalhado posteriormente, quando também se analisará aspectos inerentes à colisão e harmonização dos direitos e valores protegidos pela Constituição.

3. DIREITO AO SILÊNCIO E NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Encerrada a exposição acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, mister o estudo do direito fundamental ao silêncio e não autoincriminação, diretamente relacionado ao presente trabalho.

Afinal, com as alterações promovidas pela Lei 11.705/2008, conhecida como Lei Seca, o art.277, §3º, do CTB²⁵, passou a ter a seguinte redação: “serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art.165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.”

²³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

²⁴ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p.28.

²⁵ BRASIL, Lei 11.705, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

Logo, a simples recusa em se submeter ao teste do bafômetro passou a constituir crime, na medida em que sujeita o condutor às penalidades e medidas administrativas descritas no art.165, do CTB.

Primeiramente, de grande relevância os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira²⁶:

O direito ao silêncio tem origem no Direito anglo-americano, no qual não existe o interrogatório do réu. Este também é ouvido como testemunha, sob o compromisso (a jura) de dizer a verdade. Assim, submetido à inquirição pelo advogado de acusação, o conteúdo de seu depoimento corre sempre o risco de manipulação, ou redirecionamento, para o fim de atender às expectativas condenatórias, sobretudo porque dirigido a um júri popular, sem o dever de fundamentar suas decisões. É exatamente por isso que a “Quinta Emenda” no Direito norte-americano concede a imunidade ao réu, permitindo a ele que analise a conveniência e a oportunidade de comparecer ao depoimento. O direito ao silêncio é, pois, uma exceção à regra da obrigatoriedade do dever de depor, fundada tanto na preservação da integridade física e psíquica do acusado quanto no controle da idoneidade do meio de prova.

Ademais, o referido autor²⁷ acrescenta que “o direito ao silêncio tem em mira não um suposto direito à mentira, (...), mas a proteção contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado”, citando as jurisdições eclesiásticas, o Estado Absolutista e as autoridades responsáveis pelas investigações criminais atualmente.

Neste sentido, importantíssimo o art.5º, LXIII, da CRFB²⁸, que assevera que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Nota-se, desta forma, a sede constitucional do direito ao silêncio, que, segundo a doutrina supracitada²⁹, “é a versão nacional do *privilege against self-incrimination* do Direito anglo-americano.”

Merece destaque, também, o art.186, caput, do Código de Processo Penal³⁰, segundo o qual “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.412.

²⁷ *Ibid.*, p.400.

²⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *op. cit.*, p.400.

acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.”

Destarte, é evidente a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio, sob pena de nulidade. Consoante Eugênio Pacelli de Oliveira³¹, “mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos de confissão, que vem a ser a *ratio essendi* da norma.”

Ademais, o art.8º, 2, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica³², consagra como garantia judicial das pessoas o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.”

Desse modo, percebe-se que o direito ao silêncio traduz uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo. Em outros termos, o direito autoriza expressamente a não participação do acusado na formação de sua culpa.

Nessa linha, a não submissão ao exame do bafômetro não poderia acarretar qualquer consequência de índole punitiva, sob pena de afronta a um direito fundamental de aplicabilidade imediata.

Afinal, o art.186, parágrafo único, do Código de Processo Penal³³, determina que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, na medida em que, tratando-se de um direito, seu exercício não poderia ser sancionado.

Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira³⁴, o direito ao silêncio está intimamente relacionado ao exercício da ampla defesa, especialmente no que toca à seara da autodefesa,

³⁰ BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *op. cit.*, p.404.

³² COSTA RICA, Pacto de San José. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

³³ BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

podendo ser caracterizado como uma intervenção passiva do acusado, marcada pela ausência de impugnação expressa.

Todavia, importantíssima a colocação do referido autor³⁵:

As legislações européias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul, como ocorre com a Argentina (art.218, *Código Procesal Penal de la Nación*), por exemplo, prevêm situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.

Nesse ponto, há que se ressaltar que as intervenções corporais podem ser invasivas ou não invasivas. As primeiras ocorrem quando há necessidade de penetração no corpo do acusado para obtenção da prova como, por exemplo, no caso de sangue e de saliva. Já nas segundas, a prova é obtida na superfície do corpo do acusado como é o caso de pêlos, fibras, pele embaixo da unha, etc.

Nas intervenções corporais invasivas prevalece o Pacto de San José da Costa Rica e a ampla defesa, de modo que o réu não é obrigado a suportar esse tipo de prova, ao passo que, nas não invasivas, prestigia-se o interesse público, devendo haver a realização.

Também é imprescindível a constatação de que existem provas que exigem a cooperação ativa, nas quais o acusado é obrigado a fazer algo, enquanto outras necessitam de uma cooperação passiva, onde ele não faz nada, devendo apenas tolerar a atividade probatória.

Nas primeiras, predomina o Pacto de San José da Costa Rica e a ampla defesa. Assim, como o exame do bafômetro depende de uma atuação proativa do acusado, soprando o aparelho, em tese, não haveria que se falar em sua obrigatoriedade, sob pena de violação do direito ao silêncio e a não autoincriminação.

Justamente por isso, de suma relevância a observação de Eugênio Pacelli de Oliveira³⁶ a respeito dessas ingerências corporais:

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *op. cit.*, p.402.

³⁵ *Ibid.*, p.404.

E exatamente por que se trata de medidas dirigidas contra a pessoa do acusado, cujas conseqüências geralmente afetam, em certa medida, a sua inviolabilidade pessoal, elas devem se submeter a exigências extremamente rígidas, no que se refere à possibilidade de sua aplicação. É preciso, primeiro, que haja expressa previsão na lei. Em segundo lugar, é preciso que se cuide de infração penal para cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário, quer pela complexidade do crime, quer pela impossibilidade prática de obtenção de outras provas. É também necessário que a diligência se realize sob o controle judicial, exceto nos casos de urgência inadiável, quando o controle deverá ser feito posteriormente.

Assim, conforme o entendimento do referido autor³⁷, na hipótese de eventual recusa por parte do acusado em se submeter a determinada intervenção corporal, a solução seria a valoração dessa recusa, no momento da formação do convencimento do juiz, não havendo que se falar na aplicação imediata de alguma penalidade ou medida administrativa.

Daí sua afirmação³⁸ de que a alternativa que se abre ao Estado “trata-se, mesmo, da conhecida presunção acerca da existência de um fato, ainda que não provado, mas estabelecida por dedução, a partir de outro fato, não justificado racionalmente.”

4. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Encerrada a exposição acerca do direito fundamental ao silêncio e não autoincriminação, nota-se que, em tese, não haveria que se falar em obrigatoriedade na submissão ao teste do bafômetro.

No entanto, não há que se olvidar do norte referencial das mudanças efetuadas no CTB (Código de Trânsito Brasileiro) pela Lei 11.705/2008, também chamada de Lei Seca.

As alterações atinentes à obrigatoriedade de submissão ao teste do bafômetro, bem como às medidas punitivas decorrentes de sua recusa, tiveram como base o princípio do

³⁶ *Ibid.*, p.405.

³⁷ *Ibid.*, p.412.

³⁸ *Ibid.*, p.412.

interesse público, intimamente relacionado ao direito à vida e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana.

Afinal, em que pesem as inúmeras campanhas publicitárias, avisos e multas, o número de acidentes de trânsito ligados ao consumo exagerado de álcool, persistia em aumentar. É neste cenário de indignação e revolta que surge a legislação em comento.

Nesse particular, merece destaque o fato de que os direitos fundamentais não são absolutos, prevalecendo a sua relatividade, conforme explicado no capítulo 2 do presente trabalho. Em outros termos, há que se verificar que os direitos em análise podem sofrer limitações quando em confronto com outros valores ou interesses constitucionais.

O próprio direito à vida já foi citado, anteriormente, como um exemplo dessa possibilidade, na medida em que o art.5º, XLVII, “a”, da CRFB, é expresso em admitir a pena de morte nos casos de guerra declarada.

Nesse sentido, também é possível uma referência ao direito de propriedade.

De acordo com o art.5º, XXII, da CRFB³⁹, “é garantido o direito de propriedade”. Percebe-se, dessa forma, o prestígio aos interesses privados, dando maior ênfase às individualidades do que à coletividade como um todo.

Todavia, no curso evolutivo da sociedade, observou-se que esse Estado Liberal, que assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intangíveis os seus direitos, permitia e impulsionava um amplo abismo social, marcado, especialmente, pela desigualdade entre as pessoas.

Nesse contexto, surge o Estado Social, intervencionista, tendo em mira o combate a essa disparidade entre as classes. Daí a afirmação de José dos Santos Carvalho Filho⁴⁰:

Saindo daquela posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo foi assumindo a tarefa de assegurar a prestação dos serviços fundamentais e ampliando

³⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.675.

seu espectro social, procurando a proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como um somatório de individualidades. Para tanto precisou imiscuir-se nas relações privadas. O Estado intervencionista nem sempre apresenta somente aspectos positivos, mas se considera que é melhor suportar sua hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos gerados pelos grupamentos sociais.

De suma relevância, então, o art.5º, XXIII, da CRFB⁴¹, segundo o qual, “a propriedade atenderá a sua função social”.

Conforme, o autor supracitado⁴², a função social é o pressuposto que a Constituição estabelece para que o direito de propriedade seja objeto de tutela, não sendo mais um direito absoluto, mas relativo e condicionado.

Consagra-se, dessa forma, o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, que vai ser aplicado nos casos de desapropriação e de intervenção do Estado na propriedade privada.

Com base nesse postulado, deve ser analisada a obrigatoriedade de submissão ao exame do bafômetro. O direito fundamental ao silêncio e não autoincriminação deve ser concebido como absoluto? Ou deve prevalecer a supremacia do interesse público na redução de acidentes decorrentes do consumo de álcool, prestigiando o direito à vida?

5. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Encerrada a exposição acerca dos direitos fundamentais, em especial o direito ao silêncio e não autoincriminação, e a análise do princípio da supremacia do interesse público, há que se verificar o fenômeno da colisão de valores e interesses constitucionais.

Afinal, conforme explicitado anteriormente, com as alterações promovidas pela Lei 11.705/2008, conhecida como Lei Seca, a simples recusa em se submeter ao teste do

⁴¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p.676.

bafômetro, passou a constituir crime, na medida em que sujeita o condutor às penalidades e medidas administrativas descritas no art.165, do CTB.

Nesta linha, observa-se que, em tese, isto implicaria violação do direito ao silêncio, uma vez que ao exigir uma cooperação ativa na atividade probatória, isto é, que o condutor sobre o aparelho, deveria ser prestigiado o Pacto de San José da Costa Rica e a ampla defesa, de modo que ninguém seria obrigado a atuar na formação da própria culpa, produzindo provas contra si mesmo.

No entanto, também foi devidamente demonstrada a pertinência das modificações efetuadas. Diante das inúmeras tentativas frustradas de conscientização dos motoristas e do número alarmante de acidentes de trânsito decorrentes do consumo exagerado de bebida alcoólica, fazia-se necessária uma medida extrema, em nome do princípio da supremacia do interesse público.

Nota-se, assim, um conflito entre um direito fundamental e um princípio constitucional.

De suma relevância, então, duas das características elencadas no capítulo 2 do presente trabalho: a relatividade e a complementaridade. Constata-se, dessa forma, que os direitos fundamentais devem ser analisados em conjunto, não havendo que se falar em sua natureza absoluta, pois podem sofrer limitações quando em situações de confronto com outros valores e interesses constitucionais.

Consoante Guilherme Peña de Moraes⁴³, é possível a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão entre direitos fundamentais em sentido amplo, quando em concorrência com outros valores constitucionais.

Na primeira hipótese, o exercício de um direito conflitaria com o de outro, idêntico ou não, por parte de titular diverso, ao passo que na segunda, o exercício de um direito

⁴³ MORAES, Guilherme Peña de, *op. cit.*, p.493.

conflitória com a necessidade de preservação de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Como exemplo, Gilmar Ferreira Mendes⁴⁴ cita que “uma matéria jornalística sobre a vida de alguém pode pôr em linha de atrito o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade do retratado”, e que “o valor da saúde pública pode ensejar medidas restritivas da liberdade de ir e vir (confinamentos), e pode suscitar questões envolvendo a incolumidade física (vacinação obrigatória)”, respectivamente.

Guilherme Peña de Moraes⁴⁵ também sustenta que “a restrição de direitos fundamentais é bipartida em restrição “por lei”, procedida pelo legislador, em face da existência de reserva legal explícita, e restrição “com base em uma lei”, promovida pelos intérpretes do texto constitucional, frente a inexistência de reserva legal expressa.”

De acordo com o referido autor⁴⁶, a restrição dos direitos fundamentais “por lei” é decomposta em dois modelos:

A reserva legal simples (*einfacher Gesetzesvobehalt*), na qual a norma constitucional reduz-se a facultar a interposição legislativa, tal como se dá no art.5º, inc. VI (“na forma da lei”) e inc. XV (“nos termos da lei”), explicita que a norma de restrição é direcionada pela garantia do núcleo essencial, que funciona como “limite dos limites” (*Schranken-Schranken*), eis que limita a possibilidade de restringir, estabelecendo um limite além do qual não é possível a atividade restritiva dos direitos fundamentais. (...) A reserva legal qualificada (*qualifizierter Gesetzesvobehalt*), na qual a norma constitucional não se resume a franquear a intervenção legislativa, com vistas à persecução de alguma finalidade, tal como ocorre no art.5º, inc. XII (“nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) e inc. XIII (“atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”), expressa que a norma de restrição é dirigida pelos limites exteriorizados na Constituição da República.

Portanto, há reserva legal simples quando se exige apenas que eventual restrição seja prevista em lei, ao passo que, segundo Gilmar Ferreira Mendes⁴⁷ “tem-se uma reserva legal qualificada quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p.284-286.

⁴⁵ MORAES, Guilherme Peña de, *op. cit.*, p.493.

⁴⁶ *Ibid.*, p.493.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p.309.

proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.”

Já no que diz respeito à restrição dos direitos fundamentais “com base em uma lei”, Guilherme Peña de Moraes⁴⁸ fala em três momentos: a determinação do âmbito de proteção, a ponderação e o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

O primeiro momento tem a finalidade de aferir a existência ou não de colisão de direitos fundamentais; o segundo compreende o balanceamento dos bens jurídicos em debate, tendo em vista o menor sacrifício possível dos valores constitucionais em jogo: e, o terceiro, ratifica a dignidade da pessoa humana como cerne do ordenamento jurídico, devendo ser prestigiada em toda e qualquer solução de confrontos desses direitos.

Neste ponto, de grande importância os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

Segundo o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser analisadas não como preceitos isolados, mas sim como normas integradas num sistema unitário de regras e princípios, de modo que não há verdadeiros conflitos entre essas normas.

Daí a afirmação de Guilherme Peña de Moraes⁴⁹ de que “as antinomias existentes entre as normas jurídicas são meramente aparentes”, acrescentando que “os conflitos entre princípios são solucionados na dimensão do peso, pela aplicação do critério da ponderação dos valores em jogo, ao passo que os conflitos entre regras são solucionados na dimensão da validade, pela aplicação do critério hierárquico, cronológico e da especialidade.”

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes⁵⁰ que, ao tratar do conflito entre princípios, assevera que “deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha

⁴⁸ MORAES, Guilherme Peña de, *op. cit.*, p.494.

⁴⁹ *Ibid.*, p.117.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p.284.

um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.”

Já o princípio da concordância prática, também chamado de princípio da harmonização, está intimamente relacionado ao primeiro. Afinal recomenda-se ao intérprete que, ao se deparar com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos, mas não negue a de nenhum.

Este entendimento é corroborado por Alexandre de Moraes⁵¹:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Imprescindível, então, o método de ponderação, formulado por José Joaquim Gomes Canotilho, e desenvolvido em três etapas, quando da presença de confrontos de direitos fundamentais: em primeiro lugar, há que se identificar os bens concorrentes; em segundo lugar, é preciso verificar se há reserva de lei; e, por fim, se não houver reserva de lei, realizar-se-á a ponderação à luz dos princípios.

Neste particular, mister, também, o princípio da razoabilidade, que equivale a uma aplicação do princípio da concordância prática aos casos concretos.

De acordo com Guilherme Peña de Moraes⁵², “o princípio da razoabilidade indica que a validade dos atos emanados do Poder Público é aferida à luz de três máximas: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade.”

Conforme o autor⁵³, a adequação está diretamente relacionada a correlação lógica entre motivos, meios e fins, já a necessidade ou exigibilidade reflete a inexistência de meio

⁵¹ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p.28.

⁵² MORAES, Guilherme Peña de, *op. cit.*, p.120.

⁵³ *Ibid.*, p.120.

menos gravoso para a obtenção do fim pretendido, ao passo que a proporcionalidade denota a ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido.

Em outros termos, uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Nesta linha, os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵⁴, integrantes da doutrina lusitana:

O princípio da proporcionalidade (também chamado de princípio da proibição do excesso) desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade, ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornarem-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.

Corroborando este entendimento, também, a doutrina germânica, uma vez que Konrad Hesse⁵⁵ certifica que “a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico; deve ser necessária, o que não é o caso quando um meio mais ameno bastaria; e proporcional no sentido estrito, guardando relação com o peso e o significado do direito fundamental.”

Conforme Gilmar Ferreira Mendes⁵⁶, “devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial.” Isto posto, observa-se que as alterações efetuadas pela Lei 11.705/2008, no tocante à obrigatoriedade do condutor se submeter ao exame do bafômetro, não passam pelo crivo do princípio em comento.

⁵⁴ CANOTILHO; MOREIRA *apud* MORAES, Guilherme Peña de. p.121.

⁵⁵ HESSE *apud* MORAES, Guilherme Peña de. p.121.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p.285.

Afinal, diante da concorrência do direito fundamental ao silêncio e não autoincriminação e do princípio da supremacia do interesse público, faz-se necessária uma técnica de ponderação entre eles, encontrando uma maneira de otimizá-los em conjunto, sem negar a existência de ambos.

Assim, tendo em vista que a simples recusa quanto à realização do teste do bafômetro, passou a constituir crime, na medida em que sujeita o condutor às penalidades e medidas administrativas descritas no art.165, do CTB, resta evidente a afronta ao postulado da vedação ao excesso.

Entendendo pela constitucionalidade da norma, o direito ao silêncio, de não produzir provas contra si mesmo, estaria sendo suprimido em sua totalidade, não havendo que se falar em equilíbrio entre o meio escolhido e o fim visado. Haveria uma intervenção muito grave nas garantias processuais para a obtenção de uma vantagem que poderia perfeitamente ser obtida por outros meios.

Neste particular, de suma relevância, o julgamento histórico do Habeas Corpus nº 71.373-4/RS⁵⁷, que teve como relator para o acórdão o Min. Marco Aurélio, onde se discutia a possibilidade de se compelir coercitivamente o investigando a realizar exame de DNA, para aferir a paternidade.

Neste caso, mesmo diante de outro direito fundamental de indiscutível relevância, o de conhecer a própria origem, componente essencial do desenvolvimento da personalidade, o STF manteve o privilégio contra a autoincriminação.

Em contrapartida, o Pretório Excelso deixou claro que a recusa injustificada ensejaria conseqüências processuais, estabelecendo que a negativa acarretaria presunção de paternidade, o que veio a ser consagrado na Súmula 301 do STJ.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 71.373-4/RS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/habeas713734.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

Logo, para que se prestigie uma ponderação entre o direito ao silêncio e o princípio da supremacia do interesse público, bastaria a lei inverter o ônus da prova, presumindo-se que aquele que se recusa a se submeter ao bafômetro tenha consumido álcool.

Seria uma solução menos drástica e ainda assim eficiente, atendendo perfeitamente aos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, integrantes do princípio da razoabilidade.

Afinal, essa medida reduziria o número de acidentes de trânsito decorrentes da ingestão de bebida alcoólica, consubstanciando um meio adequado para o fim almejado, além de não ensejar qualquer violação a direito fundamental, não havendo que se falar em excesso no balanceamento efetuado.

CONCLUSÃO

Encerrada a presente análise de constitucionalidade acerca das inovações trazidas pela Lei nº 11.705/2008 (conhecida como Lei Seca), alguns pontos merecem ser destacados, especialmente no tocante ao teste do bafômetro.

Em primeiro lugar, foi possível verificar que com a alteração legislativa em comento, a simples recusa em se submeter ao referido exame passou a constituir crime, na medida em que sujeita o motorista às penalidades e medidas administrativas descritas no art.165, do CTB.

Em seguida, foi de suma relevância o estudo da teoria dos direitos fundamentais, momento em que se constatou a característica da relatividade de tais preceitos, não havendo que se falar em uma natureza absoluta, o que permite hipóteses de conflitos entre eles e/ou princípios constitucionais.

Comprovou-se, então, a violação do direito fundamental ao silêncio, uma vez que, ao exigir uma cooperação ativa na atividade probatória, isto é, que o condutor sobre o aparelho,

deveria ser prestigiado o Pacto de San José da Costa Rica e a ampla defesa, de modo que ninguém seria obrigado a atuar na formação da própria culpa, produzindo provas contra si mesmo.

Entretanto, não obstante a afronta supracitada, também foi devidamente demonstrada a pertinência das modificações efetuadas. Diante das inúmeras tentativas frustradas de conscientização dos motoristas e do número alarmante de acidentes de trânsito decorrentes do consumo exagerado de bebida alcoólica, fazia-se necessária uma medida extrema, em nome do princípio da supremacia do interesse público.

Assim, tendo em vista a colisão entre um direito fundamental e um princípio constitucional, restou imprescindível o recurso ao método de ponderação, diretamente relacionado aos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da razoabilidade, em busca de uma solução que não eliminasse nem um nem outro.

Daí a conclusão pelo entendimento de que o motorista não poderia ser obrigado a se submeter ao teste, sob pena de sanções punitivas. Melhor seria a inversão do ônus da prova, uma presunção de que aquele que se recusa ao exame tenha consumido bebida alcoólica. Seria um meio menos drástico e ainda assim eficiente, atendendo perfeitamente aos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, integrantes do princípio da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei 11.705, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

BRASIL, Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96002/lei-11275-06.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 71.373-4/RS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/habeas713734.htm>. Acesso em: 05 dez. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTA RICA, Pacto de San José. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.