
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO DA PROVA
ETÍLICA NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Nelson Mancini Brandoliz

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO DA PROVA
ETÍLICA NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Nelson Mancini Brandoliz

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus
Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2012

DA (IM)POSSIBILIDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO DA PROVA ETÍLICA NOS CASOS DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Rodrigo Manoel Carlos Cilla

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2012.

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.

Eduardo Juan Couture.

Aos meus anjos, melhores amigos, maiores conselheiros, fiéis defensores: Nelson e Luciane – pai e mãe.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo;

Agradeço ao meu orientador, professor e amigo, Marcus Vinicius, por todas as vezes em que me deu conselhos e opiniões, sempre de forma humilde, companheira e dotada do conhecimento jurídico que lhe é característico.

Aos meus bancas, Daniel Colnago e Rodrigo Cilla, figuras em que, sem dúvida alguma, me espelho profundamente.

Aos meus pais, pela confiança depositada em mim, pela fé em minhas conquistas e pelas palavras recheadas de bons fluidos, minha vitória passa por vocês.

RESUMO

Historicamente, o álcool é anterior a várias civilizações. Registros apontam para seu descobrimento ainda no Período Neolítico, ou seja, 10.000 anos antes de Cristo. Seu consumo ligava-se a celebrações religiosas, sociais, e até mesmo na medicina, fato corroborado em virtude dos deuses a ele atrelados, Baco e Dionísio. O consumo do produto cresceu significativamente em face da nova conjuntura impressa através das Revoluções Francesa e Industrial, sobretudo pelas dificuldades características ao momento histórico e pela facilidade em sua obtenção. Notadamente, quando os automóveis tornaram-se mais frequentes no Brasil, fora percebido seu alto poder de lesividade, sobretudo quando o condutor ingeria bebidas com teor alcoólico e, ainda sim, optava por dirigir. Percebeu-se, desta feita, a necessidade de criação de leis que tutelassem pela coletividade, pois aquela voltada ao trânsito, que era, aliás, anterior à vinda do primeiro automóvel ao Brasil, já se mostrava inócua. Assim, o Decreto 8.324, de 1.910 revoga o Decreto 1.733, de 1.856. A partir de então, a sociedade constantemente rogava por inovações legislativas, em face do constante aumento no número de acidente, notadamente aquele provenientes da combinação “álcool e direção”. Assim, inúmeras leis foram criadas e revogadas, em face de sua inadequação à necessidade clamada pela sociedade, até que, em 1.997, chega ao ordenamento o Código de Trânsito Brasileiro, através da Lei 9.503/97, o qual, inovadoramente, trazia à baila um Capítulo voltado a crimes de trânsito. Referido compêndio normativo fora alterado ainda por duas vezes, pelas Leis 11.256/06 e 11.705/08. Esta última, a conhecida “Lei Seca”, adentrou no ordenamento com fortes vozes no sentido de que conferiria uma maior e mais efetiva tutela à sociedade. Isso não ocorreu. Assim, em face da péssima redação da qual goza a famigerada Lei de 2.008, em especial do art. 306, o qual cuida do delito de embriaguez ao volante, aduzindo imprescindível a quantidade de seis decigramas de álcool por litro de sangue (ou três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), agregada à ventilada ideia de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si”, cresceu a impunidade. Desta feita, busca-se quebrar o paradigma que cerca o princípio *nemotenetur se detegere*, analisando-o de modo mais incisivo, bem como, analisando outros princípios pertinentes, notadamente o Princípio da Legalidade, da Proporcionalidade e da Vedação da Proteção Deficiente, diligenciando pela possibilidade da obtenção da prova em face do interesse coletivo. Por fim, questiona-se se, ainda que considerado como prova ilícita, a prova da embriaguez obtida através de a obrigação do Estado poderia ser utilizada para prova material da embriaguez.

Palavras-chave: Embriaguez. Legislações de trânsito. Lei Seca. Princípio da Não Autoincriminação. Ofensividade. Legalidade. Proporcionalidade. Proteção Deficiente. Interesse Público. Prova Ilícita.

ABSTRACT

Historically, alcohol predates various civilizations. Records point to its discovery in the Neolithic Period, that is 10.000 before Christ. Its consumption was linked to religious celebrations, social and even in medicine, fact corroborated by virtue of god to him pegged, Bacchus and Dionysus. The consumption increased significantly in the face of the new situation printed by Frances and Industrial Revolutions, especially the difficulties to the historical and the ease in obtaining it. Notably, when automobiles became more frequent in Brazil, it was realized dangers its high power, especially when the driver drank beverages containing alcohol and chose to drive. It was felt, therefore, a need to create laws that protect the community, because that focused on transit, which was, incidentally, before the coming of the first car to Brazil, it was already harmless. So, decree 8.324, of 1.910 repeals Decree 1.733, of 1.856. Since then, the community prayer constantly for legislative innovations in the face of steadily increasing number of accidents, especially those from the combination "drinking and driving". Numerous laws have been created and repealed in the face of its inadequacy to the needs by society, until, in 1.997, comes to ordering the Brazilian Traffic Code by Law 9.503/97, which, innovatively, brought to the fore a Chapter transit oriented crimes. This law was changed twice by Laws 11.256/06 and 11/705/08. The last, called the "Prohibition", entered in land with strong voices in the sense that confer a greater and more effective protection to society. It didn't happened. The terrible writing which enjoys the notorious Law of 2.008, in particular, the article 306, which takes care of the offense of drunk driving, imparting essential six decigrams the amount of alcohol per liter of blood (or three tenths of milligram per liter of air expelled from the lungs), added to the idea that "nobody is obliged to produce evidence against himself", grew impunity. So, we seek to break the paradigm that about the principle *nemotenetur se detergere*, analyzing it in a robust way, as well as analyzing other relevant principles, notably the principle of legality, proportionality, and seal shield poor, endeavoring the possibility of obtaining evidence in the face of collective interest. Finally, on wonders whether, even if considered illegal evidence, evidence of intoxication obtained through the state's obligation could be used in the process.

Keywords: Alcoholic Intoxication. Traffic Laws. Prohibition. Privilege against self-incrimination. Offensiveness. Legality. Proportionality. Protection Deficient. Public Interest. Illegal Evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO ÁLCOOL	12
3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS LEGISLAÇÕES DE TRÂNSITO	18
3.1 A Embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97)	23
3.2 Breves Comentários Acerca das Alterações Trazidas pela Lei 11.275/06	26
4 A EMBRIAGUEZ SOB A ÉGIDE DA LEI SECA	29
4.1 Da Infração Administrativa	30
4.2 Da Infração Penal	36
5 PRINCÍPIOS, UMA QUESTÃO ACIMA DA LEI	40
5.1 Distinção entre Regras e Princípios	46
5.2 Princípio da Ofensividade e os Crimes de Perigo	52
5.3 Princípio da Legalidade Frente ao art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro	59
5.4 Do Princípio da Não Autoincriminação	63
5.4.1 Do Surgimento do Princípio da Não Autoincriminação	70
5.4.2 O Princípio da Não Autoincriminação no Direito Comparado	74
5.5 Do Princípio da Proporcionalidade	75
5.5.1 Linhas gerais	75
5.5.2 Da presença do Princípio da Proporcionalidade na seara Constitucional	81
5.5.3 Subprincípios que integram a Proporcionalidade	83
5.5.3.1 Subprincípio da Adequação	84
5.5.3.2 Subprincípio da Necessidade	86
5.5.3.3 Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito	87
5.6 A Dupla Face da Proporcionalidade: O Princípio da Proibição da Infraproteção	89
5.7 A “Regra” da Proporcionalidade	94

6 DA PROVA DA EMBRIAGUEZ	98
6.1 A Figura Ilícita da Obrigação na Produção da Prova Etílica	101
6.2 A Prova Ilícita Frente à Constituição de 1.988	103
6.3 Correntes Doutrinárias a Despeito da (Im)possibilidade de Utilização de Provas Ilícitas	105
6.3.1A Teoria Obstativa e a impossibilidade de utilização da prova ilícita	106
6.3.2A Teoria Permissiva e a possibilidade de utilização da prova ilícita	109
6.3.3A Teoria Intermediária: a Proporcionalidade frente às provas ilícitas	110
7 PROPORCIONALIDADE: OBJEÇÕES E CONTRA OBJEÇÕES	114
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121

1 INTRODUÇÃO

Durante a exposição do presente trabalho, buscará se analisar um tema que mesmo contemporâneo, não é algo novo. O que, a primeira leitura, pode parecer equivocado, traduz-se na mais cristalina realidade, trata-se, portanto, da embriaguez ao volante.

A utilização de bebidas a base de álcool acompanha a humanidade desde os primórdios nas mais diversas situações: religião, medicina, rituais de casamento, entre outras.

Tão logo seu uso foi se tornando cada mais costumeiro, o homem começou a se preocupar com a questão da embriaguez. De fato, a situação mostrou-se mais alarmante em meados do século XVIII com as Revoluções Industrial e Francesa, e as condições sub-humanas delas decorrentes, o consumo do produto – até mesmo pela facilidade de sua obtenção – cresceu exponencialmente.

Agregado ao fato supra, tem-se o surgimento e desenvolvimento do automóvel que, com o passar dos anos, mostrou-se de fácil aquisição, o que culminou em um elevado número de veículos disputando espaço entre si, bem como, entre pedestres.

Desta soma de álcool e automóveis, começou-se a ocorrer fatos que outrora não eram imaginados: o imenso número de mortes e lesões que tal combinação – além da própria irresponsabilidade dos condutores – gerava.

Nesta linha, tais temas serão devidamente tratados entre os Capítulos 02 e 03 da presente monografia, sendo, para tanto, utilizado o método histórico.

O Capítulo 04 estudará a Lei 11.705/08, a Lei Seca, a mais nova lei que tutela pela proteção no trânsito. Neste estudo, será percebido que, em que pese imbuído de boas intenções, o legislador cometeu erros crassos que culminaram em verdadeira impunidade, sobretudo acerca da impossibilidade de ser o agente compelido a produzir a prova necessária para a tipificação do delito.

O Capítulo 05 cuidará, através do método dedutivo, de pormenores envolvendo os Princípios que abarcam a questão da (im)possibilidade de ser o condutor compelido a colaborar com a investigação da prova ética, principalmente trazendo a questão do conflito entre os princípios e as técnicas pertinentes para tal solução conflitante.

Seguindo, o Capítulo 06 será responsável por tratar das provas que são admitidas para comprovação do crime de embriaguez ao volante, notadamente à luz do recente julgamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, após já sedimentados os posicionamentos novos, principalmente acerca de uma visão principiológica capaz de tutelar de forma mais efetiva pela justiça, serão levantadas algumas críticas acerca do Princípio da Proporcionalidade e, ato contínuo, buscar-se-á desqualificar tais análises.

2CONSIDERAÇÕES ACERCA DA HISTÓRIA DO ÁLCOOL

O álcool, desde os primórdios, sempre esteve presente nas mais diversas sociedades de maneira deveras incisiva. Segundo o *Instituto da Droga e da Toxicodependência* (s.d.; s.p.) sua origem ocorreu ainda na Pré-História, quando do Período Neolítico, ou seja, há aproximadamente 10.000 anos – mesmo período em que surgia a agricultura. Nesta época, o produto era produzido a partir de um processo de fermentação natural, o que culminava em um resultado final de baixo teor alcoólico.

Nota-se que desde sua descoberta, o álcool adquiriu significados diversos dentre as sociedades. Em Roma e na Grécia, por exemplo, notadamente locais com clima e solo propensos a sua produção, o álcool possuía importância social, religiosa e medicinal.

Eurípedes, em sua obra *As Bacantes*, traz Dionísio, deus das festas e do vinho. Em seus relatos, o escritor deixa nítida a constante utilização da bebida pelo deus e por aqueles que os circundam, conferindo clara influência da bebida na referida sociedade. Nesse sentido, trás como exemplo a colheita, em que eram realizadas festas ininterruptas, durante cinco dias, regadas a vinho, para homenageá-lo.

Na literatura romana, notadamente politeísta à época, o deus correspondente ao vinho e às festas era Baco. Nesta sociedade, a influência do vinho era tamanha que se estima seu consumo, por pessoa, era de meio litro por dia.

Henrique Carneiro (2010, p.21) tece breves comentários acerca dos referidos deuses Dionísio/Baco:

Na antiga cultura euro-asiática, a embriaguez é, antes de tudo, um atributo de Dioniso/Baco, seu procipador e seu símbolo mais característico, conhecido em diversas narrativas que se misturam e nas quais ele aparece com muitos nomes diferentes, além do grego Dionísio e do romano Baco.

Ainda sobre a sociedade romana, interessante ressaltar que o Código Justiniano trazia como parte do alimento fornecido aos soldados uma espécie de vinho notadamente azedo, denominado “posca”. Neste sentido, aponta Henrique Carneiro (2010, p. 41):

Em Roma, o vinho era consumido em larga escala, em média meio litro diário por habitante. Consagrado pelo Código Justiniano, fazia parte da ração dos soldados (a “posca”, um vinho azedo e água). Com uso apenas masculino.

Em que pese o álcool estivesse sempre presente nas diversas celebrações dos povos destes países, seu consumo exacerbado era por estes severamente censurados. Neste sentido, observa-se:

[...] Dionísio ensina a arte e o culto de beber vinho, numa maneira amenizada, diluído com água numa “cratera” (recipiente para misturar o vinho com a água). [...] Diluí-lo em água torna-se o rito distinguidor entre as formas bárbara e civilizada de consumi-lo.

[...]

O consumo do vinho passa a ser regido por uma noção de mistura com água, o que constitui um modelo de dieta temperada, em oposição ao vinho puro, visto como destemperado e até mesmo perigoso. (CARNEIRO, 2010, p. 27)

No Antigo Egito, por sua vez, o resultado proveniente das bebidas fermentadas era utilizado como medicamento, pois possibilita às pessoas eliminarem vermes e parasitas, em especial aqueles provenientes do Rio Nilo.

Na Bíblia Sagrada há situações diversas em que o álcool está presente. Tão logo em seu primeiro Livro, é narrada a ocasião em que Noé veio a se embriagar: “Noé, que era agricultor, plantou uma vinha. Tendo bebido vinho, embriagou-se, e apareceu nu no meio de sua tenda” (GÊNESIS, 9:20-21, 2004, p. 56).

Ainda com relação à Bíblia Sagrada (2004, p. 1.386), é trazido o primeiro milagre de Jesus Cristo, ao transformar água em vinho durante uma festa de casamento, na cidade de Caná, na Galiléia:

Logo que o chefe dos serventes provou da água tornada vinho, não sabendo de onde era, chamou o noivo e disse-lhe: “é costume servir primeiro o vinho bom e, depois, quando os convidados já estão quase embriagados, servir o menos bom. Mas tu guardaste o vinho melhor até agora”. Este foi o primeiro milagre de Jesus; realizou-o em Caná da Galiléia. Manifestou a sua glória, e os seus discípulos creram nele. (JOÃO, 2:9-11).

Salienta-se que, assim como em Roma e na Grécia, já havia conscientização com relação ao uso da bebida alcoólica, é o que se nota no seguinte versículo bíblico: “não vos embriagueis com vinho, que é uma fonte de devassidão, mas enchei-vos de Espírito” (EFÉSIOS, 5:18; 2004, p. 1.502).

No fim do século XVIII, as Revoluções Francesa e Industrial (principalmente esta última) acarretaram diversas alterações sociais, como o aumento populacional gerado pela expectativa de melhoria na qualidade de vida que as cidades proporcionavam, e também, alterações nas formas de produção, que deixam de ser manual para se tornar industriais, por exemplo.

Referidas e drásticas mudanças nas estruturas societárias da época tiveram algumas características negativas marcantes. Sabe-se que o período da Revolução Industrial marcou o surgimento de duas classes opostas que perduram até a atualidade: a capitalista (detentora do capital) e o proletariado (que não possuía nenhuma condição econômica, a não ser sua força de trabalho, ou seja, suas aptidões para desenvolver determinadas atividades).

Em meio a uma conjuntura na qual o Estado se mantinha inerte, a classe capitalista subjugava o proletário, que se sujeitava a condições sub-humanas para prover seu sustento e o de sua família.

Fatores como a falta de oportunidades, a precariedade das condições de trabalho, a crescente discrepância entre as classes da época, agregados ao crescimento da produção, geral e também do álcool, bem como a consequente facilidade na obtenção do produto, culminaram em nítido aumento de consumo de bebidas alcoólicas pela população.

Foi neste momento histórico – por volta da primeira metade do século XVIII – que, na Inglaterra, Thomas Trotter falou em alcoolismo como uma doença, e Magnus Huss, em alcoolismo crônico, como bem apontam Gigliotti e Bessa, em

artigo denominado “Síndrome de Dependência do Álcool: critérios diagnósticos” (2004, s.p.).

A preocupação com o uso crescente do álcool fez surgir nos Estados Unidos um movimento social baseado tão somente em conceitos morais da época, denominado “Temperança”, com a finalidade de controlar tal uso. Em consequência, em 16 de janeiro de 1.919, com a 18ª Emenda à Constituição, foi criada a Lei Seca, que entrou em vigor um ano depois, durante o segundo mandato de Woodrow Wilson. Referida lei proibia veementemente a fabricação e utilização do álcool.

A lei em voga perdurou por pouco mais de 13 anos, até que, em 05 de dezembro de 1.932, com a 21ª Emenda à Constituição, foi abolida, durante o primeiro mandato de Franklin Delano Roosevelt.

Já na primeira metade do século XX, Elvin Morton Jellinek realizou um trabalho de imensa magnitude acerca da embriaguez que, sem laivo de dúvida, colaborou para o desenvolvimento do estudo do tema. Sobre tal contribuição, Ana Cecilia Peta Roselli Marques (2001, p. 74), em sua obra “O uso do álcool e a evolução do conceito de dependência de álcool e outras drogas e tratamento”, expõe:

Em 1.940, Jellinek divulgou suas reflexões sobre o alcoolismo como uma doença, propondo uma divisão dos seus “portadores” de acordo com uma tipologia empiricamente determinada. Seu livro, “The Disease Concept of Alcoholism”, publicado em 1.960, foi um marco na evolução deste conceito e classificava os pacientes em função do consumo de álcool em Alfa, Beta, Gama Delta e Epsilon. (grifo nosso)

Como bem dispõe a autora supra, Jellinek classificou seus pacientes em cinco graus diferentes, em função do nível de álcool no organismo humano. Segundo, RAMSKOGLER, WALTER, HERTLIN, RIEGLER, GUTIERREZ E LESCH (s.d, p.09), em sua obra “Sub group of alcohol dependent and their specific therapeutic Management: A review and introduction to the Lesch-Typology”, o tipo Alfa utiliza o álcool como um meio de lidar com estresse social ou físico. Segundo referidos autores, tais pacientes não mostram nenhum sinal de violência física, mas sim de dependência psíquica, não perdem o controle e são capazes de se abster da bebida facilmente.

Em grau imediatamente superior, o tipo Beta enquadra aqueles que bebem ocasionalmente, mas, ainda sim, sofrem com doenças relacionadas a seu uso, como por exemplo, polineuropatia, cirrose do fígado ou gastrite.

No tipo Gama o consumo da bebida é ocasional, porém, com maior frequência, o que importa em certa dificuldade para controlar sua digestão.

O quarto estágio da classificação – Delta – abrange os indivíduos que não podem se abster de beber e sofrem com diversos sintomas de abstinência.

Por fim, o quinto e último estágio da classificação – Ípsilon –, também o estágio mais avançado da doença, traduz a ideia do indivíduo dipsomaníaco, ou seja, que possui forte impulso de ingerir bebidas alcoólicas¹.

O alcoolismo foi, em 1.952, incluído no Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais (DSM-I), sendo que, em 1.967, a Organização Mundial da Saúde incorporou o alcoolismo a Classificação Internacional das Doenças (CID-8). Referida classificação, segundo Ana Cecilia Peta Roselli Marques (2001, p.75):

[...] dividia os problemas relacionados ao uso do álcool em três categorias: dependência, episódios de beber excessivo (abuso) e beber excessivo habitual. Os dois instrumentos diagnósticos consideravam o uso abusivo do álcool secundário a problemas psicológicos ou de personalidade.

Percebe-se, pelo breve histórico trazido à baila que o consumo da bebida alcoólica está atrelado à sociedade de tal modo que, dotado caráter lícito, muitas vezes deixa de ter notado seu intrínseco caráter de droga, o que, sem laivo de dúvida, não é correto. Desta feita, não se pretende – nem é possível imaginar – abolir a utilização do álcool, a preocupação está em estimular o uso consciente e

¹ Do original: “The Alpha type uses alcohol as a means of coping with social or physical stress. Those patients show no signs of physical but of psychic addiction. They have no loss of control and are able to abstain from drinking without difficulty. The Beta type is the occasional drinker who is not addicted but who is suffering from severe alcohol-related diseases (e.g., polyneuropathy, liver cirrhosis, gastritis). The Gamma type is the episodic drinker, addicted drinker that is able to abstain but is suffering loss of control when consuming alcohol. The Delta type is the regular drinker that can not abstain from drinking and is suffering severe withdrawal symptoms. The Epsilon type drinks regularly or episodically, in the sense of dipsomania”.

moderado do produto de modo a tutelar a saúde tanto do usuário, quando da coletividade.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS LEGISLAÇÕES DO TRÂNSITO

O conhecimento dos precedentes históricos auxilia imensamente na melhor compreensão da atual problemática ora apresentada com relação à embriaguez no volante.

É inegável que a vinda do automóvel para o Brasil trouxe consequências até então não vivenciadas pela sociedade de época, com destaque aos acidentes de trânsito, causados, em muitos casos, pela embriaguez daquele que conduzia o veículo.

Em que pese o advento do primeiro automóvel no Brasil tenha ocorrido em 1.891, com Alberto Santos Dumont, a primeira legislação que buscava cuidar do trânsito é ainda anterior, datada de 1.856, através do Decreto n. 1.733, de 12 de março daquele ano e, de forma bastante precária, buscava regularizar os transportes urbanos típicos da época, quais sejam, de tração animal e sob trilhos.

Neste quadro, quase 20 anos após a aquisição de Dumont, surge no Brasil um Decreto visando estabelecer parâmetros para a direção de veículos automotores, entretanto, conforme bem assevera Paulo Marcos Vargas (2009, p. 36), tratava-se de uma legislação “pouco complexa, haja vista, ser o automóvel um instrumento que poucas pessoas no país possuíam”.

Trata-se, desta feita, do Decreto 8.324, de 27 de outubro de 1.910. Importante salientar que, através do Decreto em voga, fora incentivado, pelo então Presidente Nilo Peçanha, o transporte – seja intra ou interestadual - de mercadorias e passageiros realizados por automóveis.

Cabe destacar que já nesta embrionária legislação se percebia a preocupação com a segurança viária, é o que se denota do art. 21 que exigia que os condutores – então denominados “motorneiros” – se “mantivessem constantemente senhores da velocidade do veículo” (PINHEIRO; RIBEIRO, 2001, p. 1).

Passados alguns anos, novo Decreto surge no ordenamento brasileiro, desta vez o Decreto n. 4.460/22, tratando de assuntos os mais diversos, desde conservação, v.g., trazendo o limite de carga que os variados veículos deveriam

possuir; policiamento nas vias, que já se fazia deveras necessário e; segurança, com a proibição nas vias dos conhecidos carros de boi.

Referidos fatos encontram-se no parágrafo 2º do referido Decreto, bem como do art. 5º, trazidos por José Ricardo Cintra de Lima (1.998, p.3):

§ 2º. As estradas deverão ser franqueadas a quaesquer vehiculos, automoveis ou não, com excepção dos chamados carros de boi e eixo móvel, que por elas não poderão transitar...

Art. 5º. O poder executivo determinara a carga máxima dos vehiculos, tendo em consideração os typosusuaes de automóveis...

Nesta conjuntura, a preocupação com a segurança viária crescia exponencialmente, sobretudo nos países mais desenvolvidos. Referida preocupação foi gradativamente ganhando os holofotes da época, até culminar na Convenção Internacional Relativa À Circulação De Automóveis, assinada por 40 Estados, em 24 de abril de 1.926, na cidade de Paris.

Tamanho a importância daquela Convenção que no mesmo ano o Brasil, em consequência, estabeleceu o Decreto 19.038/26 que determinava, entre outros, a utilização das placas de trânsito nas vias públicas.

Nos anos seguintes, entre 1.927 e 1.928, o legislador continuou com a criação de Decretos viários. Em 1.927, o Decreto Legislativo n. 5.141/27 criou um Fundo para construção e conservação das rodovias federais. Segundo Paulo Marcos Vargas (2009, p. 37), referido Fundo era “extraído de um adicional aos impostos de importação aos produtos que tem ligação com o consumo de gasolina, tais como automóveis e adjacentes”.

Já em 1.928, foi instituído o Decreto n. 18.323/28, que além de passar a permitir a circulação de veículos estrangeiros em território brasileiro, estipulou as competências de fiscalização, sendo da União, Estados ou Municípios, a depender da circunscrição sobre a referida via.

Ademais, há que se destacar, ainda no âmbito da fiscalização das vias, a criação da “Polícia de Estradas”, que, posteriormente, quando da data de 1.945, viria a ser denominada “Polícia Rodoviária Federal”.

Neste panorama histórico, a frota de veículos no Brasil iniciara seu exponencial e contínuo crescimento, entretanto, a legislação vigente à época carecia de eficácia. Foi então que, em 1.941 surgiu o primeiro Código Nacional de Trânsito, através do Decreto Lei 2.994/41, datado de 28 de janeiro.

O Código em comento trazia em seu corpo 147 artigos que, segundo Honorato (2004, p. 26) dispunham “sobre normas gerais de trânsito, circulação internacional de automóveis no território brasileiro, sinalização viária, veículos, habilitação de condutores, infrações e penalidades”. Para tanto, criou os Conselhos Regionais de Trânsito que deveriam zelar pela sua observância.

Ainda, traço marcante do primeiro Código de Trânsito Brasileiro foi a criação do Conselho Nacional de Trânsito, com atribuições unicamente consultivas, competindo-lhe, decidir, desta feita, sobre as consultas formuladas pelos Conselhos Regionais de Trânsito, com relação às dúvidas ou omissões na aplicação do Código (TEIXEIRA, 2010, p. 28).

Entretanto, suas atividades foram de curta duração, eis que em 25 de dezembro de 1.941, o Decreto n. 3.651, pela primeira vez sancionou a embriaguez ao volante.

Desta feita, preceituava o art. 127, item 55, *ipsis verbis*: “São infrações do condutor de veículos: 55. Dirigir em estado de embriaguez, multa de 222\$0”.

Nota-se, desta feita, o fato de que o legislador da época quedou-se inerte frente ao delito de embriaguez ao volante, conferindo ao condutor em estado de embriaguez apenas sanções de caráter administrativo.

Talvez o motivo pelo qual levou o legislador a cuidar tão somente da sanção de cunho administrativo seja o fato de que, com relação a sanções de natureza criminal, aplicava-se, ainda que de modo genérico, a Consolidação das Leis Penais (trazida pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1.932). Sobre a aplicação da Consolidação em tela, Marcellus Polastri Lima (2001, p. 12) explicita:

Assim, eventual acidente de trânsito com morte ou lesões corporais só poderia se amoldar ao homicídio culposo e à lesão corporal culposa ali prevista (Consolidação das Leis Penais). Nem mesmo existiam contravenções penais relacionadas a veículos

Ainda em vigência, a Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei 3.688/41), trás em seu bojo normativo, previsão para o crime de embriaguez ao volante. Ressalta-se que o delito em voga, existente no art. 34 da referida lei, não trata exclusivamente de veículos automotores, é o entendimento que se extrai, em análise ao artigo em comento:

Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

Em que pese houvesse tipificação da conduta de dirigir embriagado dentro da LCP, se, durante o estado de embriaguez, o condutor ferisse outro bem jurídico penal, seria punido frente às normas existentes no Código Penal. Assim, se o condutor, embriagado, causasse um acidente no qual acarretasse lesões corporais na outra parte, responderia pelo crime de lesão corporal, abarcado pelo art. 129, do Código Penal.

Acerca desta aplicação, cabível trazer o posicionamento de Lima (2001, p. 12).

Em relação às normas penais específicas, as mesmas só passaram a existir com o vigente Código Penal e a Lei de Contravenções Penais, com a agravação de pena nos casos de homicídio culposo e lesões corporais culposas, causadas por inobservância de regra técnica, ou quando o agente omitia socorro à vítima ou fugia da prisão em flagrante (arts. 121, §4º e 129, §, ambos do Código Penal) e as contravenções de falta de habilitação para dirigir veículo e de direção perigosa na via pública.

Os anos de 1.966 e 1.968 trouxeram significativas alterações no arcabouço legislativo relativo ao trânsito, haja vista a criação do Terceiro Código Nacional de Trânsito, através da Lei n. 5.108/66, promulgado com o advento do Decreto n. 62.127/68.

Embora o então Novo Código Nacional de Trânsito tenha ganhado vida, esse, assim como seus anteriores, também não cuidou do crime de embriaguez ao volante, conferindo apenas sanções administrativas para tais situações e deixando tal encargo ao crivo ainda da Lei de Contravenções Penais.

Paulo Marcos Vargas (2009, p. 40) acertadamente trás o papel fundamental das campanhas e disposições normativas tratando da educação, prevenção e proibição de uso de bebidas alcoólicas. Segundo o autor, elas tiveram papel basilar para a criação da Resolução 737/89 do Conselho Nacional de Trânsito que, inovadoramente, passou a permitir a utilização de aparelho que medisse a dosagem de álcool, ou sua verificação através de exame de sangue, com objetivo crucial de coibir ingestão de bebidas alcoólicas dos indivíduos que fossem conduzir veículos automotores.

Arnaldo Rizzardo (2007, p. 390/391), sobre a referida Resolução 737/89:

A Resolução 737/1989 (revogada pela Resolução 52, a qual, por sua vez foi substituída pela Resolução 81/1998), do Contran, cujo art. 1º autorizava o teste para aferir a existência de álcool no organismo humano, através de aparelho de ar alveolar (bafômetro) ou de outros meios técnicos científicos, como os de exame de sangue, com o objetivo de coibir abusos ou evitar acidente. [...] De outro lado, pelo art. 2º da mesma Resolução, configura-se a embriaguez alcoólica com concentração de oito decigramas de álcool por litro de sangue, ou de 0,4 mg por litro de ar expelido pelos pulmões. A partir desta dosagem sucediam as penalidades de multa e apreensão da carteira.

Assim, pelo presente esboço histórico, é de meridiana clareza que, bastou os veículos tornarem-se mais acessíveis à população para fazer surgir a preocupação do legislador em tutelar pela segurança nas vias de trânsito. Neste trilhar, percebe-se que tal criação legislativa foi gradativamente conferindo vieses mais robustos (e porque não dizer, agressivos), quanto foi sendo notado o caráter efêmero das legislações então em vigência.

De fato, tal situação é ainda percebida atualmente, ocorre que, no mais das vezes, em busca de uma lei mais efetiva que realmente confira proteção à sociedade, o legislador comete equívocos, fazendo nascer leis que colecionam em seu âmago irregularidades que ultrapassam até mesmo a baila da inconstitucionalidade, caracterizando-se por traduzir verdadeira injustiça.

3.1 A Embriaguez no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97)

A evolução social trazida com o passar dos anos acabou por tornar a Lei de 1.966 obsoleta. De fato, os problemas envolvendo a embriaguez ao volante ainda eram responsáveis por danos, os mais graves possíveis para sociedade. Assim, no final da década de 1.990, mais precisamente em 1.998, entra em vigor a Lei 9.503/97 – o Quarto Código de Trânsito Nacional: O Código de Trânsito Brasileiro. Nesta esteira, a Resolução 737/89 é revogada pela 52/1998, inovando-se no quantum de álcool no sangue que é necessário para decretação do estado de embriaguez.

Quando da criação do Código em tela, mais uma vez, facilmente se percebe o fato de que o legislador se viu pressionado pela sociedade que clamava por uma necessária atualização legislativa, tendo em vista o crescente número de mortes nas estradas, durante a década de 90.

Em referência ao projeto do aludido Diploma Legal, imperioso destacar que ele tramitou pela Câmara Federal durante nove meses, quando foi enviado à Casa Revisora e, no Senado, permaneceu por três anos, retornando somente no ano de 1.997, aprovado no dia 03 de agosto do mesmo ano e, posteriormente, enviado à sanção do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, entrando em vigor no ordenamento jurídico aos 22 de janeiro de 1.998.

O novo Diploma Legal trouxe, em primeira análise, esperanças à sociedade no que tocava à segurança viária, sem dúvida, por conta de suas regras notadamente exigentes e suas sanções, com valores mais elevados, em análise comparativa à legislação de outrora.

Inovadoramente, a Lei em voga trouxe em seu Capítulo XIX, normas voltadas especificamente ao crime de trânsito. Dentre os delitos lá impostos, destaca-se, sobretudo, o do art. 306, que diligencia em face da embriaguez ao volante, tornando a conduta prevista na Lei de Contravenções Penais com verdadeiro caráter subsidiário.

Imperioso colecionar o referido dispositivo, a fim de melhor análise de sua composição típica: “art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Assim, destaca-se o primeiro grande fator de discussão travados na doutrina e jurisprudência, qual seja, a natureza jurídica do crime de embriaguez, frente à expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Nascia o – eterno – debate no sentido de ser o crime de embriaguez ao volante de perigo concreto ou abstrato. Luiz Flávio Gomes diligenciava (mantendo seu pensamento até os dias atuais) no sentido de que o crime em testilha cuidava-se de um crime de perigo concreto. Para o autor, é imperioso o condutor dirigir de forma anormal, ou seja, com uma direção que não condizia com o que um motorista, em condições normais, realiza. (GOMES, 2009;s.p.)

Em sentido diametralmente oposto, Paulo Marcos Vargas *apud* Fernando Fukussawa (2009, p. 44) caracterizava o crime em voga como de perigo abstrato. Desta forma, não era necessária qualquer manobra imprudente ou condução fora da normalidade que tivesse o condão de causar dano a outrem.

Imperioso destacar que a questão da natureza jurídica do crime em tela, conforme se analisará, irá percorrer todo o desenvolvimento do presente trabalho. Desta feita, em momentos oportunos será trazida à baila tal discussão, e, para melhor compreensão, ganhará maior destaque quando for analisado o Princípio da Ofensividade².

Debatia a doutrina, igualmente, sobre a quantidade mínima de concentração etílica para que o condutor fosse tipificado na conduta do artigo em análise. Desta premissa, distinguam duas orientações: a primeira analisava o caso em conjunto com o disposto no artigo 276, do Código em testilha, que *in verbis*, estabelecia “a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue

² Frente à existência da Teoria dos Princípios, do jurista alemão Robert Alexy, a natureza jurídica do crime em baila será discutida quando se tratar do Princípio da Ofensividade, assunto que, por sua vez, será analisado de forma conjunta com outros, dando melhor fecho ao tema central do presente trabalho.

comprova que o condutor se acha impedido de dirigir³". Logo, era imprescindível na conduta do autor, que restasse provada a quantidade de álcool no sangue.

Em sentido diverso, segunda corrente diligenciava que, pela disposição do artigo 306, pouco importava a quantidade ingerida pelo agente; era curial, todavia, que, quando de sua conduta, estivesse nítida a influência dos efeitos do álcool.

A questão ganhou relevo, frente à imposição do artigo 277, também do Código de Trânsito então vigente, que dispunha:

Art. 277. Todo o condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (grifo nosso)

Pela primeira corrente, era imprescindível a demonstração da quantidade de álcool no sangue do condutor, assim, mesmo com a regra imposta no artigo supra, questionava-se a possibilidade de compelir o agente a realizar provas que afirmassem de um modo robusto acerca da concentração alcoólica no sangue.

Estreitam-se os debates envolvendo os artigos 276 e 277 também na questão da reprimenda administrativa, haja vista a redação do artigo 165 quando da criação do código: "dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" (grifo nosso). Neste, o legislador foi expresso no sentido da indispensabilidade do *quantum* para se auferir a infração administrativa em testilha.

Ressalta-se que assim como a questão que toca a natureza jurídica do crime de embriaguez ao volante, a questão obrigatoriedade do condutor de ceder material para se comprovar sua embriaguez – na dicção do art. 277 – será também objeto frequente da presente dissertação, e, conforme ressaltado, será analisado de

³ Conforme analisado no Capítulo anterior, o Código de Trânsito Brasileiro diminuiu o *quantum* necessário para configuração dos delitos de embriaguez.

forma mais profunda e técnica, em capítulo próprio, que irá considerar o tema juntamente com os Princípios da Legalidade e da Proibição da Autoincriminação.

3.2 Breves Comentários Acerca das Alterações Trazidas pela Lei 11.275/06

Após alguns anos de vigência do então Novo Código de Trânsito Brasileiro, a esperança depositada no referido Diploma já não era a mesma. De fato, as estatísticas comprovavam cabalmente que a Lei tida como a esperança para diminuir a incidência de acidentes no trânsito, não tinha atingido seu fim.

Deste modo, novamente sob a pretensão de diminuir o número de acidentes, o legislador optou por alterar a legislação pertinente, menos de uma década após sua promulgação, vinda com a Lei 11.275/06.

Destaca-se, *prima facie*, a significativa alteração existente no artigo 165, que restou *in verbis*: “Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Assim, em comparação ao estabelecido no tópico supra, percebe-se facilmente que o *quantum* outrora inserido no artigo fora retirado, acarretando substancial alteração normativa. Pela nova legislação, não se faz mais necessário aferir dosagem alcoólica para que o indivíduo seja administrativamente sancionado.

Frente à correlação do artigo acima trazido, cabe trazer à baila a alteração existente no artigo 277. Desta feita, tal artigo passou a ter a seguinte redação:

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 CONTRAN, permitam certificar seu estado.

Neste jaez, restou prescindível a constatação, pelos agentes de trânsito, do *quantum*, conforme redação anterior. Todavia, ressalta-se o elemento

normativo “sob a influência”, o que impõe ações do condutor no sentido de mostrar, claramente, que o álcool está influenciando-o em sua conduta.

Frente ao exposto, cabível trazer à análise os ensinamentos de Arnaldo Rizzado (2007, p. 391):

Atualmente, em face da Lei 11.275/06, não importa mais o teor ou a quantidade de álcool encontrada no sangue. Desde que constatada a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, caracteriza-se infração. [...] Não havendo influência, não se caracteriza a infração. [...] Em decorrência, a mera constatação de álcool no sangue não importa em caracterizar a forma prevista no art. 165.

Nesta linha, Damásio E. de Jesus (2008, p. 167) diligencia no sentido de que:

Para que o condutor responda pela infração administrativa é suficiente que dirija sob a influência de substância alcoólica ou de entorpecente, ainda que não supere o limite legal antes previsto de alcoolemia.

Imperioso destacar que, juntamente ao artigo trazido à baila vieram dois parágrafos. Em especial, o parágrafo segundo, que se consubstanciou em importante meio de comprovação de embriaguez⁴.

Sui generis na legislação, o legislador apontou no sentido de que, uma vez o condutor com sinais de embriaguez recusando-se a realizar os testes (etilômetro) nos aparelhos devidamente homologados, ou demais exames clínicos – conforme talhado em seu caput – a realização da prova de sua embriaguez dar-se-ia frente a outros meios probatórios admitidos pela lei.

Assim, a Resolução 206/98 estabelece as formas possíveis de se caracterizar, cabalmente, a embriaguez; estar-se-ia provada tal condição através de teste de alcoolemia, resultando-se concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar, resultando-se em concentração igual ou superior a 0,3 miligramas por litro de ar

⁴ Assim dispunha: At. 277, § 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.

expelido dos pulmões; e exame clínico com laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador.

Hoje, a questão do laudo médico não ganha tanto relevo na seara criminal frente à nova interpretação do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Será, todavia, reanalisada quando se tratar dos meios de prova acerca da embriaguez sob a égide da Lei 11.705/08, assim como, frente aos Princípios correlatos. Nesta altura, impera saber da resolução retro colecionada.

4A EMBRIAGUEZ SOB A ÉGIDE DA LEI 11.709/08 “LEI SECA”

Em que pese ter menos de uma década de vigência, houve a necessidade de nova alteração no Código de Trânsito. Deste modo, não obstante as alterações ocorridas no ano de 2.006, trouxe à baila o legislador novas alterações no diploma em testilha. Nascia, por conseguinte, a Lei 11.705/08, a conhecida “Lei Seca”.

Embora tenham afetado um número menos elevado de artigos, as inovações, sem dúvida, causaram debates na doutrina, imperioso se faz analisar as alterações acarretadas, sobretudo no aspecto da embriaguez ao volante.

Curial o entendimento de que, conforme ocorrera em casos pretéritos, o motivo pelo qual ensejou a nova alteração legislativa foi o elevado – e constante – número de acidentes no trânsito que culminaram em inúmeras mortes e lesões das mais variadas magnitudes, cujo maior fato gerador acabava sendo a soma de direção com ingestão de bebidas alcoólicas.

Bem por isso, calha salientar que os momentos que antecederam a entrada da Lei 11.705/08 no ordenamento foram celebrados pela doutrina e população, frente ao ventilado tratamento dispensado aos condutores que fossem surpreendidos sob os efeitos do álcool. Era a conhecida “tolerância zero”, comumente entoada como a forma sob a qual se iriam operar os mecanismos legais referentes à embriaguez ao volante.

Acerca do salientado, e até o presente momento, filia-se Paulo Marcos Vargas (2009, p. 49):

Mais uma vez, diante da trágica estatística de mortes nas estradas brasileiras, surge uma nova alteração na legislação de trânsito no tocante à embriaguez ao volante. Em 19 de junho de 2.008 entra em vigor a lei 11.705 que, além de outras providências, vem alterar a Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) nos seus artigos 10, 165, 276, 277, 291, 296, 306. Ela traria mais rigor diante dos infratores, sendo taxada de lei de “tolerância zero” para quem viesse a infringir a regra de dirigir embriagado.

Entretanto, como se perceberá, referidas alterações provocaram interpretações normativas diametralmente opostas. Junta-se ao quadro o momento histórico vivido pela sociedade (jurídica e não jurídica) brasileira, a qual, após o período ditatorial, apega-se demasiadamente a princípios e, vez ou outra, acaba por colocar em segundo plano o real propósito do Direito, enquanto Ciência: a efetiva tutela jurisdicional.

Conforme trazido outrora, o Código de Trânsito Brasileiro inovou no sentido de agrupar em Capítulo próprio as infrações criminais, isolando-as das sanções administrativas. Desta forma, a análise das alterações nas sanções administrativas e criminais serão realizadas também separadamente, a fim de melhor compreensão.

Cumprе salientar que os debates acerca da interpretação dos princípios envolvidos no caso em tela serão analisados, aprofundadamente, em capítulo autônomo.

4.1 Da Infração Administrativa

Dentre os artigos afetados com a alteração de 2.008, está o artigo 165⁵, cuja pena implica em multa gravíssima, multiplicada em cinco vezes, bem como, a suspensão do direito de dirigir pelo período de um ano, desde que o condutor seja surpreendido conduzindo seu veículo “sob a influência” do álcool ou de substâncias psicoativas.

Assim, resta claro que não houve qualquer alteração impactante no referido artigo em se comparando com o que preceituava quando da reforma de 2.006, a não ser no preceito secundário, com a já comentada pena de suspensão do direito de dirigir pelo período de 12 meses.

⁵ 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; Medida administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Conectando-se ao artigo telado, curial destacar a nova redação conferida ao artigo 276, o qual merece destaque, sobretudo acerca da tida “tolerância zero”.

Imprescindível, pare melhor explicitação e análise, colacionar-se o texto do artigo em comento, tanto sob a ótica do código de 1.997, quanto sob a nova roupagem conferida pela Lei Seca.

Art. 276 - REVOGADO. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia. (grifo nosso)

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. (grifo nosso)

A partir da leitura de ambos dispositivos, denota-se que o legislador, pelo menos em se tratando da sanção administrativa, desvencilhou-se do *quantum* de álcool no sangue. Andou bem o legislador neste ponto, haja vista que tal critério, por deveras objetivo, cala, por vezes, o real estado do condutor.

À primeira vista, pode se chegar à conclusão equivocada de que a Lei Seca acabou por extirpar qualquer dosagem alcoólica necessária para a configuração do delito administrativo. Entretanto, em análise com maior cuidado, sobretudo na norma do parágrafo único estabelece que será disciplinada margem de tolerância.

Nesse sentido, impera salientar que o órgão referido no parágrafo supramencionado é o Conselho Nacional de Trânsito. Logo, cabe a este estabelecer tal margem, tida “tolerável”, de álcool no sangue.

Entretanto, na inércia do CONTRAN acerca do tema em voga, restará estipulado o teor de 0,2 gramas de sangue por litro de álcool, conforme explicita o Decreto n. 6.488, de 19 de junho de 2.008:

DECRETO Nº 6.488, DE 19 DE JUNHO DE 2.008, Regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, disciplinando a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos do crime de trânsito. § 1º As margens de tolerância de álcool no sangue para casos específicos serão definidas em resolução do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, nos termos de proposta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde. § 2º Enquanto não editado o ato de que se trata o § 1º, a margem de tolerância será de duas decigramas por litro de sangue para todos os caso

Logo, é crível compreender que, em que pese a redução do *quantum* necessário para a configuração da infração administrativa, imperioso ter-se claro que há uma concentração mínima que não tem o condão de reduzir a capacidade de empregar a direção do veículo.

De certo, tal margem conferida às concentrações mínimas harmoniza-se com o preconizado nos artigos supracitados. Na esteira deste entendimento, é inviável se pensar em alguém que esteja “sob a influência” de álcool, com “qualquer concentração de álcool”.

Coaduna com o aqui exposto, Damásio de Jesus (2008,s.p.):

A figura não se perfaz com a simples direção de veículo após o condutor ingerir álcool ou substância similar é necessário que o faça “sob a influência” dessas substâncias. Assim, não basta que ocorra, ao contrário do que determina o art. 276 do CTB, “qualquer concentração de álcool por litro de sangue” para sujeitar “o condutor às penalidades previstas no art. 165”, de onde se originou incorretamente a expressão “tolerância zero”, de maneira que não há infração administrativa quando o motorista realiza o tipo sem esse elemento subjetivo.

Superado os pontos de destaque presentes na alteração constante no artigo 276, imperioso destacar os pontos de debate presente nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 277.

Ab initio, ressalta-se que o parágrafo 2º guarda estreita relação com o já analisado artigo 165 e, em sua dicção:

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 apresentado pelo condutor.

Por oportuno, pondera-se que, mesmo o legislador tendo, acertadamente, seguido à luz da redação da Lei de 2.006, no tocante às possibilidades de configuração da sanção administrativa presente no art. 165 através de outras provas em direito admitido, tal fato não se estendeu à seara criminal da Lei em comento. Questiona-se, desta feita, que referido “trunfo”, traduzido pela ideia de conferir ao Estado à possibilidade de concretizar a sanção administrativa, poderia ser igualmente aplicado na seara criminal, o que, conforme se analisará, não ocorreu.

A norma extraída do parágrafo 2º do artigo em testilha em muito se assemelha com sua redação anterior, conferida pela Lei 11.275/06. Entretanto, é claro o entendimento de que a aplicação de outrora poderia ocorrer em maior incidência, haja vista sua antiga redação dispor que:

Art. 277. § 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 [...], notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor. (grifo nosso)

Assim, tal regra poderia ser utilizada no tocante ao crime de embriaguez, que, à época e conforme já explicitado, não exigia o *quantum* de álcool no sangue, requisito este trazido com a Lei Seca.

Neste sentido, de grande valia colecionar-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça que corrobora o fato acima explicitado.

Criminal. RHC. Crime de Trânsito. Direção sob a influência de álcool. Trancamento da Ação Penal. Inconstitucionalidade do art. 277, § 2º do CTB. Competência da Polícia Civil par apuração de infrações penais. Polícia Militar que não possui tal incumbência. Auto de Constatação de Embriaguez lavrado pelos agentes de trânsito. Possibilidade. Ato que não constitui apuração de crime. Prova a ser utilizada pelos policiais civis. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Recurso desprovido.

I – Hipótese na qual é atribuída ao paciente a prática, em tese, de crime de trânsito, consistente em direção sob a influência de álcool, sendo que, diante da recusa do réu de ser submetido a teste de alcoolemia, os policiais militares lavraram Auto de Constatação de Embriaguez.

[...]

III – Caso o condutor do veículo supostamente embriagado se recuse a ser submetido ao teste de alcoolemia, os agentes de trânsito poderão obter outros tipos de provas em direito admitidas, tais como a documentação dos seus sinais de embriaguez, excitação e torpor resultantes do consumo de álcool.

IV – Descabido o argumento de inconstitucionalidade do §2º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, pois a lavratura do Auto de Constatação de Embriaguez não configura apuração de infração penal, servindo, na verdade, como prova a legitimar a ação dos policiais civis.

[...]

VI – Verificada a constitucionalidade do § 2º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, não há se que falar em falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal, pois a produção de prova da embriaguez do réu pelos agentes de trânsito não caracteriza ofensa à competência da polícia civil, tornando prematuro o trancamento da ação penal.

VII – Recurso desprovido. (STJ; 5ª T.; Recurso em Habeas Corpus n. 20.190-MS; rel. Min. Gilson Dipp; j. 24.04.2007) (grifo nosso)

Analisa-se assim, à luz do que se extrai do r. Acórdão supracolecionado, o fato de que a constatação do estado de embriaguez por meios diversos do próprio etilômetro, sob a égide da Lei 11.275/06, poderia, de fato, ser utilizados *a posteriori* como prova na investigação criminal. Entretanto, por ora – reprimenda administrativa – era o que competia tecer acerca do referido disposto.

Último ponto que merece destaque, acerca das alterações trazidas pela Lei 11.705/08 refere-se ao disposto no parágrafo 3º, do artigo 277. Tal dispositivo fora deveras rechaçado pela doutrina, que alega sua inconstitucionalidade frente ao Princípio da Não Autoincriminação. Imperioso trazer à baila o texto contido no parágrafo supracitado.

Art. 277. § 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 a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

Sob a interpretação do Princípio da Não Autoincriminação, a doutrina maciça debruçou-se no sentido de que não pode o legislador ordinário impor consequências danosas ao condutor do veículo que diligencie no sentido de não realizar as provas mencionadas no *caput* o artigo 277, quais sejam, testes de

alcoolemia, exames clínicos, ou perícia através de instrumentos homologados pelo CONTRAN.

Harmoniza-se ao colecionado, a doutrina de Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1998, p. 223/224):

Questão de relevo também prende-se à prova da embriaguez e as garantias de reserva da intimidade e da vida privada. Isso porque o art. 277 do Código de Trânsito prevê a obrigação de o condutor do veículo se submeter a testes de alcoolemia ou a exames clínicos ou de instrumentos como o *bafômetro* para fins de verificação de eventual embriaguez com efeitos administrativos. Como já vimos em comentário ao artigo anterior, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, garante o direito a não auto-incriminação. Desse modo, pode haver recusa pelo condutor de se submeter a esses exames sem que tal fato venha a caracterizar autonomamente crime, tampouco presumir seu estado de embriaguez.

Percebe-se a linha tênue entre os parágrafos 2º e 3º do artigo 277, enquanto o pretérito abre a possibilidade de se comprovar a infração administrativa por outros meios de provas em direito admitidos, o posterior dispõe que a recusa do condutor de realizar os exames correlatos implica na imposição das medidas administrativas do artigo 165.

Acerca dessa criação legislativa, imperioso destacar o ensinamento de Renato Marcão (2009, p. 161):

Pecou o legislador ordinário. Nada obstante a letra expressa da lei, que é taxativa ao impor que nas situações catalogadas no caput do art. 277 o condutor será submetido aos procedimentos que menciona, e que a recusa configura infração administrativa (§ 3º), na verdade o condutor não está obrigado, e a autoridade nada poderá contra ele fazer no sentido de submetê-lo, contra sua vontade, a determinados procedimentos visando apurar concentração de álcool por litro de sangue. [...] Pelas mesmas razões [...], também a infração administrativa prevista no § 3º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, não subsiste.

Analisa-se, de tal forma que a aplicabilidade do parágrafo 3º, acaba por restar inócua, mesmo porque, em se tratando da sanção administrativa, pode o legislador – à luz do parágrafo 2º – valer-se de outro meio de prova em direito admitido para, desta forma, ter meios de punir o infrator. Todavia, conforme será

analisado futuramente, ambos parágrafos, juntamente com o artigo 306 acabaram por engessar a aplicação de medidas penais em face do indivíduo infrator.

4.2 Da Infração Criminal

Sem laivo de dúvidas, foi na seara criminal que frequentaram travadas as maiores críticas e os maiores debates acerca da inovação legal, em 2.008. Contudo, ressalta-se, novamente, o fato de que, por hora, busca-se analisar os elementos da figura típica, deixando, de tal forma, as questões interpretativas, para tópico autônomo.

Prima facie, curial coleccionar a nova redação conferida ao artigo 306, o que, sem dúvidas, auxiliará no entendimento dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, bem como sua natureza jurídica.

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Iniciando os estudos acerca do elemento objetivo do tipo em comento, analisa-se que o indivíduo tem que ser surpreendido conduzindo o veículo, o que, na ótica de Renato Marcão (2009, p. 158) “significa dirigir, colocar em movimento mediante acionamento dos mecanismos do veículo”.

Ademais, em simples leitura do artigo, a condução tem que ser imprimida em um veículo automotor, ou seja, um veículo o qual possua motor de propulsão e circule por seus próprios meios.

O local em que se desenvolve a conduta também merece destaque, desta forma, a realização do elemento objetivo do tipo tem que se perfazer em via pública, essa, por sua vez, é o resultado da soma das vias rural e urbana; conseqüentemente, eventual situação fática em que o indivíduo esteja conduzindo o

veículo dentro dos limites de uma propriedade privada, restará incogitável se tipificar sua conduta no crime em análise.

O elemento subjetivo, por sua vez, caracteriza-se pela existência de tão-somente o dolo genérico, não sendo necessária qualquer finalidade específica do agente.

Imperioso destacar o ensinamento de Damásio E. de Jesus. Para o autor, conjugado ao fato da existência de dolo, imperioso a presença do requisito “sob influência”.

Elementos subjetivos do tipo são dois: o dolo e a influência [...]. Dolo: vontade livre e consciente de dirigir veículo automotor, com o conhecimento de que ingeriu substância inebriante e que, com sua condução anormal, expõe bens jurídicos da coletividade a perigo de dano. (DAMÁSIO, 2009, p. 162)

Ainda neste sentido, novamente Damásio (2009, p. 164) expressa:

Não é suficiente prova de que o sujeito, embriagado, dirigiu veículo com determinada taxa de álcool no sangue ou que bebeu antes de dirigir. É imprescindível a demonstração da influência etílica na condução: que se tenha manifestado na forma da afetação efetiva da capacidade de dirigir veículo automotor, reduzindo, alterando a capacidade sensorial, de atenção, de reflexos, de reação a uma situação de perigo (time-lag), com propensão ao sono etc, manifestando-se, como ficou consignado, numa condução imprudente, descuidada, temerária ou perigosa, de acordo com as regras de circulação viária.

Desta forma, o autor em testilha filia-se à corrente doutrinária que diligencia no sentido de que, para configuração do crime de embriaguez, não basta o dolo do agente, mas também que esse tenha realizado, quando da conduta em estado alterado, manobras que demonstrem redução em sua capacidade de dirigir.

Nasce então o conflito travado na doutrina, qual seja, se é elemento necessário para a configuração do delito de embriaguez ao volante alguma conduta que tenha o condão de expressar perda da capacidade de direção do indivíduo.

Em sentido oposto às ideias firmadas pela corrente adotada pelo ilustre Damásio de Jesus, há a corrente que expressa tal elemento ser indiferente. De fato,

com base na atual redação do artigo em voga, percebe-se nova leitura quanto à natureza jurídica do delito, deixando de ser de perigo concreto – conforme era quando da criação do Código de Trânsito Brasileiro – configurando-se como crime de perigo abstrato.

A questão que suscita a discordância doutrinária culmina em um Princípio do Direito Penal, qual seja, o Princípio da Ofensividade. Desta feita, segundo a corrente seguida por Damásio⁶, a doutrina moderna rechaça os crimes de perigo abstrato, por se tratar de antecipação da punição pelo Estado.

Com máxima vênia que merece o autor, parece clara a intenção do autor de referir-se ao elemento “sob influência” tão somente à embriaguez acarretada por ingestão de outras substâncias psicoativas que causem dependência⁷. Entretanto, o debate acerca dos princípios envolvidos ao aqui exposto serão analisados mais calmamente em tópico diverso.

Além dos elementos até o momento colecionados, há ainda o elemento condicionante do crime, e, *data venia*, a maior aberração legal trazida pela Lei 11.705/08: a quantidade mínima necessária para a configuração do delito de embriaguez ao volante.

Conforme sabido, para a configuração do delito em análise é necessário que o condutor esteja com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 0.6 decigramas (ou sob influência de substância que cause dependência).

A grande questão é que, ao criar tal critério meramente objetivo para se auferir embriaguez, o legislador criou um mecanismo de tutela do infrator, lançando a sociedade à sorte. Como pontuado em Capítulo retro, pela interpretação dada pelo doutrinador brasileiro ao Princípio da NãoAutoincriminação, fica a cargo do condutor do veículo informar se deseja ou não fazer o exame do etilômetro.

⁶ Neste sentido também, Luiz Flávio Gomes. *In Reforma do Código de Trânsito (Lei 11.705/08): novo delito de embriaguez ao volante.* Disponível em www.lfg.com.br/artigos/Blog/Embriaguez%20ao%20volante,%20principio%20da%20lesividade%20e%20expansao%20penal_Ireneu.pdf – em 17/08/2012 às 15h47min.

⁷ Imperioso ressaltar o fato de que a embriaguez ao volante não é causada tão-somente pela ingestão de bebidas alcoólicas; pode sê-la também, v.g., por drogas ou remédios. Não obstante, ressalta-se que tal questão foge do tema proposto no presente trabalho, e, desta forma, não será aqui analisado.

Pior, a não realização do bafômetro gera, no máximo, uma sanção administrativa, caso se comprove através de outros meios em direito admitidos seu estado de embriaguez.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes (s.d, s.p.)⁸ criticou veementemente a Lei Seca:

Logo que entrou em vigor a Lei Seca, que alterou a redação do art. 306 do CTB (que cuida do crime de embriaguez ao volante), escrevemos que o legislador tinha cometido um erro crasso ao fazer o que não devia ter feito (ele passou a indevidamente exigir 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue para a caracterização do crime) e não fazer o que devia ter feito (só exigir a embriaguez do condutor do veículo e a direção anormal: direção em zig-zag, por exemplo). Fez o que não devia e não fez o que devia (ter feito). Produziu um péssimo texto legislativo. Não mediu as consequências nefastas que geraria, sobretudo a impunidade de incontáveis motoristas.

É possível notar, pelo trazido, os malefícios imensos malefícios que uma lei mal redigida pode causar. Nota-se, igualmente, que muitas vezes nascem conflitos doutrinários dotados de extremo caráter conceituológico, perdendo-se de vista a finalidade precípua do processo, ainda mais na seara penal, que é a busca por uma efetiva tutela jurisdicional.

⁸ Disponível em www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090928103346116 . Acessado em 04/10/12 às 16h52min

5 PRINCÍPIOS, UMA QUESTÃO ACIMA DA LEI

Após imprescindível análise do quadro histórico e do levantamento de dúvidas acerca de questões polêmicas sobre a questão da embriaguez ao volante, calha trazer à análise pertinentes questões sobre princípios, pois, pretende-se, através deles, conferir uma nova possibilidade à questão – problemática – que se fez em torno da possibilidade da embriaguez ao volante.

Ab initio, o termo “princípio”, segundo Silveira Bueno (1996, p. 528) refere-se ao “momento em que alguma coisa tem origem”, assim, pode ser entendido como a causa embrionária, aquilo que confere as noções básicas de algo.

Na seara jurídica, pode-se afirmar que os princípios caracterizam-se como normas básicas, dotadas de caráter genérico e abstrato, podendo ou não estar positivados no ordenamento⁹. Assim, os princípios são as diretrizes de determinado Estado.

Na difícil missão de buscar o melhor conceito para o termo em análise, Ricardo Guastini *apud* Paulo Bonavides (2001, p. 230-231) colecionou seis características voltadas à área jurídica:

Em primeiro lugar, o vocábulo ‘princípio’ se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar, os juristas usam o vocábulo ‘princípio’ para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar, os juristas empregam a palavra ‘princípio’ para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter programático. Em quarto lugar, o uso que os juristas às vezes fazem do termo ‘princípio’ é referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada. Em quinto lugar, os juristas usam o vocábulo ‘princípio’ para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função ‘importante’ e ‘fundamental’ no sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do

⁹ Neste sentido, Roque Antônio Carrazza. Para o autor, um princípio jurídico pode ou não estar expresso na lei, assim, pode ser “explícito” ou “implícito”. Todavia, tal diferenciação traduz simplesmente a ideia de o mesmo encontrar ou não previsão expressa no direito positivado (explícito) ou apresentar-se incluso no texto legal (implícito). Em ambas as espécies, por fim, vinculam inexoravelmente a aplicação das normas as quais com eles se conectam. (2000, p. 31)

Trabalho, o Direito das Obrigações). Em sexto lugar, finalmente, os juristas se valem da expressão 'princípio' para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos. (grifo nosso)

Percebe-se, de tal sorte, o fato de os princípios estarem claramente implantados no mundo do “dever-ser”, ou seja, apontam para um estado ideal, guiando assim a interpretação e aplicação, no caso concreto, de regras (e também outros princípios).

Acerca do importante papel na interpretação, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.161), destaca os princípios hermenêuticos:

Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição [...] ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito.

Conforme se pode extrair de Guastini, os princípios caracterizam-se como uma das espécies de norma, e, sem dúvidas, possuem valor ímpar. Entretanto, historicamente, tal entendimento foi deveras questionado.

Nesta senda, podem-se destacar três períodos diversos (não necessariamente cronológicos) no que toca a compreensão do instituto em voga, quais sejam, jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo.

Durante a fase jusnaturalista, a carga normativa conferida aos princípios era praticamente nula, não passavam de preceitos de bons propósitos decorrentes de valores nitidamente éticos, em busca pelo senso de justiça.

Paulo Bonavides, em sua célebre obra Curso de Direito Constitucional, analisa que, já no período positivista, os princípios iniciam seu processo de ingresso no corpo normativo, todavia, apenas em caráter subsidiário, ou seja, complementar. Nesta fase, os princípios eram instrumentos de complemento de eventuais obscuridades legais. (2009, p. 262).

Nesta fase positivista, tem-se nos princípios verdadeiros auxiliares do sistema legal, sendo utilizados como “válvulas de segurança” para as situações

concretas não abarcadas pelo conjunto de regras impostas. Acerca do alegado, de grande valia as lições de Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 58), o qual diligencia que, no período em testilha os princípios:

[...] não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderam prever. O valor dos princípios está no fato de derivarem da leis, e não de um ideal de justiça. Isso não obstante, torna precaríssima a normatividade dos mesmos, dado o papel meramente subsidiário que essa corrente lhes empresta e o lugar teórico que lhes coloca.

Apenas a título de exemplo deste caráter integrativo em nosso ordenamento jurídico, cita-se o artigo 4º, da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro¹⁰.

Seguindo na história, os princípios ganham nova conotação a partir da segunda metade do século XX, com a Era pós-positivista. Neste momento, deixam de ter mero caráter secundário, passando a ter previsão na *Lex Mater*, e, conforme narrado preambularmente, a vincular a criação e interpretação das regras.

Percebe-se, neste ínterim, a importantíssima conquista dos princípios, que deixaram de ser analisados somente como ferramenta útil para cobrir as brechas que o arcabouço normativo inevitavelmente deixa, para possuírem caráter vinculante (como normas que são).

Paulo Bonavides (2009, p.237-238) diligencia no sentido de que essa evolução principiológica a qual acarretou a inserção definitiva dos princípios dentro do conjunto normativo, dotado de vigência e eficácia deu-se, sobretudo, frente aos trabalhos de uma série de jusfilósofos, dentre os principais Ronald Dworkin e Robert Alexy, notadamente pelos estudos voltados à Teoria dos Princípios, que será analisada em momento oportuno.

Imprescindível, nesta altura, colecionar as brilhantes palavras de Uadi L. Bulos (2003, p. 71):

¹⁰ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. (grifo nosso).

A violação de um princípio compromete a manifestação constituição originária. Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer. Não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico. O interesse tutelado por uma norma é tão importante quanto aquele escudado em um princípio. Muita vez, uma ofensa a um específico mandamento obrigatório causa lesão a todo o sistema de comandos.

Na esteira deste entendimento, Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 60) analisa o status atualmente conferido aos princípios:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

A fim de elucidar o novo alcance dos princípios dentro do ordenamento jurídico pátrio, traz-se à baila marcante julgamento do Supremo Tribunal Federal ocorrido em meados de 2.008, qual seja, o Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, cuja Ementa transcreve-se abaixo:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I – Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II – A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III – Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. IV – Precedentes. V – RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.

O caso em testilha fora levado ao Pretório Excelso, após r. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que, ao julgar Apelação proposta em sede de Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo, diligenciou no sentido de inexistir qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na nomeação em cargos de comissão de parentes de vereador e do vice prefeito do Município de Água Nova, no referido Estado.

Na dicção do Acórdão, para configuração da prática de nepotismo, é necessária a edição de lei formal neste sentido; assim, inexistindo lei que regulamente, não se pode falar em ilegalidade ou afronta às Normas Constitucionais.

Em seu voto, o E. Ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou a inexistência de lei que impedisse a prática de nepotismo para o caso, todavia, ponderou que tal prática é notadamente ilícita, e, por conseguinte, declarou nulo o ato de nomeação dos parentes.

De um modo bastante *sui generis*, o mencionado Ministro fundamentou sua decisão pautando-se exclusivamente em princípios, sobretudo àqueles abrigados no art. 37, *caput*, da Magna Carta, como da Moralidade¹¹, a Impessoalidade e a Supremacia do Interesse Pública.

Em seu voto, salientou que “não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta”. Neste jaez, restou patente que o agente público necessita pautar sua conduta com base em padrões éticos, visando sempre o bem comum.

Salienta-se ainda que, após o referido julgamento, pela notada repercussão geral envolva ao caso em testilha, fora editada a Súmula Vinculante número 13, que estabeleceu:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Desta feita, caracteriza-se tranquilamente o *status* atual conferido aos princípios, deixando de ser meros espectadores dentro do ordenamento jurídico, para se configurarem como atores principais.

¹¹ Humberto Ávila (2006, p. 38) aponta que o Princípio da Moralidade Administrativa “estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos”.

É nítida a força atual dos princípios. Tal fato é louvável, se, principalmente, compararmos com o período jusnaturalista, entretanto, tem-se observado na doutrina e jurisprudência certa euforia envolta dos princípios, que, vez ou outra, acabam exacerbando seus propósitos e, acarretando dificuldades na efetividade do próprio ordenamento.

Acerca desta euforia na doutrina e jurisprudência, impera trazer à baila as ponderações de Humberto Ávila: (2011, p. 23):

É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que tem inibido a própria efetividade do ordenamento. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados de fundamentais – os princípios jurídicos.

Assim, imprescindível compreender o real papel dos princípios, como normas fundantes de pensamento de determinado Estado de Direito, configurando-se como pilares de interpretação. Entretanto, não se pode diligenciar no sentido de supremacia destes em relação às regras positivadas no ordenamento.

Nesta senda, a relação entre princípios e regras não é de subordinação, mas sim de complementariedade, mesmo porque, todo princípio possui regras subjacentes e toda regra cuida de concretizar princípios sobrejacentes.

Para o presente trabalho, argumenta-se que o entendimento acerca do conceito de “princípio” é essencial frente aos questionamentos que serão lançados em momento oportuno, onde se buscará analisar certos princípios relacionados ao tema da embriaguez que, a primeira vista, mostram-se antagônicos, bem como, regras atualmente positivadas no arcabouço legal, fazendo-se incutir no leitor dúvidas acerca da atual interpretação conferida pelo legislador no que se refere à possibilidade da autoincriminação da prova etílica, bem como, novas soluções para a questão da embriaguez ao volante.

5.1 Distinção Entre Regras e Princípios

Conforme já devidamente apontado, na atual Era Pós-Positivista, as normas jurídicas compõem-se, sobretudo amparando-se nas lições de Robert Alexy (2006, p. 85/86), de regras e princípios.

Ressalta-se, porém, que tal classificação não se mostra uníssona na doutrina. Nesta senda, cabível inserir o posicionamento de Humberto Ávila (2001, p. 134). Para o autor, além de princípios e regras, há a figura dos postulados, os quais, segundo ele, se encontram em posição de superioridade frente às espécies de norma, com finalidade precípua de orientar suas aplicações. Segue o autor na linha de que enquanto as regras e princípios dirigem-se a priori ao Poder Público, os postulados dirigem-se ao intérprete e aplicador do Direito¹².

Após a noção histórica, anteriormente analisada, atualmente a doutrina pátria diligencia no sentido de que princípios e regras são gêneros da espécie “norma”. Nas lições de Eros Roberto Grau, em *A ordem econômica na Constituição de 1.988* (2001, p. 109) “os princípios são norma jurídica, ao lado das regras – o que converte norma jurídica em gênero, do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas”.

Compreendendo as naturezas jurídicas das regras e princípios, a doutrina convergiu no sentido de estudá-los, notadamente com a finalidade de maior aprofundamento na Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como, para resolver crises de ordem prática.

Robert Alexy (2006, p. 85) viu a necessidade de um estudo completo acerca destes dois institutos, entendeu, deste modo, tal realização crucial para o aperfeiçoamento e desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas (diferenciações teórico-estruturais) é a distinção entre regras e princípios. [...] Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições

¹² A questão envolvendo postulados será tratada ainda no presente trabalho, quando o estudo estiver voltado ao “Princípio” da Proporcionalidade.

a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. [...] Neste sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Nesta senda, vários critérios distintivos foram percebidos pela doutrina, podendo-se apontar como utilizado com maior frequência, o da generalidade.

Socorrendo-se novamente dos ensinamentos de Robert Alexy, pode-se afirmar que os princípios possuem o elemento da generalidade em elevado grau, ao passo que as regras denotam grau de generalidade consideravelmente menor. Exemplifica o autor apontando a norma que garante a liberdade de crença, que possui nítido grau de generalidade elevado; diametralmente oposta é a norma que confere o direito de o detento converter outros para sua religião, que possui bem menor grau de generalidade. (2006, p. 87).

A generalidade elevada dos princípios, desta feita, refere-se à possibilidade de comportar diversas aplicações, até mesmo por isso ganham a conotação de preceitos gerais e universais.

Em direção oposta, as regras relacionam-se com situações específicas, de tal modo que, em sua aplicação, o Estado necessita analisar se existe harmonização entre o que fora realizado pelo agente com o que preceitua o dispositivo positivado no ordenamento. Neste exercício lógico, se a resposta for positiva, aplicar-se-á a regra.

Conforme explicitado, os princípios – por seu alto grau de generalidade – não se relacionam a qualquer situação casual, ou seja, não regulam situações determinadas. Consequentemente, observa-se a aplicação destes com maior mobilidade e maior abrangência.

Destarte, pelo analisado, pode-se perceber a relação de complementariedade entre princípios e regras¹³, de modo que as regras caracterizam-se como “aplicações dos princípios”.

¹³ A noção clara de complementariedade entre regras e princípios será de grande valia, no momento em que for tratado, no presente trabalho, acerca dos princípios e regras referentes à questão da embriaguez ao volante.

Na esteira deste entendimento, Eros Roberto Grau (2001, p. 120) aduz:

Daí porque a interpretação e aplicação das regras jurídicas, tanto das regras constitucionais quanto das contempladas na legislação ordinária, não podem ser empreendidas sem que se tome na devida conta os princípios – em especial quando se trate de princípios positivos do direito – sobre os quais se apoiam, isto é, aos quais conferem concreção.

Não obstante, conforme analisado no julgamento do Pretório Excelso, é cediço que a inexistência de regra específica não se caracteriza como obstáculo à aplicação de determinado princípio. Isso ocorre pela própria força que os princípios possuem.

Assim, em eventual inexistência de regra específica, necessitar-se-á maior exercício intelectual do magistrado, que acabará ele mesmo criando a regra que fundamentará sua sentença.

Outro critério utilizado para distinguir regras e princípios é o da determinação. Aliás, calha destacar que, na doutrina de Robert Alexy, tal diferenciação é o ponto decisivo, no que toca à diferenciação entre regras e princípios.

Por este novo critério apresentado, enquanto as regras são espécies de normas que somente podem ser aplicadas *in totum*, os princípios se caracterizam como aqueles que ordenam a realização de algo na maior medida do possível, ou seja, podem inserir, a depender do caso concreto, em diferentes graus, levando-se em conta as possibilidades fáticas e jurídicas que estiverem em sua órbita.

Nesta senda, Robert Alexy, refere-se a essa característica inerente aos princípios como “mandamentos de otimização”. Em situação diametralmente oposta, nas palavras do doutrinador, as regras constituem “mandamentos definitivos”, pois, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2006, p. 91).

Assim, os princípios não possuem “determinações definitivas”, mas apenas *prima facie*, pois é necessário enfrentá-los frente às possibilidades fáticas e

jurídicas trazidas no caso concreto, que atuarão em processo de “otimização” destes.

Diferentemente, as regras, por constituírem mandamentos definitivos, não conferem margem de graduação¹⁴ de aplicação, sendo sempre utilizadas em correta medida, nem a mais, nem a menos.

Como corolário das características analisadas, as soluções a serem analisadas frente a um conflito entre regras divergem das de um conflito entre princípios. Assim, em caso de regras conflitantes, resolver-se-á a questão ou com a inserção de uma cláusula de exceção em uma das duas regras, ou com a declaração de invalidade de uma delas, frente à impossibilidade de mútua existência de regras conflitantes.

Aduz Alexy, como critérios para declaração de invalidade de uma regras, critérios como “*lex posterior derogatlegi priori* e *lexspecialisderogatlegigenerali*” (2006, p. 93).

No tocante às possibilidades de solução de conflitos entre regras, oportuno ressaltar o conflito doutrinário existente entre dois expoentes: Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Ronald Dworkin é claro ao analisar o modo de aplicação das regras na maneira do “tudo ou nada”. Segundo o pensador, as regras, pelo caráter de mandamentos de determinação, ou serão aplicadas, ou não serão aplicadas, mesmo porque, o conflito entre regra gira em torno da validade. Nos dizeres do autor (2002, p. 24):

Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada [...] por não apresentarem uma dimensão de peso, a colusão entre ela será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico – critério hierárquico (*lex superior derogatinferiori*), critério cronológico (*lex posterior derogatpriori*) e critério da especialidade (*lexspecialisderogatgenerali*).

¹⁴ Neste sentido, cabe ressaltar, nas palavras de Robert Alexy (2006, p. 92): “o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é”.

Alexy, justamente por aceitar a imposição de uma cláusula de exceção em uma das regras envolvidas no conflito, afirma que, tal fato demonstra a mitigação do caráter definitivo das regras. Neste sentido:

Diante disso, alguém poderá imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras ,ser válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam um direção, mas não tem como consequência necessária uma determinada decisão. Este modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido.

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. (2006, p. 104) (grifo nosso)

Impera ressaltar que mesmo frente às divergências entre os doutrinadores supraelacionados, ambos convergem no sentido de que os conflitos entre as regras ocorrem na dimensão da validade (pois, conforme já analisado, ou as normas existem e são válidas, ou não são), enquanto aqueles envolvendo princípios, ocorrem na dimensão de peso.

Resta claro o fato de que a solução pertinente em se tratando de eventual conflito de regras repousará no plano da validade. Ora, duas regras tutelam direitos definitivos, desta feita, não podem sofrer relativização, logo, em eventual subversão entre regras, uma delas será declarada total ou parcialmente inválida.

Nesta senda, Robert Alexy (2006, p. 94) assevera com proficiência: “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso”.

Frente a essa diferença filosófica, este trabalho filia-se à corrente de Alexy, entendendo ser perfeitamente possível a atribuição de caráter *prima facie* a uma regra para o caso concreto, conferindo, de tal sorte, uma cláusula de exceção que conseqüentemente, mitiga seu caráter de mandamento de definição.

Voltando a analisar os princípios, percebe-se que estes permitem solução diversa daquelas imprimidas face ao conflito entre regras, pois, diferentemente das regras, os princípios tem capacidade de conviver conflituosamente.

Logo, em eventual divergência entre princípios, a solução não se dará retirando um destes do ordenamento, ou ainda instaurando-se em algum deles uma cláusula de exceção, mas sim estabelecendo, no caso concreto, uma relação de precedência (que pode ser condicionada ou incondicionada) entre os princípios envolvidos. Desta análise cuida a Teoria da Colisão.

À luz desta premissa, podem-se colecionar as lições de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 50):

As colisões entre princípios tem que ser encaradas e resolvidas de forma distinta. Segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídico – é a fixação de *relações condicionadas de precedência*.

A Teoria da Colisão entre os princípios cuida traduzir, frente ao conflito instaurado, qual dos princípios merece prevalecer no caso. Assim, estabelece Alexy (2006, p. 95):

O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo dessesopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* - tem *maior peso no caso concreto*.

Analisa-se, terminologicamente, que, em se tratando de conflito entre princípios, não se utiliza o termo “colisão” (que confere ideia de exclusão de algum dos envolvidos), mas sim “tensão” (pois, a pacificação do caso não terá o condão de extirpar qualquer um dos dois do ordenamento jurídico).

Assim, em eventual tensão envolvendo referida espécie normativa, deverá o julgador fixar condições que confirmam precedência de um princípio em face

do outro, condições estas, frise-se, baseadas no caso concreto, de modo que outro caso poderá implicar soluções contrárias.

Acerca desta precedência, esta poderá ser condicionada (também denominadas “concreta” ou “relativa”) ou incondicionada (também denominadas “abstratas” ou “absolutas”), a depender dos princípios em discussão.

Neste norte, a precedência incondicionada ocorrerá quando um princípio *de per sí* possuir precedência sobre o outro, enquanto a precedência condicionada se instaurará no momento em que for curial se mensurar quais as condições propícias para que cada princípio possa se sobressair.

Alexy estudou incansavelmente a Teoria das Colisões para compreender cabalmente como seria a tensão entre princípios de direito fundamental. Na corretíssima visão do autor, quando se instaura uma tensão desta magnitude, necessária será se estabelecer uma relação de precedência condicionada, vez que, em se tratando desta modalidade de princípios, nenhum destes gozará, “em si mesmo, de precedência sobre o outro” (2006, p. 97).

Assim, conclui-se imprescindível análise no que toca a estrutura normativa dos princípios e regras. Tal entendimento, sem laivo de dúvidas, auxiliará o leitor nos assuntos que virão, onde se serão analisados certos princípios e regras correlatos à questão da embriaguez ao volante.

5.2 Princípio da Ofensividade e Os Crimes de Perigo

A dúvida fora incutida no leitor quando se discorreu acerca do crime de embriaguez ao volante e suas alterações desde a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, em 1.998. Agora, após inseridas questões de extrema valia acerca dos princípios e regras dentro do ordenamento jurídico, é o momento de discutir tal questão.

Em oposição do estabelecido anteriormente, onde o crime era caracterizado pelo perigo concreto, em face da expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, na dicção do atual artigo que cuida do crime de

embriaguez, a doutrina é praticamente uníssona ao afirmar se tratar de crime de perigo, ou seja, aquele em que há tutela do bem jurídico na esfera penal, sem que haja sua destruição ou diminuição. Sobre crimes de perigo, imperioso colecionar o magistério de Rogério Greco (2009, p. 196):

Crimes de perigo, que podem ser subdivididos em perigo abstrato e perigo concreto, constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado. Assim, podemos dizer que, punindo-se um comportamento entendido como perigoso, procura-se evitar a ocorrência do dano.

Entretanto, questionam-se doutrina e jurisprudência: o perigo que se trata o artigo 306 necessita ser concreto ou simplesmente abstrato? A questão ganha maiores contornos ainda se analisada frente ao Princípio da Ofensividade, também denominado Princípio da Lesividade.

Primeiramente, insta tecer alguns comentários acerca do que se entende por “bem jurídico”. Esse pode ser apontado como tudo o que causa interesse da sociedade para seu harmônico desenvolvimento.

Luiz Régis Prado (1997, p. 41/42) conceitua “bem jurídico”, aduzindo:

Os bens jurídicos tem como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.

Desta totalidade de bens jurídicos, encontra-se certa parte sob o manto da proteção penal, proteção esta que será conferida aos bens jurídicos considerados como os de maior magnitude dentro do ordenamento.

Nesta senda, temas como a vida, as liberdades (sexual, pensamento), patrimônio são especialmente protegidos por normas penais, que estabelecerão regras as quais trilharão as condutas sociais pretendidas, ora impondo um “fazer”, ora impondo um “não fazer”, bem como, estabelecendo sanções para quem infringi-las.

Logo, o bem jurídico fundamental – penal – é aquilo de maior importância na vida individual e social e necessita, por óbvio, de efetiva tutela estatal.

Desta forma, analisa-se o Princípio da Ofensividade, segundo o qual, o Estado só atuará em sede de Direito Penal quando houver verdadeira lesão, ofensa – ou perigo real –, aos bens jurídicos de maior importância.

Inexistindo tal relevante ofensa aos bens jurídicos penais, entrarão em cena outras áreas jurídicas (Direito Civil, Empresarial, Administrativo) que também seguirão na tentativa incansável de tutela desses bens. Logo, não cabe ao Direito Penal tutelar por questões de ordem extrapenal, haja vista sua função primordial; preservar bens jurídicos tidos fundamentais. Nesta linha, Cleber Masson (2012, p. 45):

O Direito Penal se destina à tutela de bens jurídicos, não podendo ser utilizado pra resguardar questões de ordem moral, ética, ideológica, religiosa, política ou semelhantes. Com efeito, a função primordial do direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a preservação e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

Neste ínterim, percebe-se nitidamente o Princípio da Ofensividade como de importante papel na delimitação da atuação penal, que deverá se ater a situações em que haja uma ofensa a determinado bem jurídico com relevância na seara criminal, existindo lesão – ou perigo de lesão – real de caráter significativo.

Em meio a tais premissas de que o Direito Penal deve se ater a situações cuja lesão – ou perigo real de – estejam patentes, insere-se a questão do crime de embriaguez ao volante. Assim, a doutrina diverge no tocante a tratar-se de crime de perigo concreto ou abstrato.

Nesse diapasão, os crimes de perigo concreto são aqueles que exigem, para sua consumação, situação que provoque perigo. Assim, o legislador considera no perigo elemento suficiente para justificar a tipicidade.

À guisa de exemplo, é o que ocorre no crime de incêndio – art. 250, do Código Penal¹⁵ – onde não basta que o sujeito ativo pratique o verbo do tipo, como também, faz-se necessário que tal prática tenha o condão de expor a perigo a vida, integridade física ou patrimônio alheio.

Nota-se a existência, em regra, da expressão “perigo” naqueles crimes em que o legislador classificou como sendo de perigo concreto.

Nos dizeres de Diego Romero (2006, p. 54) são necessárias três situações para que se caracterize a perfeita existência dos crimes de perigo concreto:

Primeiramente, é fundamental existir um objeto tutelado que entre no âmbito de conhecimento e volição daquele que pratica determinada ação que acaba expondo tal objeto a perigo de dano; em segundo lugar, esta ação realizada deve criar real e individual perigo de dano ao objeto de ação; e em terceiro lugar, do ponto de vista do bem jurídico, esta exposição concreta a perigo traduz-se em uma situação em que, apresenta-se provável a causação de lesão, que não pode ser evitada de forma alguma.

Por outro lado, os crimes de perigo abstrato configuram-se como aqueles em que o perigo está implantado na própria conduta e, portanto, resta absolutamente presumido.

Assim, em sentido diametralmente oposto aos crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato não exigem, para configuração da figura típica, nenhuma comprovação de perigo real (pois, conforme ressaltado, esse é presumido).

A existência desta espécie de crime de perigo explica-se, sobretudo, na evolução tecnológica decorrente da Era Pós-Industrial. Notadamente, tal progresso experimentado pela sociedade fez nascer bens jurídicos outrora impensados, em especial os sociais e coletivos, forçando o legislador criminal a agir de modo cada vez mais preventivo – em oposição a um sistema em que a ordem penal agia tão-somente de modo repressivo.

¹⁵ Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Neste sentido encaixa-se o pensamento de Pierpaolo Cruz Bottini (2006, p.66):

A expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco. A configuração da sociedade contemporânea, o surgimento dos novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos.

Nesta linha, segue o autor:

Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito. Para isso, o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas, e a extensão da ameaça, levam o legislador a optar pela norma de prevenção, através de descrições típicas que não reconheçam o resultado objetivo como elemento integrante do injusto, ou seja, através dos tipos penais de perigo abstrato. (BOTTINI, 2006, p. 67)

Depois de devidos apontamentos que molduras estas espécies de crime de perigo, mostra-se cabível tecer breves comentários referentes à divergência doutrinária acerca da natureza do delito de embriaguez.

Aponta-se a corrente que impõe ser o crime de embriaguez de perigo abstrato. Desta forma, para tal corrente é prescindível comprovar, no caso concreto, se o autor realizou condutas que teriam o condão de demonstrar a influência do álcool em sua capacidade psicomotora.

Essa é a conclusão que se chega ao realizar interpretação meramente gramatical do artigo. Ora, fora-lhe retirada a expressão “expondo a dano potencial”, todavia, tal modalidade de interpretação, no mais das vezes, considera-se fraca, no aspecto teórico-científico. Entretanto, este não foi o único requisito a ser levado em consideração por tal corrente.

Assim, o crime em pauta justifica-se pelo mero perigo abstrato, pois o simples fato de se dirigir embriagado é causa em potencial de dano à incolumidade pública. A real finalidade da norma, no caso em análise, é, para tal corrente, a busca

por uma tutela que se mostre mais efetiva à coletividade, frente aos pavorosos índices de mortes e acidentes no trânsito, por conta da ingestão de bebidas alcoólicas.

Na esteira deste entendimento, impera colecionar os apontamentos realizados por Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 69):

Trata-se, o delito de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do CTB, de crime de perigo abstrato, sendo dispensável a comprovação de dano efetivo. Na visão do Supremo, a objetividade jurídica desse delito transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção do todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. Assim, é de todo irrelevante indagar se o comportamento do agente atinge, ou não, algum bem jurídico tutelado, sendo legítima a opção legislativa por objetivar a proteção da segurança da própria coletividade. Não há necessidade de se comprovar risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. (grifo nosso)

Prossegue, levando-se ainda em consideração a explanação supra citada, acerca do entendimento do Pretório Excelso. Neste jaez, o entendimento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, quando discutiu o tema em sede do Habeas Corpus 109269-MG, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski cristalizou-se na Ementa que segue:

HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATA-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – A objetividade jurídico do delito tipificado na mencionadanormatranscende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II – Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer

inconstitucionalidade em tal previsão legal. V – Ordem denegada. (grifo nosso)

O Pretório, desta feita, enveredou-se no sentido de que a objetividade jurídica do crime em comento visa a proteção de algo maior, que transcende meros interesses individuais, tutela-se, assim, os interesses da coletividade.

Pretende-se, portanto, que sejam inibidas tais condutas antes mesmo que sobrevenha eventual resultado danoso, corroborando a tese de busca por uma efetiva tutela à integridade do “corpo social”.

Todavia, tal questão, conforme analisada, não repousa inerte, à guisa de exemplo, Luiz Flávio Gomes aduz (2008, s.p.):

O art. 306, também em sua primeira parte, destarte, não é um delito de perigo abstrato. Exige mais que uma condição (o estar bêbado), mais que isso, a comprovação de uma direção anormal (*zig-zag*, v.g.), que espelha o chamado perigo concreto indeterminado (ou seja: basta a comprovação da direção anormal, não se requerendo uma vítima concreta).

Para essa corrente, então, o crime de embriaguez ao volante deve ser enquadrado como um crime de perigo concreto indeterminado, de modo ser imperioso se destacar uma conduta imprudente do agente, seja realizando manobras incomuns (*zig-zag*), seja chocando as rodas do veículo na guia, sem, todavia, causar danos.

Para estes pensadores, é de ordem eminentemente inconstitucional se tratar de crime de perigo abstrato, pois se caracteriza patente antecipação de tutela penal que deriva de uma presunção legal cuja realização é obstada em sede de Direito Penal.

Em que pese respeitável posicionamento doutrinário acerca da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em geral, não parece este o melhor posicionamento no que toca à embriaguez ao volante.

Ab initio, em análise ao crime de perigo abstrato, nota-se não se tratar de categoria ilegítima, pois, uma vez constituído frente a uma presunção de perigo abalizada em uma base científica notadamente sólida, em regras de experiência, e

apoiadas por estatísticas que as corroborem, é necessário que o legislador, ao identificar tal conduta, tipifique tal comportamento.

Encontra-se nos crimes de perigo abstrato a possibilidade real conferida ao legislador de antecipar a tutela e a reação estatal frente à situação de embriaguez ao volante. Desta feita, a seara penal adquire meios de maior eficácia para não somente punir o infrator, mas prevenir a infração. Mostra-se, assim, plausível o entendimento de se tratar a embriaguez como crimes de perigo abstrato.

A Ciência corriqueiramente leciona que a ingestão de álcool causa redução da capacidade psicomotora do indivíduo, conferindo àquele que ingeriu movimentos notadamente mais lentos. Ademais, as regras de experiência demonstram que aquele que dirige embriagado o faz de modo diverso do normal, colocando a si, aos caroneiros e aos terceiros em situação de risco. Por fim, as estatísticas corroboram que número de acidentes de trânsito é significativo.

Não há razões para se deixar de tratar da tutela penal mediante situações de crime de perigo abstrato, principalmente considerando o comportamento como perigo *ex ante factum*, com nítida consistência, sem que haja necessidade de se demonstrar condutas que coloquem outrem em perigo. Ora, ainda que não houvesse transeuntes in loco, haveria, sem dúvidas, algum em seu caminho.

Oportuno diligenciar que o indivíduo, enquanto alcoolizado e inserido na direção de um veículo se potencializa como indivíduo perigoso e tal fato basta para conferir o jus puniendi do Estado.

5.30 Princípio da Legalidade Frente ao Artigo 277, do Código de Trânsito Brasileiro

Impera, neste momento, tecer breves considerações acerca do Princípio da Legalidade, para, por conseguinte, inseri-lo na questão correlata existente no Código de Trânsito Brasileiro.

Nascido como forma de proteção da sociedade em face dos atos exacerbados, e porque não dizer, arbitrários, por parte do Estado, o Princípio da Legalidade, talhado na Constituição Federal, em seu art. 5º, II, preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesta senda, para que o indivíduo se veja obrigado a algo, é necessária a existência de uma espécie normativa anterior ao fato, elaborada em consonância às regras atinentes ao processo legislativo constitucional, uma vez que, desta feita, traduzir-se-ão como o real anseio da coletividade.

Pelo princípio em voga, é conferido ao particular a possibilidade de não realizar algo que lhe tenha sido imposto por uma forma diversa da legal. Nesta toada, necessário frisar que não basta a criação da lei *per se*, igualmente necessário que tal criação esteja devidamente delineada harmonicamente com o restante do ordenamento.

Nesse jaez, assevera Enrique SayaguésLaso (1974, p. 383):

*La administración debe actuar ajustándose a las reglas de derecho. Si transgrede dichas reglas, La actividad administrativa se vuelve ilícita y eventualmente aparece responsabilidad.*¹⁶

Pelo exposto, ressalta-se que a norma confeccionada em harmonia com o ordenamento jurídico *in totum*, trazida à vida em face de correspondente (e necessário) processo legislativo tem força para vincular o particular e, por assim dizer, passa a obrigar que este faça ou deixe de fazer algo.

Com tais premissas devidamente sedimentadas, questiona-se a força normativa que possui o art. 277, do Código de Trânsito Brasileiro, alterado pela Lei Seca.

Conforme analisado reiteradamente no Capítulo anterior, o aludido texto legal impõe ao condutor - seja por ter se envolvido em abalroamento no trânsito ou em face de fiscalização - que esteja sob suspeita de estado de embriaguez, que realize os testes pertinentes. Ainda, o parágrafo terceiro do artigo em testilha impõe ao motorista que se negue a se submeter aos exames

¹⁶ Tradução livre: “A administração deve atuar ajustando-se às regras do direito. Transgredindo-as, tal atividade administrativa se torna ilícita e, eventualmente, acarretará responsabilidade”.

coleccionados no caput as penalidades referentes à infração administrativa existente no art. 165¹⁷.

Ocorre que, ao realizar os testes e exames necessários, trazidos no *caput* do aludido artigo 277, o condutor embriagado acaba por conferir ao Estado a prova da materialidade do delito que se faz necessária para a tipificação do delito de embriaguez ao volante. É de meridiana clareza que a realização dos testes correlatos (exame de sangue, etilômetro), acaba, em via oblíqua, por demonstrar de forma insofismável o quantum de álcool presente no sangue ou nos alvéolos pulmonares.

Desta forma, em primeira aproximação, colocar-se-á, de um lado, uma norma de conteúdo válido, trazida ao ordenamento em face de procedimento legislativo correlato e, desta feita, em harmonia ao Princípio da Legalidade; de outro, a faculdade que o indivíduo tem de não produzir provas que possam ser utilizadas em seu desfavor, em decorrência ao princípio da não autoincriminação.

Doutrina e jurisprudência, interpretando o princípio da não autoincriminação (o qual será devidamente analisado em momento ulterior) acabam concluindo que o cidadão não pode se ver obrigado a realizar tais testes, tendo em vista que o fato poderia culminar na tipificação do crime de embriaguez ao volante.

Nesta toada, por compreender se tratar de um direito do cidadão é inconcebível que tal exercício – não realização dos testes – importe em qualquer tipo de sanção. Aliás, acerca desta não realização, Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 70) aduz:

Não obstante, tem predominado na doutrina o entendimento de que a recusa do condutor em submeter-se ao bafômetro não configura crime de desobediência nem pode ser interpretada em seu desfavor, pelo menos no âmbito criminal.

Ressalta-se que a sanção administrativa não faz qualquer alusão à quantidade de álcool no sangue (de nos alvéolos pulmonares), e, desta feita, pode ser configurada através de outras provas em direito admitidas que asseverem sinais

¹⁷ Multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, além da retenção do veículo até ulterior apresentação de condutor habilitado e recolhimento de habilitação.

característicos do condutor embriagado, tais como excitação ou torpor. Nessa dicção, aliás, apresenta-se o parágrafo segundo do artigo em comento.

Diferentemente, para a configuração da sanção criminal existente no art. 306 é imprescindível tal quantificação, deste modo, sem tal numerário, o ato torna-se atípico, frente à falta de materialidade.

Imperioso ressaltar o fato de que o princípio da legalidade se mostra esquecido pelo mundo jurídico nos casos como o de análise. Seria necessário analisá-lo, porém, concomitantemente não só com o princípio a não autoincriminação, mas com o ordenamento como um todo.

Conforme visto, os princípios constitucionais ocupam condições de igual soberania, ademais podem corriqueiramente entrar em conflito, sendo que, nestes casos, há de se realizar a técnica de sopesamento entre esses, para assim poder afirmar qual preponderará no caso concreto. Ocorre que tal questão sequer é levantada na doutrina, fato que, à guisa do estudado por Alexy e Dworkin não pode ocorrer.

Roga-se pela alteração da interpretação do artigo 277 e da famigerada questão acerca da obrigação da cooperação na realização de exames. É patente que tal obrigação contorna a efetividade da norma. Neste ínterim, a imposição questionada torna-se legal, uma vez que é instrumento legítimo criado em obedecendo o processo legislativo com a finalidade de, através dele, locupletar a norma presente no artigo 306.

Conforme já ressaltado, toda questão envolvendo princípios ganha diferencial status, em face da atual posição de destaque a qual se encontram. Entretanto, é necessário conferir caráter científico aos conflitos doutrinários desta espécie, o qual se aperfeiçoa através do Princípio da Proporcionalidade, o qual será analisado em momento oportuno.

Em que pese o presente debate lançado, sobretudo frente ao conflito patente entre princípios da legalidade e da não autoincriminação, é fato que a quantificação objetiva mostra-se, atualmente, imprescindível, para a tipificação do delito constante no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro. Tal fato impõe a impossibilidade de presunção de embriaguez (para seara criminal, frente à

presunção de inocência) e informa que, em não diligenciando para ceder o material necessário, qualquer imposição coativa eivará a prova de ilicitude¹⁸.

5.4 Do Princípio da Não Autoincriminação

Apresentam-se, nesta altura, discussões acerca do Princípio da Não Autoincriminação (*nemotetur se detegere*), princípio este que ganhou relevo nacional, sobretudo em face da Lei Seca, a qual conferiu enorme força ao indivíduo infrator, uma vez que, para perfeita tipificação do delito, faz-se imprescindível o exame de sangue, ou o bafômetro.

O Princípio da Não Autoincriminação consubstancia-se na desnecessidade do indivíduo de produzir provas cuja utilização terá o condão de incriminá-lo.

Desta sorte, a finalidade do princípio em pauta remete à tutela do indivíduo frente aos excessos do direito de punir do Estado, corriqueiros na história mundial.

Perfeita a análise de Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 55) acerca do princípio em pauta:

Objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

Em que pese não existir de modo expresso qualquer menção à não autoincriminação na Constituição Cidadã, não se pode olvidar de sua existência no Ordenamento Pátrio. Desta forma, roga-se por sua aplicação, todavia, sem quaisquer excessos que alterem sua natureza.

¹⁸ Acerca da prova da embriaguez por meio de imposição, ou seja, mesmo contrária a vontade da parte, será analisada no último Capítulo do presente trabalho, momento em que já haverá familiarização com o Princípio da Proporcionalidade, que, aliás, é de extrema valia para uma possível solução válida, legal e justa.

Nesta baila, curial salientar a existência do direito ao silêncio, o qual mantém estreita ligação com o princípio em testilha. Divergentemente do princípio da não autoincriminação, o direito ao silêncio está tatuado na Lei Maior de 1.988, mais precisamente, em seu art. 5º, LXIII, estabelecendo 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”.

Seguindo, aliás, impera narrar que tal norma é encontrada em outros textos legais, com leituras bastante próximas, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.3 “g”: Toda pessoa acusada terá direito... a não ser forçada a depor contra si mesma ou a confessar-se culpada), na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, “g”: Toda pessoa acusada de delito tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem de declarar-se culpada), e, ainda, na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos (“será compelido em qualquer caso criminal a ser uma testemunha contra ela mesma¹⁹”).

Desta forma, é patente, através da leitura destes dispositivos legais, a menção ao direito ao silêncio, incorrendo, assim, maiores expressões ao Princípio da Não Autoincriminação. Percebe-se, de tal forma, o quão extensiva é a interpretação pátria conferida ao princípio, que estende os efeitos do direito em tela para dentro do analisado princípio.

Corroborando com o fato, o trazido por Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 60):

O que o constituinte diz, quando ele assegura o direito de permanecer calado, é que a pessoa não pode ser obrigada a se incriminar, ou, em outras palavras, que ela não pode ser obrigada a produzir prova contra si. Aliás, essa última forma de revelar o conteúdo do preceito constitucional soa mais feliz, uma vez que consegue tornar mais clara a mensagem do constituinte.

Nesta senda, a maioria da doutrina diligencia no sentido de que o direito em análise apresenta-se como desdobramento do Princípio a

¹⁹ É o denominado *privilege against self-incrimination*, do direito anglo-saxão.

NãoAutoincriminação, conferindo ao indivíduo a faculdade de não produzir provas contra si. (Renato Brasileiro de Lima, 2012, p.55).

Inegável a relação existente entre o Princípio da Não Autoincriminação e o direito ao silêncio, sendo que, para tal parcela da doutrina, juntamente com este direito, o aludido princípio possuía diversos desdobramentos, como o direito de não ser compelido a confessar práticas de ilícitos penais e não praticar qualquer comportamento ativo que tenha o condão de incriminá-lo, restando patente, assim, a vasta abrangência ao princípio conferido na doutrina pátria.

Contrapondo-se ao preconizado pela maciça doutrina, exemplificada nos dizeres de Brasileiro, Albuquerque afirma que tal interpretação extensiva ao princípio em análise acaba engessando o ordenamento jurídico, obstando o regular desenvolvimento da atividade jurisdicional. Neste ínterim, prega o autor:

Contudo, a existência de um direito ou de uma garantia com tamanha amplitude, restringindo sobremaneira a atuação do Estado na tutela penal (no que refere à sua efetividade) e que acaba por comprometer, em alguma medida, o exercício da função jurisdicional, parece-nos, no mínimo, questionável. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 02).

Nesta senda, diligencia o autor sobre a necessidade de uma interpretação mais estrita ao princípio. De modo que compreende o autor a existência do direito de permanecer calado – na dicção do art. 5º, LXIII, da Lei Maior. Entretanto, não pode o indivíduo, valendo-se de uma interpretação que foge da ordem jurídica e semântica do Princípio a NãoAutoincriminação, deixar de prestar colaboração à justiça, a qual possa ser-lhe prejudicial, tal como a realização do exame de sangue, ou ainda, do bafômetro. (LOPES JR., 2001, p. 320).

Todavia, ressalta-se novamente, tal posicionamento não é o que prepondera na atualidade. Deste modo, impera a maioria doutrinária que sustenta pela impossibilidade do indivíduo produzir provas contra si.

Ocorre que, conforme analisado, segundo a corrente minoritária, tal interpretação amplificativa acaba prejudicando a atuação do Estado na tutela penal, uma vez que lhe retira instrumentos que, se fosse outro o entendimento conferido, facilmente comprovariam se o indivíduo é ou não transgressor da lei.

Mesmo em sede dos posicionamentos da corrente minoritária, é passível que o Princípio da Não Autoincriminação fora devidamente incorporado em nosso ordenamento jurídico, sobretudo diante da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Desta forma, tal fato não significa que teria o sujeito alvo da realização da conduta o direito de se negar a colaborar com atitudes ativas, em especial aquelas que poderiam culpá-lo.

Voltando-se à Convenção Americana sobre Direito Humanos, sobretudo em seu art. 8º, 2º, “g”, é conferido a toda pessoa acusada da prática delituosa o direito “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Subsiste, também nesta, a interpretação da maioria da doutrina, em especial Antônio Scarance Fernandes (2005, p. 292), Guilherme de Souza Nucci (2003, p.364) e Fernando da Costa Tourinho Filho (2002, p.263) que resulta na impossibilidade de o indivíduo ser compelido a realizar provas ou declarações que possam lhe ser desfavoráveis. Todavia, há quem defenda interpretação de cunho mais restrito à norma talhada, neste sentido, impera colecionar os dizeres de José Barcelos de Souza, concluindo que “a proteção diz respeito precipuamente a declarações verbais” (2005, p. 148).

Prosseguindo, à luz da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, em especial a garantia dela extraída, traduzida pelo *privilege against self incrimination*, é possível perceber que não há qualquer relação deste com a questão da produção probatória.

Nestejazz, imprescindíveltranscrever as palavras de Helmholtz, *in verbis*: “*The privilege againt self-incrimination guarantees that men and women cannot lawfully be required to answer questions that will aid in convicting them of a crime*²⁰.” (1997, p.1)

Nota-se, de partida, que tutela existente na norma anglo-saxônica faz menção à “não autoinculpação”, ou seja, ao indivíduo não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo.

Convergindo à análise à luz da Lei Seca, notadamente acerca da embriaguez ao volante, faz-se patente que toda essa problemática trazida com o

²⁰ Tradução livre: “O privilégio contra autoincriminação garante que os indivíduos não podem ser exigidos a responder questões que auxiliarão na convicção da prática de determinado crime.”

princípio em análise ganhou destaque, sobretudo acerca do quantum talhado na letra da lei, que deve, necessariamente ser locupletado a fim de tipificação.

Somado este elemento do tipo com a interpretação conferida ao princípio em estudo, chega-se à conclusão de que o indivíduo infrator (ou em situação de possível infração) possui a liberdade de escolher se pretende ou não ceder material para o exame de sangue, ou ainda, deliberar no sentido de soprar o elitômetro.

A crucial análise histórica do instituto da não autoincriminação será realizada em momento ulterior, mas, conforme já afirmado, seu nascedouro se fez frente aos excessos do Estado em seu *jus puniendi*. Desta forma, é de bom tom questionar se há, no caso da embriaguez ao volante, na dicção conferida às normas pertinentes, sobre a existência de qualquer excesso na imposição do indivíduo de ser compelido a ceder material para exame. Ocorre, em verdade, justamente o contrário, de modo que o excesso, no presente caso, labuta em favor do condutor/infrator.

Conforme já mencionado, é inegável a relação do Princípio da Não Autoincriminação com o direito ao silêncio, o qual se solidifica na seara processual no princípio da presunção de inocência cuja redação constitucional do art. 5º, LVII, *in verbis* explicita “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Curiosamente, salutar impor que foi apenas na Constituição Cidadã de 1.988 que o Princípio da Presunção de Inocência passou a constar de modo expresso no ordenamento. Anteriormente, seus ditames eram admitidos de modo implícito, gravitando sobre o Princípio do Devido Processo Legal.

Desta feita, imperioso ter em vista o fato de que o direito ao silêncio deve ser interpretado de acordo com a presunção de inocência²¹. Logo, pertinente impor que a inércia do acusado não poderá ser interpretada pelo Estado-juiz em seu desfavor, ademais, tal fato se consubstanciaria em verdadeira presunção contra o réu, o que é vedado na seara penal.

²¹ Também denominada como “presunção de não culpabilidade”, aliás, segundo Badaró, são realmente termos sinônimos, configurando-se contraproducente tentar apartar tais ideias (2003, p. 283).

Nesta senda, vale-se do posicionamento de, Cesare Beccaria, o qual, em sua célebre obra “Dos delitos e das penas”, já destacava:

Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. (BECCARIA, 1997, p. 69).

Resta patente que a presunção de inocência induz à acusação a tarefa de provar, pois, nos dizeres de Ferrajoli (2002, p. 589), “não é o imputado que deve provar ser inocente, mas a acusação que deve prová-lo culpado”.

Segue esta mesma linha Vallejo (2000, p. 38/39), que disserta:

Al operar La presunción de inocencia a favor del acusado, es claro que la carga de La prueba corresponde a La acusación. La necesidad de investigación y La obligación de esclarecimiento de los hechos (art. 269 de la ley de enjuiciamiento criminal), que es la finalidad de todo procedimiento, el carácter acusatorio del proceso penal, y, sobre todo, el derecho a La presunción de inocencia, condecorinexcusablemente a que sea el acusador quien deba probar el hecho por el que acusa a una determinada persona.²²

A questão da presunção de inocência, além de expressa redação na Lei Maior, também se encontra em outros dispositivos, como, por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 9º), a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 11.1), a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2), bem como, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º).

Não obstante tal presunção em favor do réu, bem como o ônus da prova recaindo sob o acusado, não se pode concluir que está a defesa autorizada a realizar meios com finalidade de dificultar a atividade probatória. Assim, ressalta-se o princípio do contraditório, o qual deve ser levado em consideração, para a devida

²² Tradução livre: Ao operar a presunção de inocência em favor do acusado, é claro que o ônus da prova corresponde à acusação. A necessidade de investigação e obrigação do esclarecimento dos fatos, que é a finalidade de todo o procedimento, o caráter acusatório do processo penal e, sobretudo, à presunção da inocência, conferem à acusação o dever de provar o fato pelo qual acusa determinada pessoa.

consagração da liberdade probatória, de forma mais ampla possível, em favor das partes (ALBURQUERQUE, 2008, p. 56).

Desta forma, pode-se trazer à baila a questão que envolve doutrina e jurisprudência, em especial em análise de compêndios alienígenas (que serão analisados em separado) acerca da possibilidade de, nos casos de embriaguez ao volante, impor ao condutor que for surpreendido pela autoridade policial, a ceder material para provas periciais, sob pena de enquadramento legal, ou ainda sob a presunção de que, frente à inércia, encontrava-se embriagado.

Nesta senda, valendo-se do colecionado a pouco, encontram-se de um lado a presunção de inocência e o direito ao silêncio, e de outro, o contraditório, responsável por equacionar o *onus probandi* e conferir a liberdade probatória mais ampla possível.

Em que pese o atual quadro seja pela impossibilidade de tal inversão, pelos motivos retro colecionados, bem como os que virão, no decorrer da presente monografia, labuta-se por uma mudança de pensamento, vez que não pode o doutrinador restringir-se em analisar um ou alguns princípios, mas deve fazê-lo em seu todo, considerando a complexidade do ordenamento em sua volta, sobretudo em harmonia com o Princípio da Proporcionalidade, bem como, se valer das técnicas de solução no que toca ao conflito entre princípios, analisados em capítulo anterior.

Assim, agregando as diligências acerca do Princípio da Não Autoincriminação, do direito ao silêncio e da presunção de inocência, e colocando-os na seara da embriaguez ao volante, se o indivíduo se negar a ceder material para realização do necessário exame pericial, mantendo-se, desta forma, “em silêncio²³”, tal inércia não terá o condão de levá-lo à condição de culpado. Ademais, confirma o posicionamento em análise o fato de que a presunção de inocência é calcada, por sua vez, no *in dubio pro reo*. Nesta senda, a dúvida trabalha em favor do acusado.

Logo, pelo regramento imposto ao *in dubio pro reo*, quando houver dúvida acerca de fato relevante ao decorrer do processo, essa caminhará a favor do acusado, uma vez que tal regramento impõe a certeza do julgador.

²³ A expressão “em silêncio” fora utilizada entre aspas com intuito de relembrar o leitor de que tal expressão é utilizada pela doutrina pátria de forma extensiva.

Entretanto, não se pode perder de mente o fato de que o Estado Democrático de Direito vigente é responsável por caracterizar um sistema complexo referente à persecução penal. Neste sentido, o ilustre professor Marcelo Schirmer Albuquerque (2008, p. 9) dispõe:

O Direito Penal, na ordem vigente, não deve ser visto como o grande inimigo da liberdade, mas como responsável pela missão ímpar de proteger os bens jurídicos mais importantes contra as agressões mais intensas, em que pesem as desvirtuações práticas.

Juntamente ao Direito Penal, o Processo Penal atua de modo instrumental, visando, por óbvio, tutelar direitos fundamentais. Nesta lógica, este não pode ser rondado por atos que obstam, injustificadamente, a atividade probatória, sendo que o Processo (sobretudo o Processo Penal, haja vista cuidar de bens jurídicos de maior relevância) tem que estar habilitado para se desenvolver de forma a viabilizar o juízo de certeza do magistrado, respeitando-se o Devido Processo Penal.

Não pode o cientista do Direito se olvidar do fato de que a Justiça não está apenas em absolver quem deve ser absolvido, mas, igualmente, condenar quem deva ser condenado. (COUCEIRO, 2004, p.365).

Ora, as garantias processuais não podem se caracterizar como instrumentos a serviço do réu, mas sim, de conferir diretrizes para o devido exercício da jurisdição.

5.4.1 Do Surgimento da Não Autoincriminação

Estudar a fundo a história de um instituto, compreendendo suas razões, bem como, o momento histórico o qual foi criado, é de extrema importância para evitar desvios quando de sua interpretação. Desta forma, voltando-se à questão do Princípio a Não Autoincriminação, sobretudo com a finalidade de compreender sua interpretação, volta-se às suas origens.

A história remete o pesquisador ao período da Baixa Idade Média, mais precisamente ao momento histórico considerado a “Era das Trevas” para o Processo Penal. Neste período, notadamente entre os séculos XII e XIII, a Igreja Católica, detentora de incrível poder, criava o Tribunal do Santo Ofício e o processo pelo sistema inquisitivo.

Tais criações fatalmente foram marcos de uma Era de violência, que perdurou por séculos, transpassando o Período Medieval e culminando na Idade Moderna, regida pelas monarquias absolutas.

O surto causado pelo aumento demográfico ocorrido no fim do feudalismo trouxe consigo drásticas consequências, como a questão das guerras, da fome, da maior incidência das drogas. Essas, por sua vez instalaram um clima de tensão na sociedade, sobretudo entre a embrionária burguesia e a conservadora aristocracia.

Frente ao quadro de instabilidade narrado, aqueles que detinham o poder não viram alternativa senão intensificar práticas autoritárias, mormente, as inquisitórias.

O período sucessor à época em testilha, qual seja, o Absolutismo, caracterizou-se por uma centralização política-legal, criando-se um mecanismo com finalidade quase que exclusiva de repressão das massas.

Neste novo período, a exemplo do que ocorrera em seu antecessor, optou-se por um sistema processual inquisitório, havendo, de tal sorte, a união das atividades persecutórias e de julgamento em um único órgão estatal.

Notadamente, a concentração dos atos pré e processuais em um mesmo órgão facilitavam manipulações nas provas a bel prazer de quem as conduziam.

Nesta conjuntura de completa inexistência de tutela de direitos fundamentais, passava-se a reconhecer a confissão como “rainha das provas”, sendo que, para a época, sua obtenção era válida, ainda que por meio cruel. (THUMS 2006, p. 202).

Observa-se de modo cristalino que o lapso temporal aqui narrado não conferia espaço para o silêncio do acusado, que era veementemente combatido através de práticas da autoridade no sentido de fazê-lo falar.

Conclui com brilhantismo Albuquerque (2008, p.22) afirmando:

Foi assim, portanto, durante muitos séculos: ao acusado, objeto de um processo inquisitório, não se reconheciam quaisquer garantias em face do poder instituído, que lhe acusava e, violando sua integridade física, psíquica e moral, produzia as provas em seu desfavor para, ao final, sentenciar-lhe a uma pena que muitas vezes sequer comparava-se aos tratamentos degradantes já experimentados.

No século XVI, fatos como os avanços científicos, a aversão às práticas autoritárias, e o rompimento com laços unicamente religiosos formaram as pedras de toque dos filósofos humanistas que, finalmente, tiveram força suficiente para aniquilar o sistema inquisitório.

O iluminismo burguês, no decorrer dos séculos XVII e XVIII, sentiu-se confortável em unir-se a tais ideais, sustentando assim o humanismo e o racionalismo, diametralmente opostos ao panorama pretérito.

Contraopondo-se ao Estado Absolutista de outrora, os filósofos da época analisam o Estado como ente de poder limitado, reconhecendo os direitos naturais, atinentes ao homem e acima de todo e qualquer arcabouço legal.

Graças à figura de Leviatã, os pensadores da época delimitavam os primeiros traços processuais que envolviam a proteção da dignidade humana e dos direitos naturais, até então, ignorados pelos detentores do poder.

Frente ao novo quadro instaurado e a evolução das garantias ao indivíduo, Thomas Hobbes, em 1.942, trás ainda que de forma embrionária, o Princípio a Não Autoincriminação:

Da mesma forma, ninguém está obrigado, por pacto algum, a acusar a si mesmo, ou a qualquer outro, cuja eventual condenação vá tornar-lhe a vida amarga. Por isso, um pai não está obrigado a depor contra o filho, nem um marido contra a mulher, nem homem algum contra quem lhe proporciona sustento; pois é vão todo aquele testemunho que se supõe ser contra a natureza. (HOBBS, 2002, p. 50).

O mesmo autor, após passados nove anos, em *O Leviatã*, traz à baila novamente o Princípio a Não Autoincriminação:

Se alguém for interrogado pelo soberano ou por sua autoridade, relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado a confessá-lo, porque nenhum homem, conforme mostrei no mesmo capítulo, pode ser obrigado por um acordo a acusar-se a si próprio. (HOBBS, 2005, p.129).

Pelo contexto histórico que cercou o nascimento do Princípio a Não-Autoincriminação, analisa-se que, diferentemente do que prega a doutrina majoritária, referido instrumento nasceu devido à necessidade de se superar os abusos que assolaram a sociedade séculos a fio.

É justamente o que acertadamente assevera Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 207):

Na perspectiva de sua origem, pode-se concluir que o nascimento do *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder.

Buscavam os filósofos humanistas, com o Princípio a Não-Autoincriminação, tutelar a integridade física e mental dos acusados, não lhes conferir um atributo de defesa processual, tampouco uma possível estratégia utilizada em sua tese.

Desta forma, analisando a evolução histórica do princípio em voga, percebe-se que esta confere subsídio à ideia de que, uma vez compelido o cidadão a fornecer material para a necessária quantificação da prova etílica, esse fica subordinado a tal imposição, frente à situação em tela, claramente, não se harmonizar com seus fundamentos institucionais.

5.4.2 O Princípio da Não Autoincriminação no Direito Comparado

De grande valia é o estudo realizado através do Direito Comparado de modo a expandir posicionamento sobre determinada matéria, bem como adquirir novos mecanismos de pensamento.

Neste sentido, faz-se necessária uma visita a legislações diversas da brasileira. Cabe salientar, legislações de países com tradição em sede de direitos humanos e cristalina evolução dos institutos tanto de Direito Penal, quanto de Processo Penal.

Analisa-se, de tal forma, que o princípio *nemotenetur se detegere*, na imensa maioria das vezes, nas legislações a serem analisadas, irão além do direito ao silêncio em interrogatório ou recusa a depor, privando-se, desta feita, de emitir declarações verbais.

Em que pese a legislação francesa não tenha talhado o princípio em voga com viés constitucional, há leis que impõem que, para certas infrações, dentre elas, para a embriaguez ao volante, é necessária análise de amostra sanguínea. Ademais, a recusa do condutor culmina em delito punível com detenção de até dois anos. (QUEIJO, 2003, p. 281).

Na Bélgica, em casos de flagrância, pode o Juiz da Instrução determinar intervenções corporais no acusado.

Portugal, por sua vez, vai além. Em seu corpo legislativo é admitido o direito ao silêncio – art. 343, 1 CPP português –, bem como, confere-se ao infrator possibilidade de não realizar exames corporais, entretanto, o próprio artigo 172, do mesmo *Codex* estabelece que tal ato será devidamente analisado pela autoridade competente, de modo que se esta entender como necessária a realização de determinada prova, essa será feita.

Interessante destacar a legislação dinamarquesa. Nesta, o indivíduo sempre poderá ser constrangido a intervenções corporais, desde que haja, *in casu*, fundada suspeita de delito, desde que esse seja apenado com prisão de, no mínimo, 18 meses. Semelhantemente, na Noruega, desde 1.986, a intervenção será

permitida se fundada a suspeita, bem como, o crime seja punível com pena privativa de liberdade.

5.5 Do Princípio da Proporcionalidade

Com a finalidade de subsidiar de modo bastante satisfatório a questão que envolve a possibilidade de se compelir o indivíduo a ceder material para averiguação do delito tatuado no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, imprescindível se analisar o Princípio da Proporcionalidade e suas consequências.

5.5.1 Linhas gerais

Dentre as normas de maior grau de importância existentes no ordenamento jurídico, o Princípio da Proporcionalidade ganha exponencialmente destaque na jurisprudência e doutrina; atualmente, configura-se como um dos maiores instrumentos – talvez o mais importante – na tutela da coletividade. Ademais, o princípio em testilha mostra-se uma constância nas Constituições dos Estados Democráticos de Direitos.

Ab initio, convém destacar o magistério de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 173):

A palavra proporcionalidade está ligada ao “caráter do que é proporcional”, e proporcional, significa o que “está em proporção”. Proporção denota a ideia de “conveniência, harmonia, simetria, disposição regular, conjunto harmônico”. O termo “proporcionalidade”, portanto, faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta.

A história remonta o surgimento do princípio em estudo no século XVIII, como forma de limitação ao poder do Estado, notadamente nas searas

administrativa e penal, tutelando pela liberdade individual. Guiando-se pelos ideais iluministas, a proporcionalidade rogava pela plena harmonia entre os delitos e suas penas correlatas.

No século XIX, o princípio viu-se adstrito também aos atos do Poder Executivo, corroborando assim sua ideia de harmonização com o Direito Administrativo. Somente no século XX, na Alemanha, que o aludido princípio ganha status de princípio constitucional, a fim de controlar o poder de polícia exalado da Administração Pública.

Desta feita, passou-se a ponderar que, em muitos casos, a aplicação de uma lei que seja válida e adequada poderia culminar em uma situação diversa daquelas impostas pelo Estado Democrático de Direito. Fora notado, assim, que a norma, pelo seu caráter abstrato e genérico, quando inserida em determinada situação fática concreta, poderia atingir finalidades diversas, não pensadas pelo legislador do país em questão. Logo, viu-se a necessidade de que tal norma tinha de se harmonizar com o resto do campo normativo-dogmático para, somente desta forma, atingir suas reais finalidades.

Assim, impregnou-se dentre os estudiosos do Direito o fato de que as limitações impostas ao ser humano, notadamente sua liberdade individual, deviam ser na exata proporção do ato ilegal subjacente. Nesta baila, o referido poder de polícia, quando de sua atividade de punição, deveria se pautar em atos legítimos, através somente de medidas necessárias que teriam, logicamente, o condão de conservar os direitos dos próprios infratores.

A partir de então, no decorrer dos anos, o estudo do Princípio da Proporcionalidade passou a ser realizado não somente frente às searas outrora vistas, integrou-se, desta forma, aos direitos de personalidade do homem. Atualmente, a questão da proporcionalidade se aplica também para os casos de limitação dos direitos fundamentais frente a situações em que denotem claramente um interesse coletivo superior. Nesta linha, o princípio que uma vez fora dirigido tão somente aos emanados do Poder Executivo, passa a lastrear igualmente os demais poderes.

Impera ressaltar o fato de que a colisão entre direitos fundamentais pode se dar em diversas formas. Neste jaez, pode existir conflito entre direitos

fundamentais idênticos, bem como, entre direitos fundamentais distintos, ademais, podem ocorrer conflitos entre direitos individuais – os quais a doutrina confere a nomenclatura de conflito horizontal; bem como, pode ocorrer conflitos onde há de um lado direito individual e, de outro, coletivo – os quais a doutrina denomina de conflito vertical.

Nota-se que, em ambos os casos faz-se necessária a intervenção estatal, seja na tutela do indivíduo em face de terceiro (em sede de conflito horizontal), seja na tutela do indivíduo em face de atos emanados do próprio poder público.

Nesse aspecto, diligencia com clareza Wilson Antônio Stenmetz (2001, p. 139):

[...] podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser direito fundamental individual *versus* direito fundamental individual ou direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental (bem constitucionalmente protegido). Em outras palavras, o conflito poderá se manifestar como colisão horizontal (indivíduo *versus* indivíduo; exemplo: liberdade de comunicação *versus* direitos gerais de personalidade) ou colisão vertical (indivíduo/particular *versus* Estado/comunidade; por exemplo: liberdade de comunicação *versus* segurança pública). Na hipótese de colisão horizontal, o Estado intervém em razão do dever de proteção em relação ao particular frente a ameaça de terceiro. O particular tem frente ao Estado direitos de proteção.

Após breves relatos históricos, calha impor o fato de que não há na doutrina e jurisprudência uniformidade de nomenclatura para designar o princípio analisado.

À guisa de exemplo, Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 43) aduz que a doutrina alemã emprega sem qualquer distinção “proporcionalidade” e “proibição de excesso”, a fim de mencionar o conjunto de subprincípios que envolvem o princípio em testilha:

No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

Já o sistema americano, no qual a prática de confecção jurisprudencial se mostra nitidamente mais aflorada, pela própria influência da *commowlaw* e do jusnaturalismo, encontra no Direito um instrumento perspicaz em favor da limitação dos atos do legislador, bem como, do administrador. Para essa atividade, utilizam-se o termo “razoabilidade” dos atos governamentais (BARROS, 2000, p. 60).

Desta forma, ressalta-se que o *nomem iuris* conferido ao instituto em voga ocupa posição coadjuvante. Impera sim que sua aplicação ocorra em perfeita harmonia com seu conteúdo.

Resta patente, pelo presente colecionado, que o princípio em questão busca a relação perfeita entre a medida utilizada e o fim conquistado; em outras palavras, que a vantagem obtida no caso concreto supere eventuais prejuízos inerentes à limitação de outros interesses.

Nesta senda, o princípio em voga busca a existência de uma relação de meio e fim, sendo esse a finalidade perquirida através da limitação, e aquele a decisão normativa per si. De tal sorte, aludida relação necessita conter racionalidade e proporcionalidade, ou seja, precisa ser adequada, necessária e racional (que são, conforme se analisará, os subprincípios da Proporcionalidade).

Nítido, assim, a presença do ideal de justiça no cerne do princípio da proporcionalidade. Canotilho (2003, p. 263), aliás, descreve acerca da “medida justa”:

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins.

Neste íterim, já está sedimentada a ideia de que os princípios podem – e na maioria das vezes irão – colidir; de fato, eles coexistem; de tal sorte, os direitos fundamentais (na maioria das vezes traduzidos por princípios) também podem encontrar-se em conflitos, haja vista não possuírem caráter absolutos.

Assim, quando um indivíduo, através do exercício de um direito fundamental, de algum modo acaba por afetar outrem, far-se-á necessária a ponderação dos valores em questão, a qual se materializará à luz, por óbvio, do princípio da proporcionalidade. Em sede desta ponderação, caberá ao magistrado conferir ao caso a solução mais justa para o conflito instaurado, determinado qual, ou quais direitos se sobressairão em face de outros.

De clareza meridiana o fato de que, por se tratar de conflito entre direitos fundamentais, ambos situar-se-ão na mesma hierarquia normativa, situação *conditio sine qua non* para se laborar com o princípio da proporcionalidade.

Por óbvio, tal ponderação de bens jurídicos conflitantes, exige do julgadora árdua tarefa de compreender, frente às condições jurídicas e fáticas do caso, qual direito fundamental possui maior valor. Assim, de grande valia o Princípio da Proporcionalidade, por meio do qual terá condições de afirmar se os motivos que levaram à restrição de determinado direito fundamental, em face de imposições antagônicas são ou não são adequados.

Paulo Bonavides (2001, p.236), destaca tal função pertinente ao Princípio da Proporcionalidade:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre o antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado; As cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Nota-se a função interpretativa do princípio da proporcionalidade, possuindo local de destaque no que toca a ponderação de valores. Nesta medida, contribui claramente com o intérprete, na busca da solução mais justa, frente ao caso telado.

Logo, em sede da aludida ponderação dos valores impressos, notadamente entre o interesse sacrificado em face do interesse coletivo, deve-se considerar os traços da Lei Maior, para que, assim, o ganho com a tutela do interesse público supere o prejuízo decorrente da conseqüente limitação.

Elucida de modo deveras satisfativo, a função do Princípio da Proporcionalidade, o expoente Nelson Nery Júnior (1999, p. 148):

[...] na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.

Não obstante, impera ressaltar o real significado do termo “interesse coletivo”, haja vista que sua aplicação incorreta poderá, sem laivo de dúvidas, acarretar em verdadeira injustiça traduzida pelo desrespeito aos direitos fundamentais. Neste jaez, observa-se o interesse coletivo calcado nos direitos fundamentais expressos no artigo 1º da Lei Maior, por consequência, a inexistência de relação do fato com tais princípios não conferirá subsídios para a se mencionar o interesse público.

De outra banda, tal poder conferido ao magistrado consistente na limitação de direitos fundamentais resguarda-se não somente aos casos expressamente previstos na lei, mais, às situações em que tal restrição se mostra imprescindível para a tutela de outros bens, notadamente os que guardem relação ao interesse coletivo, que gozam, por óbvio, de mesma proteção legal.

Na esteira deste entendimento, cabe trazer os dizeres de Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 53/54), o qual aduz que:

O exercício do poder é limitado, só sendo justificadas restrições a direitos individuais, em face da Constituição, por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido.

De tal sorte, percebem-se duas vertentes do princípio em testilha dentro do ordenamento jurídico: uma positiva e outra negativa. Enquanto a primeira impõe resguardo pelos interesses constitucionais expressos, a segunda garante uma proteção ao indivíduo contra decisões arbitrárias.

Em harmonia com o colecionado até o presente momento acerca do Princípio da Proporcionalidade, notadamente seus vieses, novamente cabe os dizeres de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 223):

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquele que veicula a garantia do *substantive dueprocessoflaw* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação de excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais . [...] Com base no princípio da unidade da Constituição, segundo o qual normas constitucionais não devem ser interpretadas em contradição umas com as outras, e com fulcro na regra de que os direitos fundamentais estão no mesmo plano, inexistindo graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais, chega-se a necessidade de projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais.

Assim, o princípio da proporcionalidade é de extrema valia no atual quadro instaurado pela nova redação do Código de Trânsito Brasileiro conferida pela Lei Seca. Nesta senda, o fato de o indivíduo ser compelido a fornecer o material necessário para se ter condições de se aferir embriaguez é meio de prova ilícita. Imperioso analisar se é possível se restringir tal direito fundamental, frente a outros, notadamente de interesse coletivo, principalmente frente à inocuidade legal imposta por uma lei mal feita.

5.5.2 Da presença do Princípio da Proporcionalidade na seara constitucional

Seguindo a linha do que ocorre em constituições de outros Estados Democráticos de Direito, o Princípio da Proporcionalidade não é previsto na Lei Maior de 1.988 de modo expresse. Todavia, inegável sua existência, ainda que tácita, conferindo as bases desta forma de Estado. Destarte, o princípio em voga flutua pelo ordenamento, auxiliando na interpretação das regras existentes, sejam de cunho constitucional, sejam de cunho infraconstitucional.

Nesta senda, o princípio em testilha confere supedâneos a diversos princípios constitucionais tatuados no ordenamento. De partida, nota-se sua inserção dentro do aspecto material do Princípio do Devido Processo Legal, haja vista se delinear como obstáculo aos atos cunhados de arbitrariedade e irrazoabilidade.

Acerca da estreita relação supracolecionada, observa brilhantemente o Ministro do Pretório Excelso, Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 17):

A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, inc. LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade – dever ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do poder público (*procedural dueprocessoflaw*), mas, sobretudo, em sua dimensão material (*substantive due processo oflaw*), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantive *dueprocessoflaw* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destruída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Não obstante a relação supracolecionada, impera ressaltar a ligação do princípio da proporcionalidade com o da reserva legal. Ora, o Estado deve limitar sua atuação com relação àquilo que estiver tatuado na lei, em relação de dependência. Logo, referida lei utilizada como parâmetro para manuseio do Estado necessita ser analisada frente ao Princípio da Proporcionalidade.

Ademais, conforme fora analisado preambularmente, a nova visão do princípio da proporcionalidade confere possibilidade de sua aplicação frente a qualquer ato do poder público que seja desproporcional ao objetivo outrora pretendido; nota-se, desta forma, a existência também de complementariedade em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Conforme visto, o interesse público capaz de ensejar a aplicação do princípio da proporcionalidade encontra-se colecionado no art. 1º, da *Lex Mater*, dentre os quais, destacam-se dois princípios de grande valia para o Estado Democrático de Direito, quais sejam, o princípio da cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

Na esteira deste entendimento, cabível colecionar a doutrina de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 196):

[...] o fundamento do princípio da proporcionalidade encontra-se centrado no Estado de Direito regado pelo princípio da constitucionalidade, pela supremacia da Constituição, o qual além de tutelar a liberdade dos cidadãos, assume o compromisso de corresponder à realidade social mediante a concretização de objetivos plasmados no Texto Fundamental

Guarda também, por óbvio, relação ao princípio da isonomia, o qual traduz a ideia de igualdade proporcional. Neste jaez, utiliza-se o princípio da proporcionalidade a fim de reequilibrar relações que se apresentam em desigualdade expressa; desigualdade tal que tem o sério condão de prejudicar a real distribuição de justiça.

Tais exemplos deixam claro, de modo satisfatório, o fato de que, embora não haja previsão expressa do princípio da proporcionalidade na Lei Maior, seus objetivos gravitam perante toda a órbita jurídica. Nesta linha, aliás, diligencia o sempre lembrado Paulo Bonavides (2001, p. 365), o qual dispõe que “a proporcionalidade existe como norma esparsa no texto constitucional, e não como norma geral do direito escrito”.

5.5.3 Subprincípios que integram a Proporcionalidade

Pelo colecionado até o presente momento, resta claro que o princípio da proporcionalidade, em sede de mitigação de direitos fundamentais frente ao caso concreto consubstancia-se numa relação de meio e fim. Nesta linha, busca-se delimitar frente ao caso concreto a medida mais adequada, necessária e proporcional para se suprimir direitos fundamentais em face de outros.

Todavia, um princípio tão grandioso, de tamanho status não somente perante ao ordenamento, como também, em diversos outros, possui subprincípios que o circundam e conferem-lhe peso. Desta forma, tais subprincípios são: princípio da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*); princípio da necessidade

(*Grundsatz der Erforderlichkeit*) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engerem Sinne*).

Tais subprincípios, por seu turno, são analisados, sobretudo na doutrina de Renato Brasileiro de Lima como requisitos intrínsecos. Ao lado destes, há os requisitos extrínsecos, quais sejam, a judicialidade e a motivação (2012, p. 86/87).

Em rápida análise, judicialidade nada mais é do que a exigência óbvia de que toda decisão que diligencie no tocante à limitação dos direitos fundamentais ocorra por um órgão competente. Motivação, por sua vez, compreende-se no fato de que, toda decisão que diligenciar acerca da limitação de qualquer direito fundamental, necessitará ser motivada, sendo que caberá ao magistrado trazer expressamente as razões que o levaram a tal decisão. Tal fato, notadamente, abre a oportunidade para que o cidadão alvo da supressão do direito fundamental possa impugnar eventual ato que entenda ter condão ilegal ou inconstitucional.

Antes de seguir e realizar análise dos elementos intrínsecos do princípio da proporcionalidade é cabível colecionar o magistério de Willis Santiago Guerra Filho (1989, p. 75), o qual dispõe:

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens

Com tal pensamento em mente, parte-se para a análise dos elementos intrínsecos do princípio da proporcionalidade.

5.5.3.1 Subprincípio da Adequação

Impera ressaltar, *ab initio*, que o subprincípio em testilha também é mencionado na doutrina e jurisprudência como princípio da idoneidade, da conformidade, da validade ou da pertinência.

Nesta baila, adequada é a medida que tem o nítido condão de acarretar o fim proposto. Noutras palavras, pelo subprincípio da adequação, o meio utilizado no conflito de direitos fundamentais deve, necessariamente, atingir o fim pretendido, ou seja, relatar no caso in concreto qual será o direito fundamental que irá prevalecer.

Na doutrina de Canotilho (2003, p. 262) é estabelecido que:

[...] o princípio da conformidade ou da adequação impõe que a medida adotada para realização do interesse público seja apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.

Nesta linha, ainda, observa-se o magistério de Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 148), o qual aduz:

O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam o meio e o fim e que, empiricamente, identifiquem-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental.

Pelo colecionado, resta claro a relação de causalidade impressa no princípio da adequação, pois, conforme analisado, é necessário analisar se a medida a ser utilizada na mitigação de um direito fundamental possui tal finalidade. Em consequência deste posicionamento, não serão admitidas qualquer formas de lesão a um direito fundamental, se esta medida não se mostrar idônea à consecução do preterido resultado. Desta forma, ressalta-se também o fato de que é conferido ao legislador infraconstitucional legitimidade para condicionar liberdades individuais, para se atingir fins legítimos.

Aliás, tal afirmação no sentido da legitimação conferida ao legislador infraconstitucional é de extrema valia para o deslinde da problemática principal do presente trabalho. Conforme fora analisado, o art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro impõe ao condutor envolvido em acidente ou alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de se encontrar alcoolizado, que realize testes de alcoolemia, ou ainda exames clínicos a fim de se aferir eventual concentração etílica em seu sangue.

Resta claro que tal medida acaba por restringir um direito fundamental do condutor, qual seja, o de não produzir provas contra si. Todavia, ressalta-se que tal medida é a ele imposta para se atingir um fim adequado, legítimo, qual seja, a tutela da coletividade, frente, sobretudo, aos elevados números de acidentes em vias que assolam o país.

5.5.3.2 Subprincípio da Necessidade

À luz do princípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade, da intervenção mínima, da alternativa menos gravosa, de menor ingerência possível, ou da proibição do excesso, dentre as medidas idôneas pensadas a fim de mitigação de direitos fundamentais, será utilizada aquela que causar menos prejuízo à parte.

Desta forma, o exercício a ser realizado pelo magistrado será, *a priori*, distinguir as medidas idôneas para atingir o fim preterido daquelas inidôneas, para, ato contínuo escolher dentre as medidas idôneas, qual aquela que tem o condão de causar menor prejuízo à parte. Nesta linha, resta patente a otimização a ser produzido pelo segundo viés do princípio da proporcionalidade, no sentido de tutelar sempre pelas medidas que causem menos transtornos à parte.

A doutrina de Renato Brasileiro (2012, p. 88) corrobora com o disposto:

[...] tende à otimização da eficácia dos direitos fundamentais porque obriga a refutar as medidas que possam ser substituídas por outras menos gravosas, com o que se diminui a lesividade e a intromissão na esfera dos direitos e liberdades do indivíduo.

Resta patente, de tal forma, ser direito do indivíduo que o Estado, através do juiz, aponte dentre as soluções idôneas, qual aquela que lhe cause menor nível de constrangimento. Neste aspecto, cabível colecionar o posicionamento de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 190):

Com base nesse subprincípio em tela, o cidadão tem direito à menor desvantagem possível para a obtenção de determinado fim. Portanto, o meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou melhor, mais suave para os cidadão. A medida, para ser admissível, deve ser estritamente necessária ao alcance do interesse público visado, ou não deve exceder os limites indispensáveis ao fim que almeja.

Logo, a medida a qual se destina a restringir direitos fundamentais deve, simultaneamente, ser restrita ao necessário para o fim pretendido e, em havendo sua pluralidade, ser utilizada aquela que traduz menor desvantagem. Desta feita, impera transcrever os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 15), o qual estabelece que “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

Voltando-se à questão da embriaguez, sobretudo na dicção da Lei Seca, questiona-se: é adequado compelir o indivíduo a ceder material para exame de sangue, ou testes de alcoolemia?

Ora, frente ao fato de que, conforme novo posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, faz-se impreterível para se tipificar a conduta talhada no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro o *quantum* etílico, conclui-se ser perfeitamente adequado.

No viés da necessidade, conforme lição da ilustre Sylvia Figueiredo supracolecionada, resta patente que a medida alcança logicamente o interesse público, que se consubstancia na busca por uma tutela mais efetiva da coletividade.

5.5.3.3 Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito.

Por fim, o terceiro subprincípio da proporcionalidade tutela pela ideia de “medida justa”, pois, embora se realize os devidos juízos de adequação e necessidade, é necessário se analisar se tal restrição a um direito fundamental compartilha o ideal de justiça.

De tal sorte, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, também denominado com proporcionalidade material, impõe a perfeita harmonia entre a

relação entre o meio e o fim, conferindo contornos à ideia de justiça. Logo, pretende-se com o princípio em testilha sopesar, no caso concreto, se a vantagem (ou as vantagens) atingida com a supressão de determinado direito fundamental foi de fato maior do que a desvantagem decorrente desta supressão.

Busca-se, assim, no tocante à restrição de direitos fundamentais uma ideia de proporcionalidade entre a medida realizada e o fim atingido, mesmo porque, nos dizeres de Canotilho (1989, p. 488):

[...] uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos.

Logo, em caso de a medida se mostrar desproporcional, mesmo adequada e necessária, não se amoldará nos ditames do princípio da proporcionalidade, vez que restará rechaçada de inconstitucionalidade.

Ademais, pode-se notar a proximidade do instituto da proporcionalidade em sentido estrito com a ponderação de valores, de Robert Alexy. Neste sentido, aliás, ponderou Raquel DenizeStumm (1995, p. 80), ao afirmar: “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se confunde com a pragmática da ponderação ou lei de ponderação, na medida em que constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre os meios”.

Corroborando com o lecionado até o presente momento, igualmente, Daniel Sarmiento (2002, p. 89), o qual compara o princípio em testilha a uma balança: “Em um lado da balança devem ser posto os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”.

Assim, roga-se pela reflexão do leitor: ao colocar em uma balança, de um lado o direito a não autoincriminação e de outro lado a busca por uma tutela efetiva da coletividade, temperada, logicamente com outros princípios constitucionais, como o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa, qual lado se mostrará mais “pesado”, ou seja, mais robusto?

É nítido, frente ao presente trabalho, que a coletividade deve necessariamente imperar frente o individual, de modo que a obrigatoriedade da realização da prova ética ou da doação de material para exame de sangue devolve a igualdade substancial entre as partes, a qual atualmente, pela dicção da Lei Seca, bem como pela interpretação do princípio da não-autoincriminação conferida pelos legisladores pátrios, encontra-se prejudicada, sendo o condutor – individual – ocupante do papel de destaque no conflito travado entre infrator versus Estado/coletividade.

5.6 A dupla face da Proporcionalidade: A Proibição da Infraproteção

Conforme já analisado, o Princípio da Proporcionalidade tem o escopo de auxiliar a sociedade, protegendo-a contra os excessos que marcaram por anos a fio a figura do Estado. Nesta linha, cabe ao Estado agir pautando-se nos vieses da proporcionalidade, corroborando, assim, com a tese de que a atuação do Estado é limitada.

É nítido, porém, que a ideia central do princípio da proporcionalidade perfaz a proibição de uma proteção além do necessário, ou seja, a proibição da proteção em excesso (proporcionalidade em sentido amplo). Logo, é extraído o entendimento de que cabe ao Estado-juiz atuar respeitando certos limites impostos, buscando, por conseguinte, a imposição de uma solução através de uma medida justa.

Percebe-se, de tal sorte, que o princípio da proporcionalidade, ocupou-se dos casos em que o Estado acabava exacerbando seu direito de punir, atuando em total desrespeito à proporcionalidade (e a seus consectários da adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*). Tal fato, porém, pode ser explicado se analisado o momento histórico que lhe deu início, sobretudo dentro do período Iluminista, do século XVIII.

Assim, nesta época, preocupavam-se os estudiosos da Ciência Jurídica com os excessos de um Estado autoritário, entretanto, sequer imaginavam que a falta da devida proteção causava danos de mesma magnitude.

Nesta senda, começou a doutrina a diligenciar acerca do viés do protecionismo aquém, ou seja, a menos do necessário. Iniciaram os pensamentos acerca dos malefícios que eventual proteção deficiente (infraproteção) poderia gerar no caso concreto. É cediço que o dever precípua das normas, sobretudo das penais, é, concomitantemente, impedir que o indivíduo cometa o delito e, uma vez cometendo, seja punido – de forma proporcional – e que tal punição tenha o efetivo condão de conferir responsabilidades ao infrator; e também, proteger a sociedade.

Destarte, analisa-se que o princípio da proporcionalidade tal qual fora imaginado *ab initio* era capaz de limitar a atuação estatal que se mostrava arbitrária, inadequada e desproporcional. Assim, em que pese à possibilidade de atuar no que toca à limitação do poder estatal, não se mostrava competente para “neutralizar” tal atuação, ou seja, não trazia em seu âmago elementos que conferissem a possibilidade de potencializar sua atuação.

Viram os estudiosos que tal solução era latente dentro do próprio princípio da proporcionalidade, ora, logicamente, se é da proporcionalidade que deriva a proibição da proteção em excesso, é dela também que deriva a proibição da proteção deficiente. Desta forma, tatuam-se dois gêneros garantistas ligados à proporcionalidade, o negativo (proibição da proteção em excesso) e o positivo (proibição da proteção deficiente).

Na esteira do colecionado até o presente momento, impera transcrever os ensinamento de Lenio Luiz Streck (2007, p. 96):

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

[...]

Dito de outro modo, como muito bem assinala Roxin, comentando as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social de Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmedurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Implica, neste trilhar, que o mesmo princípio da proporcionalidade que confere limitação ao poder estatal, tutelando pelos direitos fundamentais individuais, não pode perder de vista a efetiva tutela da coletividade. Desta forma, roga-se pela harmonia entre tais ideais que verdadeiramente se integram, como as duas faces de uma moeda que nunca poderá se ver sozinho.

Assim, resta patente que as ideias da proibição da proteção em excesso ou da proteção deficiente, que aparentemente imprimem situações diametralmente opostas, mostram-se umbilicalmente unidas. Ora, ao vedar o excesso e a deficiência, está, em verdade, labutando-se em favor de uma proteção justa, condizente com os demais princípios atinentes ao Estado Democrático de Direito, bem como, às normas tatuadas no ordenamento jurídico pátrio.

Neste horizonte, imprescindível socorrer-se dos ensinamentos de Maria Luiza SchaferStreck (2007, p. 102):

Portanto, o Estado Democrático de Direito, não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas também, uma defesa contra qualquer poder social de fato. Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de “ir longe demais” (*Übermassverbot*), em contraponto com a proibição de “fazer muito pouco” (*Untermassverbot*), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes.

Resta claro, da análise realizada, que o princípio da proteção deficiente tutela a coletividade em face daquelas situações em que o Estado não cumpre com o seu dever de proteção. Não se pode perder de vista o fato de que, quando do início da vida em sociedade, a coletividade cedeu parcela de sua liberdade ao Estado que, por sua vez, comprometia-se a conferir devida proteção.

Aliás, acerca da criação do Estado, impera trazer breves ensinamentos de Norberto Bobbio (1987, p. 73):

O Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos falimentares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa). [...] O nascimento do Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde “civil” está ao mesmo tempo para “cidadão” e “civilizado”.

À guisa de complementação do entendimento supra, Martin Carnoy (1994, p. 91) diligencia:

O enfoque naturalista considerava a sociedade civil como o reino da ordem sobre um estado de natureza, no qual os homens encontravam-se em algumas sociedades pré-estatais. A sociedade civil significava uma organização dos indivíduos, além da família, produção, etc., em uma atividade coletiva governada pelas leis. Os homens ingressavam voluntariamente nessa entidade coletiva, abrindo mão da liberdade a fim de proteger sua liberdade. Assim, a sociedade civil era o estado de natureza organizado e governado pela vontade coletiva, pelo Estado. E, segundo algumas interpretações, a própria sociedade civil poderia até mesmo ser considerada como o próprio Estado.

Pode-se afirmar que a partir da comunhão dos princípios da vedação da proteção deficiente, bem como, da vedação da proteção em excesso, sobretudo na seara penal, atinge-se o ápice do esperado por um Estado Democrático de Direito. Ora, tal nova formatação do princípio da proporcionalidade labuta em favor do direito à segurança, garantia expressa na Lei Maior e, em via oblíqua (vedando os excessos), garante a liberdade do indivíduo.

Conforme já dissertado no presente trabalho, o Direito Penal não pode ser analisado como inimigo da sociedade, mas sim um servo fiel. Nesta senda, cabe a ele não somente inocentar o inocente, como também, culpar o infrator.

Na esteira deste entendimento, cabível colecionar o posicionamento de Antonio Scarance Fernandes (2008, p. 10) no tocante ao papel dos direitos fundamentais dentro da ótica penal.

São dois os direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no *caput* do art. 5º, CF. Como decorrência deles, os indivíduos tem direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes provenham segurança e lhes garantam liberdade. Dessa ótica, o procedimento a ser instituído, para ser obtido um resultado justo, deve proporcionar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos indivíduos

Após sedimentados os liames da princípio da vedação da proteção deficiente, derivativo do princípio da proporcionalidade, imperioso questioná-lo frente à problemática da embriaguez ao volante, principalmente após o advento da Lei Seca, em meados de 2.008.

Conforme sabido, com a Lei 11.705/08, é imperiosa a coleção da quantidade de concentração etílica do condutor como forma de, assim, cristalizar a materialidade do delito de embriaguez ao volante.

Neste trilhar, já fora debatido no presente trabalho acerca dos princípios informadores do Direito os quais, à luz da interpretação conferida pela legislação pátria, resultam pela impossibilidade de se compelir o infrator a realizar tais exames, sob pena de ferir o direito ao silêncio, no viés da proteção da autoincriminação.

De outra banda, labutando-se pela possibilidade de tal indução, o princípio da proporcionalidade, sobretudo no que impõe a vedação da proteção deficiente, parece importar pela real possibilidade de tal confecção, embora tal posicionamento seja repudiado pela doutrina.

Ora, a análise do princípio em testilha confere o dever/poder do Estado de, ao mesmo tempo em que assegura as liberdades individuais, tutela pelo corpo coletivo. Salienta-se que a inércia estatal, a curto prazo pode fazer surgir na própria coletividade a busca pela concretização de justiça pelas próprias mãos, o que deve ser, sem laivo de dúvidas, repudiado em regra.

Já restou solidificado, nesta altura, que a Lei Seca, tatuada no ordenamento jurídico pátrio, tal qual está redigida, apresenta-se recheada de impropriedades, cujo exemplo maior é a exigência da prova material do delito de embriaguez ao volante.

Felizmente, percebe-se que o ordenamento jurídico vai muito além do conjunto de regras positivadas, nesta lógica, os princípios ganham não somente relevantíssimo destaque, como também o papel de protagonistas, atuando em favor do que fora imaginado quando da criação da Lei Maior, em 1.988, bem como, podendo ser claramente utilizados a fim de preencher os equívocos do legislador ordinário, uma vez que foram pensados à luz do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Desta feita, em que pese exista o princípio no qual imponha ao condutor/infrator (ou em potencial para tanto), em verdadeira condição de desigualdade (o que levaria a pensar até mesmo na quebra do princípio da isonomia); o princípio da proporcionalidade, sobretudo na vertente que impõe o repúdio à proteção deficiente, acaba por conferir legitimidade a obrigação do indivíduo de ceder o material para, assim, averiguar-se eventual crime de embriaguez ao volante.

5.7 A “Regra” da Proporcionalidade

Propositadamente, até o presente momento, todas as vezes em que fora mencionada a “proporcionalidade”, esta fora acompanhada do termo “princípio”. De fato, é esta a face adotada por doutrina e jurisprudência, no mais das vezes, refere-se ao “princípio da proporcionalidade”. Ocorre que, mesmo frente a tal denominação, há certo conflito doutrinário no que toca a proporcionalidade ser uma regra, um princípio ou um postulado normativo aplicativo.

Entende-se extremamente viável tecer, ainda que em breves comentários, considerações acerca do conflito existente, a fim de conferir mais cientificidade ao estudo da proporcionalidade, vez que tal instituto se mostra, à luz do direito contemporâneo, uma possível saída para a questão da possibilidade de o condutor ser compelido a produzir a prova necessária para a embriaguez.

Por uma questão de ordem, inicia-se dirigindo a análise ao postulado, vez que este não recebera maior atenção quando se analisou as diferenças entre regras e princípios.

Dentre os doutrinadores que labutam em favor dos postulados normativos aplicativos, destaca-se Humberto Ávila. Para o autor, a proporcionalidade, em verdade, se mostra como tal, pois ela acaba conferindo estruturação para a aplicação de outras normas, encontra-se, assim, num plano imediatamente superior às normais (regras e princípios), daí sua outra denominação: “metanorma”.

Assim, assevera Ávila (2006, p. 145-146):

A compreensão concreta do Direito pressupõe também a implementação de algumas condições. Essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes.

[...]

A partir de agora não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar no terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras.

Em sentido diametralmente oposto, Virgílio Afonso da Silva critica com certa veemência os ensinamentos de Humberto Ávila, para Afonso da Silva, não há razões para se denominar a proporcionalidade como um postulado normativo. Neste diapasão:

Embora a proporcionalidade não seja, de fato, uma regra de conduta, mas uma regra acerca da aplicação de outras regras, não me parece que recorrer a uma ideia como “postulado normativo aplicativo” tenha alguma razão de ser.

[...]

No presente trabalho, contudo, por achar que a denominação “postulador normativo aplicativo” não contribui para um incremento de clareza conceitual, dou preferência a chamar de regra da proporcionalidade de “regra”, também tendo em mente de que se trata de uma regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, uma meta-regra. (VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, 2009, p. 168-169)

Nota-se que, embora Virgílio Afonso da Silva compreenda que a proporcionalidade ocupe um segundo nível, ou seja, um nível acima das normas, o que, aliás lhe confere seu caráter especial, o autor a analisa como sendo uma regra.

No tocante à estruturação da proporcionalidade equiparar-se á de uma regra, aliás, parece ter o autor razão. Ora, a proporcionalidade, se aplicada *in casu* imporá necessariamente um dever que será realizado no todo; se fosse um princípio, a proporcionalidade seria analisada frente às condições fáticas e jurídicas pertinentes ao caso concreto, que lhe seriam condicionantes, o que acabaria por conferir o critério *prima facie* à proporcionalidade, ou seja, seria aplicada “na maior medida possível”.

Assim, elucida Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 25):

O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações.

Após elucidar os posicionamentos de Ávila e Virgílio Afonso da Silva, resta patente somente o fato de que a proporcionalidade não é um princípio. Para tanto, basta se analisar tal conceito impresso da Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Doutro modo, a ser uma regra ou um postulado normativo aplicativo, irá depender da corrente *jus* filosófica do intérprete, mesmo porque, acabam, em verdade, por se tratarem de conceitos muito próximos.

Nesta linha, fecha com proficiência – e certo tom de ironia – Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 169):

Não me parece ser o caso de tentar demonstrar se há um certo e um errado nesse âmbito. Para aqueles que pensam que não chamar uma regra de regra apenas porque ela não é uma regra de conduta ou de competência pode facilitar a compreensão das coisas, o recurso a outras denominações, como a de “postulado normativo aplicativo” pode ser uma saída. Desde que se tenha em mente, claro, que *também esses postulados tem a estrutura de regra*.

Embora no decorrer deste trabalho monográfico tenha se utilizado o termo “Princípio da Proporcionalidade”, filia-se ao posicionamento de Virgílio Afonso da Silva, entendendo-o como regra.

6 DA PROVA DA EMBRIAGUEZ

Conforme já sedimentado durante o presente trabalho, resta patente a infinidade de impropriedades advindas com a Lei Seca, em meados de 2.008. Dentre estas, mostra-se mais eloquente a que impõe concentração etílica no sangue (ou nos alvéolos pulmonares) de caráter meramente objetivo. Criou-se, desta feita, um elemento objetivo na figura típica imprescindível para perfeito enquadramento no delito constante no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Não obstante tal elemento objetivo, que, conforme analisado, engessa os mecanismos do Estado na persecução criminal, nota-se que a jurisprudência admitia a comprovação do estado de embriaguez do infrator por meios diversos daqueles adotados no crime em testilha (exame de sangue ou etilômetro).

Neste jaez, os tribunais diligenciavam no sentido de que, embora a lei impunha determinada concentração etílica, frente à constante não cooperação do infrator, era permitido diagnosticar a embriaguez através da prova testemunhal ou do laudo médico.

Ocorre que tal realização por parte dos tribunais acabava conferindo interpretação extensiva à norma penal em desfavor do acusado, o que, na seara penal, não é permitido. Desta sorte, tal quadro então instaurado, o qual acabava permitindo a utilização de provas diversas da fixada pelo legislador ordinário, alterou-se drasticamente no primeiro semestre de 2.012.

Na data supra, mais precisamente aos 28 de março, a 3ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede do Recurso Especial 1.111.566/DF, alterou seu entendimento no tocante às provas permitidas para tipificação do crime de embriaguez ao volante.

A partir de então, restou assegurado que para existir o crime de embriaguez ao volante, é necessária a comprovação do teor alcoólico do indivíduo, frente à dicção do próprio artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Salienta-se que a decisão não foi unânime, aliás, dos nove Ministros do STJ, quatro diligenciaram pela possibilidade de se processar criminalmente um

indivíduo frente a provas diversas das trazidas pela lei, enquanto os demais corroboraram a ideia de que, uma vez fixado o limite, esse se faz necessário para a tipificação do delito.

Dentre os Ministros que apontaram pela necessidade do estabelecimento do quantum, destaca-se o posicionamento de Og Fernandes, o qual reconhece a patente falha legislativa, no entanto, afirmou que caberia ao Congresso Nacional alterar a lei. Nesta senda, afirmou o Ministro ao Jornal Estado de São Paulo (29 de março de 2012) que “a norma surgiu recheada de dúvidas”, completou ainda, “o tipo penal fez inserir típica descrição que não existir”, e concluiu “é extremamente tormentoso para o juiz deparar-se com essa falha legislativa”.

À guisa de elucidação do julgamento discorrido, segue abaixo sua respectiva Ementa:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.566 - DF (2009/0025086-2) RELATOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. PACIENTE: EDSON LUIZ FERREIRA. ADVOGADO: MARCELO TURBAY FREIRIA E OUTRO(S) DECISÃO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PENAL. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (ART.306 DO CTB). LEI 11.705/08. CONSTATAÇÃO DE EMBRIAGUEZ POR OUTRO MEIO IDÔNEO QUE NÃO O ETILÔMETRO. PROCESSAMENTO DO PRESENTE RECURSO NOSTERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO No. 08/STJ. 1. Comporta afetação à douta 3a. Seção desta Corte Superior o julgamento de recurso representativo de controvérsia envolvendo a definição dos meios probatórios legítimos para elucidação do estado de embriaguez por condutor de veículo automotor terrestre. 2. A técnica processual de julgamento de recurso para servir de parâmetro para decisão de múltiplos feitos versando a mesma tese jurídica realiza o ideal de uniformização da jurisprudência em matéria infra-constitucional, pelo Superior Tribunal de Justiça. Inteligência da Resolução 8/STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo douto MPDFT com base na alínea “a” do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado: HABEAS CORPUS. CONSTATAÇÃO DE EMBRIAGUEZ. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 306 DO CTB. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. EXAMES TÉCNICOS ESPECÍFICOS. IMPRESCINDIBILIDADE. I. A antiga redação do art. 306 do CTB exigia apenas que o motorista estivesse sob influência de álcool, sem indicar quantidade específica. Simplex exame clínico poderia perfeitamente atender à exigência do tipo. II. A Lei 11.705/08 incluiu na redação do artigo a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas ou três décimos de miligramas por litro de ar expelido dos pulmões (Art. 2o. do Decreto 6.488 de 19.06.08). III. A prova técnica é indispensável e só pode ser aferida com o uso do chamado bafômetro ou com o exame de dosagem etílica no sangue. IV. O legislador procurou inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez, mas inadvertidamente criou situação mais favorável àqueles que não se submeterem aos exames específicos. A lei que pretendia, com

razão, ser mais rigorosa, engessou o tipo penal. V. Se a lei é mais favorável, retroage para tornar a conduta atípica. VI. Ordem concedida para trancar a ação penal, por ausência de justa causa (fls. 80/81). 2. Em seu apelo especial, sustenta o MPDFT violação dos arts. 43, I e 157, ambos do CPP e do art. 306 do CTB, sob o argumento de que a inclusão, efetivada pela Lei 11.705/08 ao artigo 306 do CTB, de concentração equivalente a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, não significa, de forma alguma, abrandamento da norma penal. Cria, na realidade, apenas maior dificuldade para comprovação fática daquilo que se contém na denúncia. Afinal, afigura-se legítima a recusa do suspeito a soprar o etilômetro ou a fornecer sangue para a alcoolemia. Legítima, na verdade, mas, em hipótese alguma, condicionadora da atuação punitiva estatal. E mais adiante acrescenta que afigura-se perfeitamente possível a comprovação do estado de embriaguez por outro meio idôneo. No caso, o já realizado exame clínico por perito médico, que, com métodos cientificamente comprovados e com o uso das regras de experiência, pode atestar, com segurança, se o examinado encontra-se com concentração de álcool no sangue superior ao indicado na lei penal. 3. Em face das alegações tecidas às fls. 163/165 e da multiplicidade de Recursos Especiais com fundamento em questão idêntica de direito, nos termos dos arts. 2o., caput da Resolução 8/08 desta Corte e 543-C, § 2o. do CPC, submeto o julgamento do presente Recurso Especial à Terceira Seção e determino a suspensão, nos egrégios Tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. 4. Comunique-se, com o envio de cópia desta decisão, aos eminentes Ministros da Terceira Seção e aos ilustres Presidentes dos Tribunais de Justiça de todos os Estados-membros da Federação e Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, a teor do disposto no art. 2o., § 2o da Resolução 08/2008 - STJ. 5. Após, abra-se vista dos autos ao douto Ministério Público Federal, nos termos do art. 3o., II da Resolução 08/2008 - STJ. 6. Cumpra-se. Publique-se, para ciência de todos os interessados. Brasília/DF, 09 de novembro de 2010. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (1111566, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 17/11/2010)

Seguindo, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura cujo voto proferido desempatou o caso, afirmou que somente com a alteração legislativa poder-se-ia acarretar interpretação diversa da proferida ao final do julgamento. Nesta linha, reportou ao Estado de São Paulo, na mesma data: “se o tipo penal é fechado e exige determinada quantidade de álcool no sangue, a menos que mude a lei, o juiz não pode firmar sua convicção infringindo-a”.

Assim, pós o julgamento em voga, restou jurisprudencialmente vencida a discussão acerca das provas permitidas para tipificação do delito de embriaguez ao volante. Provas outrora utilizadas para a tipificação, como o laudo médico e as testemunhas, perderam seu valor no tocante ao crime.

Embora não seja a finalidade do presente trabalho, achou-se por bem salientar uma consequência trazida juntamente com a decisão supra, qual seja, a configuração do fenômeno jurídico denominado *novatio legis in melius*. Claro, pelo

entendimento trazido com a Lei Seca houve nítida melhora de condição para o acusado. Ora, se outrora era permitida as provas em direito admito para se configurar o delito de embriaguez ao volante, ao passo que a nova lei restringiu para tão-somente duas (exame de sangue e etilômetro), os casos em que houve condenação por provas diversas das tatuadas no texto legal importam em trancamento da ação penal.

6.1 A Figura Ilícita da Obrigação na Produção da Prova Etilica

Após o advento da Lei Seca e, principalmente após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça esboçado em tópico anterior, restou patente que as provas consideradas que tem o condão de comprovar e tipificar a conduta do infrator no delito de embriaguez ao volante são através do exame de sangue ou do etilômetro.

Analizou-se também que o indivíduo, segundo interpretação conferida pela jurisprudência e doutrina pátria ao princípio da não autoincriminação, não é obrigado a realizar qualquer conduta que acabe por eventualmente incriminá-lo.

Assim, mesmo em se tratando das provas admitidas, segundo o novo entendimento do STJ, se essas forem obtidas desrespeitando-se a volição do infrator, serão tidas como ilícitas.

Etimologicamente, em uma primeira aproximação, “ilícito” impõe algo que vá de encontro à licitude, ou seja, algo não lícito. Pode-se afirmar, ainda, que de um modo restrito, o termo em destaque aduz algo que está em desacordo com o arcabouço legal vigente. Doutro modo, uma análise mais genérica e ampla afirma ser “ilícito” algo que, além de estar em descompasso com o Direito, não encontre harmonia com a moral e bons costumes.

Aliás, a definição de cunho mais amplo é, segundo Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 46), a que fora adotada pelo constituinte:

[...] o constituinte usou a expressão “ilícita” em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, como os costumes e os princípios gerais de direito, ficando limitado à lei. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais de direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.

À guisa de elucidação, pode-se afirmar que as provas ilícitas são aquelas espécies de provas proibidas pelo ordenamento, ou seja, provas que tem sua utilização vedadas.

Dentro desta ideia de provas vedadas pelo ordenamento, destacam-se as vedações absolutas e as relativas, cujas consequências serão impressas a depender da violação acarretada no caso concreto. Desta feita, se a violação recair sobre normas de caráter processual, a vedação será relativa, neste jaez, compreende-se que, embora o meio de prova seja perfeitamente admitido pelo ordenamento, a obtenção da prova in casu concretizou-se não observando determinadas normas processuais previamente estabelecidas.

Doutro modo, a violação que recai sobre normas afins com direito material ou ainda com princípios tatuados na *Lex Mater*, aduz vedação absoluta. Tem-se assim apresentadas as duas espécies distintas acerca de provas vedadas pelo ordenamento: provas ilegítimas (quando ferir normas de direito processual) e provas ilícitas (quando ferir normas de direito material).

Na esteira deste entendimento, Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 39), afirma:

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual [...] Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com a infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre a questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana.

6.2A Prova Ilícita Frente à Constituição de 1.988

“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. De certo, o presente texto, inserido no rol de cláusulas pétreas da Lex Mater, mais precisamente em seu art. 5º, LVI, sem abrir qualquer lacuna para interpretação *in contrario*, diligencia acerca da impossibilidade de utilização de provas ilícitas ao processo.

Tal imposição, sem laivo de dúvidas, guarda estreitos laços com a conjuntura anterior ao nascimento da Constituição Cidadã, em 1.988. Assim, neste período, sobretudo, durante o Período Militar, os direitos fundamentais individuais eram subjugados frente a um Estado autoritário, tirano, arbitrário, em que reinavam as violações à esfera de direitos atinentes ao indivíduo em face da insaciável busca pelo poder e pela ordem.

Nesta linha, escreve com proficiência José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 120):

[...] explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguiu-se, recentemente, o regime autoritário que dominara o País e sob o qual eram muito frequentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao grampeamento de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantermos por largo tempo, quando seja liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente no sentido oposto.

Cumpre salientar, ainda, que mesmo em momento anterior à vigência da Constituição Federal de 1.988, o Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 1.973), em seu artigo 332, fazia alusão à impossibilidade de realização de provas contrárias

aos meios legais ou moralmente legítimos, uma vez que permitia a confecção de provas tão-somente calcadas nestes meios²⁴.

Ademais, em que pese a leitura do texto constitucional (art. 5º, LVI) faça menção tão-somente à inadmissibilidade das provas ilícitas “no processo”, a melhor interpretação sugere que dita inadmissibilidade estenda-se igualmente ao inquérito. Ora, não faz sentido se prestigiar o cidadão durante o processo com a vedação de construção de provas que firam normas de direito material se, tal fato fora deixado de lado durante a fase inquisitorial.

Destarte, em que pese haja situações em que a prova ilícita possa mostrar-se deveras conveniente para a solução de uma lide penal, a esmagadora maioria da doutrina diligencia pela absoluta impossibilidade de tal utilização. Noutras palavras, no conflito entre a busca da verdade real e a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, tem prevalecido esta última, em detrimento daquela primeira.

Neste íterim, de grande importância destacar o posicionamento de Ada Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (1992, p. 110):

[...] a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.

Entretanto, frente à rigidez imposta pelo texto constitucional, doutrina e jurisprudência, com fulcro no princípio da proporcionalidade, ainda timidamente, começaram a questionar pela mitigação desta então regra absoluta. Buscam, desta forma, conferir equilíbrio de armas em situações de nítido caráter excepcional em que se poderia pensar no cabimento da prova, ainda que ilícita. Nesta senda, tal parcela de pensadores impõe – com razão – que inexistem liberdades públicas de caráter absoluto.

Nesta esteira, assevera Antonio Scarance Fernandes (1984, p. 72):

²⁴ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.

Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto á inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro em protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova.

Complementa, ainda, Vicente Greco Filho (1991, p. 178):

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.

Aponta-se, assim, no sentido de uma nova tendência doutrinária, no sentido de admitir a existência e utilização de provas ilícitas. Por conseguinte, nascem posicionamentos diversos, os quais serão devidamente analisados no tópico seguinte para, ao fim, analisar a possibilidade da obtenção da prova etílica por meios ilícitos.

6.3 Correntes Doutrinárias a Despeito da (Im)possibilidade de Utilização de Provas Ilícitas

É de meridiana clareza que a questão que envolve a admissão de provas ilícitas no processo traduz-se em um dos temas mais debatidos não somente na seara jurídica, como também dentre a própria sociedade. De tal sorte, calha trazer breves comentários acerca de três correntes diversas, buscando compreender seus fundamentos, conferindo, assim, maior cientificidade no que toca a (in)admissão de provas deste porte.

6.3.1A Teoria Obstativa e a impossibilidade de utilização da prova ilícita

Amparando-se no texto tatuado na *Lex Mater*, de onde, aliás, retira suas razões, a teoria obstativa diligencia pela impossibilidade de utilização no processo, de provas nascidas através de meios ilícitos.

Para seus adeptos, traduz-se por direito fundamental do acusado ou indiciado o de não se ver culpado em face de uma prova que fora produzida ao arrepio da lei.

Conforme já salientado, em que pese exista o princípio da busca da verdade real, este sucumbe – para esta corrente – frente à impossibilidade de utilização da prova de caráter ilícito. Nesta linha, mesmo a busca da verdade real deve pautar-se, segundo tal corrente, em um processo ético, corroborando as com os preceitos básicos característicos ao Estado Democrático de Direito.

À guisa de exemplos, Tourinho Filho (2002, p. 232) destaca serem expressamente vedadas eventuais buscas domiciliares realizadas sem a devida observância dos critérios legais; escuta telefônica sem o devido aval judicial; a obtenção de depoimentos por meios escusos.

Historicamente, insta salientar que o pioneirismo acerca da impossibilidade da utilização das provas ilícitas ocorrera nos Estados Unidos da América. Nesse jaez, destacam-se a criação das *exclusionary rules*, quando da IV Emenda à Constituição estadunidense, em 15 de dezembro de 1.791. Essas, que, aliás, compõem o *Bill of Rights* norte americano, se consubstanciam em um conjunto de regras impostas com o condão de extirpar do processo eventuais provas obtidas por meios diversos dos legais.

Imprescindível colecionar os dizeres da citada Emenda Constitucional (s.d., s.p.)

The rights of the people to be secure in ther persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or

*affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*²⁵

Neste trilhar, resta patente a finalidade desta IV Emenda, qual seja, tutelar pela inviolabilidade dos cidadãos em face de buscas notadamente arbitrárias, bem como, eventuais mandados com finalidade de busca deverão estar fundados em indícios, ou ainda, em juramentos, sempre apontando o local a ser averiguado e pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Denota-se, desta feita, que pela Teoria Obstativa, toda e qualquer prova ilícita advinda aos autos será destes extirpada. Assevera-se, no entanto, que a partir da corrente em alusão, surgiram três facetas que a defendem, sob enfoques diversos, as quais merecem ser destacadas.

Ab initio, diligencia-se pela impossibilidade pela imposição de que o sistema jurídico é uno, indivisível (logicamente, sua divisão ocorre para finalidades de aprimoramento de suas matérias). De tal sorte, não é possível que algo dotado expressamente de ilicitude, inclusive pela *Lex Mater*, seja também percebido pelo mesmo ordenamento jurídico.

Acerca desta primeira corrente, com clareza destaca Camargo Aranha (1994, p.49):

O direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada, Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.

Nesta mesma linha, Ada Pellegrine Grinover (1982, p. 109) devidamente expõe:

²⁵ Tradução livre: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

Sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de seus ramos, o princípio de que é nulo e inválido é também geral; e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.

Em uma segunda faceta, aduz-se pela impossibilidade da prova ilícita frente ao Princípio da Moralidade, nesse jaez, roga-se por uma atuação do Estado perfazendo-se através de atos moralmente legítimos,

Nesta baila, Fernanda Marinela destaca (2010, p. 38):

O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e disciplina interna na Administração Pública.

Para tal filiação doutrinária, se cabe ao Estado agir pautando-se em atos cunhados de moralidade, não poderia, em hipótese alguma, atuar enfrentando as normas talhadas na Lei Maior, atacando conseqüentemente normas de direito fundamental.

Terceiro viés doutrinário que se filia à inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas impõe que, por afrontar direitos fundamentais harmonizados ao Estado Democrático de Direito (notadamente, direitos e garantias fundamentais), toda e qualquer norma que venha diligenciar por sua possibilidade restará eivada de inconstitucionalidade. Por conseqüência, importa dizer, conforme anteriormente apontado, que, por esta corrente, no conflito entre a busca da verdade real e a vedação das provas ilícitas, o primeiro sucumbe frente ao segundo.

Vale ressaltar, neste entendimento, que a busca da verdade real não se traduz por uma persecução ilimitada, vez que esta se encontrada abalizada pela Legalidade. Desta feita, para que seja conferida punição ao indivíduo, seu respectivo arcabouço probatório não pode se valer de provas que per si manifestam-se ilícitas e, conforme analisado, inconstitucionais.

Paulo Rangel (2005, p. 415) aduz:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custo o que custas, [...] um dos limites impostos à busca da verdade é o respeito à dignidade humana, sendo proibidas em nosso sistema constitucional as provas obtidas por meios ilícitos. Neste caso, o juiz vê-se impedido, diante do binômio defesa social x direito de liberdade, de prosseguir na busca da verdade sem ofender um dos direitos e garantias fundamentais.

Desta forma, resta patente a impossibilidade, para esta corrente, de admissão de uma prova trazida aos autos através de um meio ilícito. Tal corrente é a mais aceita pela doutrina e jurisprudência, entretanto, novos posicionamentos acabaram surgindo, ao longo dos anos.

6.3.2A Teoria Permissiva e a possibilidade de utilização da prova ilícita

Em sentido diametralmente oposto à Teoria Obstativa, a presente teoria embasa-se firmemente na busca da verdade real, sendo que, para seus adeptos, tal busca se sobressai em face da vedação da produção de provas ilícitas (conforme analisado em tópico supra, para a Teoria Obstativa ocorre justamente o contrário, sendo que, para eles, a verdade real sucumbe frente à vedação da obtenção de provas por meios ilícitos).

Assim, nesta teoria, em que pese seus seguidores compreendam sua ilicitude, afirmam que tal fato não é capaz de retirar sua carga probatória. Por tal entendimento, ainda que obtida por meios diversos daqueles imaginados pelo legislador, pode ser utilizada como fundamento do convencimento do magistrado.

Tal ideia traduz-se pelo *male captum, bene retentum*, que impõe que ainda que a prova seja mal capturada, se manterá bem conservada e, desta feita, será admitida na lide.

Nesta linha, Tourinho Filho (1997, p. 233) instrui:

Para da doutrina entende que nada impede a admissão de provas ilícitas no Processo Penal. Se a prova foi conseguida com transgressão a normas de Direito Penal, de Direito Civil ou de Direito Administrativo, por exemplo, o seu autor sujeitar-se-á às sanções respectivas, nada impedindo sua admissão no processo. Quem agiu contra *jus* deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não impeça: *mate captum bene retentum*.

Resta cristalino, desta forma, a importância da busca da verdade real, fato que confere possibilidade a algo que, em primeira análise, não sofreria qualquer restrição. Para tal filiação, a finalidade precípua do processo penal é a busca da verdade real, logo, ela oferece condições de que algo, embora ilícito, seja fornecido aos autos e, ainda sim, não eive todo o processo de nulidade.

Não obstante, ressalta-se que mesmo para os adeptos da teoria permissiva, a busca da verdade real não é ilimitada. Nesta linha, sua limitação se encontra na proibição imposta pela lei processual. É, aliás, o que aduz Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 84), o qual diligencia pela possibilidade da prova obtida por meio ilícito “quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido”.

Logo, percebe-se que para tal corrente, a prova ilícita será perfeitamente admitida no processo somente nos casos em que a lei processual não dispuser in contrario.

Nota-se, por fim, que ambas as teorias retro apresentadas configuram-se por linhas extremadas, o que, no mais das vezes, importa em falhas frente ao dinâmico sistema jurídico pátrio e, por conseguinte, não resolve de modo satisfatório a questão da prova ilícita. Nesta linha, surge uma terceira corrente, notadamente intermediária que se vale, para sua concretude, do Princípio da Proporcionalidade.

6.3.3A Teoria Intermediária: a Proporcionalidade frente às provas ilícitas

Em análise acerca do princípio da proporcionalidade (em suas duas faces), fora destacado que sua atuação rege verdadeira delimitação ao poder de

punir do Estado, vedando tanto o excesso, quanto a deficiência, e, em decorrência como mitigador dos direitos fundamentais.

Viu-se, igualmente, que os direitos fundamentais não gozam de caracteres absolutos, desta feita, sua relativização mostra-se perfeitamente aceitável, sobretudo quando exista conflito entre tais direitos de magnitude constitucional, que, através da técnica de sopesamento, imporá qual irá sobressair no caso concreto.

Acerca do caráter relativo dos direitos fundamentais, vale ressaltar o posicionamento de Alexandre de Moraes (2000, p. 46-47):

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar ou 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.

Logo, tudo que fora analisado acerca do princípio da proporcionalidade encaixa-se perfeitamente no tocante à produção de provas ilícitas. Nesta baila, através da proporcionalidade (e de seus consectários da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), analisar-se-á no caso concreto se a prova colhida aos autos de modo contrário à legalidade perfaz um interesse de maior valia do que a vedação outrora imposta *ex vi legis*.

Na esteira deste entendimento, cabe elucidar o posicionamento de Thomas Mio Salla (2007, p. 96):

Ainda que as provas ilícitas venham a infringir a Constituição Federal, devem ser aceitas pelo juiz em certos casos para equilibrar valores fundamentais contrastantes. Pois há o escopo de se socorrer interesses mais relevantes constitucionalmente que os violados pelas provas ilícitas. Assim, se, no caso concreto, persistam valores mais relevantes, a vedação às provas ilícitas é anulada.

Relevantíssimo o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover (1992, p. 110) acerca da crescente influência da proporcionalidade em sede da proibição das provas ilícitas:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão não poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeitsprinzip* (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, tem admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contratantes.

Desta sorte, vê-se que além da inovação talhada no direito norte americano (tratada em tópico anterior), a problemática envolvendo as provas ilícitas fora incitada igualmente no direito tedesco. Aliás, na Alemanha, diversamente do que ocorreu nos Estados Unidos, desenvolveu-se o estudo não frente ao arbítrio do Estado, mas sim aos direitos fundamentais individuais em jogo, buscando efetiva proteção.

Acerca desta dupla forma de visão acerca das provas ilícitas, destaca-se a assertiva de Marcelo Batlouni Mendroni:

Já a chamada *Beweisverbot* tem origem e desenvolvimento diverso, havendo sido projetada a partir do estudo e desenvolvimento lógico e eminentemente teórico, alicerçado nos direitos individuais – materiais – constitucionais dos cidadãos, sobretudo com o intuito de protegê-los (*Rechtstaatlichkeit*), e visando uma construção sistemática do direito das proibições de prova. Tem estrutura baseada fundamentalmente na proteção da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da inviolabilidade do segredo de correspondência, das telecomunicações e do domicílio. São, por assim dizer, meios processuais de imposição da tutela do direito material, buscando a prevenção da danosidade social garantida pela preservação dos bens jurídicos individuais constitucionais. Diferentemente das *exclusionary rules*, não busca a prevenção pela repressão; mas sim a análise do caso concreto em termos comparativos com as situação de direito e garantia individual que se procurou proteger, em evidente análise de valoração. É o que na verdade os alemães chamam de Princípio da Proporcionalidade Constitucional, ou *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Significa dizer que em análise comparativa de âmbito constitucional – violação/proteção de direito, há que se aferir qual tem maior peso para então se viabilizar a conclusão a respeito da proibição ou não da apresentação e apreciação da prova em Juízo.

Neste jaez, após a apresentação das três correntes nascidas do debate acerca da (im)possibilidade da coleção aos autos de provas obtidas através de meios ilícitos, volta-se à problemática da Lei Seca: seria possível pensar em eventual aplicação da proporcionalidade para compelir o infrator a colaborar com o material necessário para averiguação concreta do delito de embriaguez ao volante?

Doutrina e jurisprudência, ao que parece, apontam pela impossibilidade, seja pelo fato da vedação de provas ilícitas, seja pelo princípio da não autoincriminação. Entretanto, frente aos alarmantes números de acidentes envolvendo a combinação álcool+direção, agregados ao elevado número de motoristas que – exercendo o direito de não produzir provas – não “cooperam” e, então, deixam de ceder material, pondera-se eventual possibilidade.

Nota-se que a lei criada – assim como ocorrera em outras oportunidades – na tentativa de acalmar a opinião pública, não conseguiu calá-la, nem ao menos, conseguiu impedir o crescente número de acidentes, pelo contrário, acabou por corroborar com a impunidade, colocando os infratores em condição de superioridade frente à coletividade e ao Estado. Desta feita, há de um lado o interesse coletivo, o direito à segurança, o princípio da legalidade e, fazendo frente, encontram-se o direito ao silêncio, à não autoincriminação e à vedação da produção de provas por meios ilícitos. Assim sendo, questiona-se: na ponderação destes, quais irão se sobressair e quais sucumbirão?

7 PROPORCIONALIDADE: OBJEÇÕES E CONTRA OBJEÇÕES

Analisou-se, por bem, neste último Capítulo do presente trabalho, discorrer acerca das objeções que a proporcionalidade enfrente hodiernamente.

Nesta baila, destaca-se *ab initio* o fato de que, embora tal princípio seja visto por vários doutrinadores como um instrumento de extrema importância a fim de controlar não só o jus puniendi estatal através da interpretação do arcabouço legislativo existente, bem como, a possibilidade, sem retirar o caráter constitucional, mitigar direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade é, para outra parcela da doutrina, veementemente refutado, frente a algumas objeções.

Assim, para tal parcela, vê-se na proporcionalidade uma arma cuja finalidade não é conferir ao ordenamento interpretação mais coerente, justa e adequada, mas sim, acarretar conflito no que toca à separação de poderes. Desta feita, a proporcionalidade acarretaria uma ingerência indesejada do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, de modo que o segundo acabaria sendo subjugado frente ao primeiro.

Não obstante certa correção no pensamento desta corrente, no sentido de que a proporcionalidade culminaria, em última análise, em verdadeira revisão conferida pelo Judiciário aos atos legislativos. É cediço que, ainda em sede do processo legislativo, é imprescindível o respeito aos valores tatuados na Lei Maior, o que importa em dizer que, já neste momento, o legislador encontra-se vinculado às normas constitucionais, e, em via oblíqua, ao controle jurisdicional. Desta maneira, imperioso ressaltar que é justamente a referida vinculação do legislador às normas constitucionais que retiram a força argumentativa de que a proporcionalidade não pode ser utilizada.

Na esteira deste entendimento, aduz Suzana de Toledo Barros (2000, p. 207):

Ainda que se tenha em conta a ideia de impossibilidade de o juiz vir a corrigir ou substituir uma lei defeituosa, em homenagem ao princípio da separação dos poderes, parece, contudo, que a noção atual de Estado de

Direito traz ínsita a exigência de mecanismos de controle do ato legislativo, tendo em vista o princípio da constitucionalidade. Não está em causa então, a invasão de esfera do Poder legislativo pelo Judiciário, mas a simples constatação de que o dogma da liberdade absoluta do legislador na fixação dos fins legais já está superado.

Noutras palavras, a possibilidade de análise e intervenção do Judiciário deriva do próprio espírito do Estado Democrático de Direito, pautar-se-á tal fato à busca por uma efetiva tutela dos direitos fundamentais em detrimento de eventual arbítrio do legislador.

Complementa, com exatidão característica, o até aqui colecionado, Paulo Bonavides (2001, p. 363):

[...] de fato, o princípio da proporcionalidade produz uma certa ascendência do juiz sobre o legislador, mas não a ponto de violar o princípio da separação de poderes. [...] Além disso, no Estado de Direito, o legislador já não é quem um soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio da constitucionalidade. Assim a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes, uma vez que a autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador pra eleger, conformar e determinar fins e meios se mantêm preservadas, pois se encontram gizadas na Constituição.

Logo, a despeito de eventual ingerência judiciária no legislativo, à luz da proporcionalidade, compreende-se que tal ato corrobora com o próprio ideal de democracia, vez que, tal situação consubstancia-se em mais um eficiente instrumento de tutela aos direitos fundamentais.

Ademais, a proporcionalidade encontra obstáculo para parcela doutrinária, também em face de eventual relativização da lei. Assim, neste segundo ponto, analisa-se que através do princípio em testilha, ao proferir certa decisão judicial notadamente justa frente ao caso concreto, tal situação teria o condão de acarretar relativização no cumprimento das normas do ordenamento, fato que, por conseguinte, atacaria a própria segurança jurídica.

Todavia, tal posicionamento não merece guarida, vez que, conforme já reiteradamente discorrido no presente trabalho, não se pode analisar determinado caso concreto frente à tão-somente um princípio. No caso, é clarividente que, pelo

princípio da proporcionalidade, ocorreria certa flexibilização de cumprimento legal, no entanto, tal princípio será aplicado em harmonia aos demais princípios existentes no ordenamento, fato que per si tem o condão de afastar todo e qualquer tipo de insegurança jurídica.

Justamente nesta linha, novamente Suzana de Toledo Barros (2000, p. 209) afirma:

[...] o princípio da proporcionalidade tem de ser entendido no quadro dos direitos fundamentais. Ele há de ser considerado ao lado de outros princípios também extraídos da natureza desses direitos, como o da proteção do núcleo essencial e o da concordância prática. O parâmetro da proporcionalidade é especialmente útil para flagrar uma indevida intervenção do Estado em posições jurídicas protegidas e não pode ser manejado em sentido oposto, isto é, para justificar iniquidades.

Compreende-se que eventual receio na aplicação da proporcionalidade pode ser reflexo de um passado não tão longínquo no qual a relativização dos direitos fundamentais mostrou-se um instrumento a favor do arbítrio estatal, sobretudo na época da ditadura. Todavia, na atual conjuntura, há de se compreender que o princípio da proporcionalidade tal qual como é disposta atualmente visa justamente proteger a sociedade contra o Estado; (e não conferir poder ao órgão em detrimento da população); bem como, mesmo nesta análise, haverá certos critérios a serem obedecidos, que serão, aliás, devidamente pautados em outros princípios, também de ordem constitucional, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Além dos dois pontos supra citados, salienta-se outro que comumente é utilizado com intuito de obstaculizar a incidência do princípio da proporcionalidade, qual seja, a subjetividade atinente ao acúmulo de carga decisória que ficará adstrito ao magistrado.

De fato, também não há como afirmar o contrário, patente o aumento de subjetividade que recairá sobre o magistrado, no entanto, assim como foram facilmente repudiados as objeções outrora narradas, esta também é, basta socorrer-se do duplo grau de jurisdição. Ora, é cediço que, mesmo atualmente, o ordenamento pátrio privilegia o duplo grau, dentre outras finalidades, para evitar a

ocorrência de arbítrio. Logo, em face de uma patente decisão equivocada, buscar-se-ia no segundo grau a reparação.

Em análise ao ordenamento pátrio tal qual se mostra atualmente, aliás, hodiernamente é conferido ao magistrado a possibilidade de valoração. À guisa de exemplo, pode-se pensar no interesse público.

CONCLUSÃO

Ao final do estudo realizado, buscou-se a quebra do paradigma que orbita frente à questão da impossibilidade de se compelir o indivíduo a fornecer o material necessário para aperfeiçoamento do tipo penal existente no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, sobretudo em face da Lei 11.705/08, a famigerada Lei Seca.

Nesta senda, operou em harmonia com o preconizado a Teoria dos Princípios, a qual confere legitimidade ao legislador de retirar, frente ao caso concreto, direitos fundamentais do cidadão. Percebeu-se, igualmente, que os princípios naturalmente conflitam entre si, e através das técnicas de sopesamento, o operador do Direito tem condições de afirmar qual prevalecerá no caso concreto, frente às condições fáticas e jurídicas em tela.

Desta feita, analisaram-se vários princípios, dentre eles, o da Não Autoincriminação, que, sem laivo de dúvidas, se mostra como o responsável pela instauração deste quadro em que o condutor, sob hipótese alguma, pode ser compelido a ceder o material necessário.

Juntamente com o Princípio da Não Autoincriminação, outros foram trazidos à baila. Percebeu-se que o art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro ordena que o indivíduo forneça o material para averiguação de concentração alcoólica no sangue ou de ar expelido pelos pulmões. Nesta linha, constatou-se sua constitucionalidade, bem como, sua necessidade, haja vista que em face do Princípio da Legalidade, ao indivíduo cabe cumprir o que a lei impõe, vez que ela foi criada respeitando-se o Processo Legislativo formal e materialmente.

Assim, frente ao Princípio da Legalidade, é conferido ao legislador, uma vez a Lei se apresentando de modo válido no ordenamento, restringir momentaneamente direitos fundamentais, se tal restrição se estreitar naquilo que for necessário. Em especial, a questão que toca a embriaguez ao volante, o artigo em voga se faz necessário em detrimento da efetividade da lei penal, a qual, conforme o entendimento atual da maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência mostra-se deveras ineficaz.

Ademais, ressalta-se o espírito das leis de trânsito, que, em primeiro plano, importa na tutela da coletividade, buscando-se coleccionar instrumentos que possam de modo robusto, conceder maior sentimento de proteção e de segurança à coletividade.

Ocorre que, em face desta proteção do corpo social, o olhar crítico realizado frente aos princípios não deve ser o mesmo daquele conferido aos crimes “costumeiros”, “ordinários”, descritos no Código Penal.

Por tal análise, qual seja, a necessidade de uma busca por uma lei mais efetiva, que contemple maior tutela para a coletividade, como um todo, mostra-se imprescindível a obrigação do condutor de ceder o material necessário.

Segundo, fora trazido o Princípio da Proporcionalidade, talvez o de maior importância não somente na seara da embriaguez ao volante, como em todas as questões que abarquem conflitos de Direitos Fundamentais no ordenamento pátrio. Pelo princípio em voga, busca-se analisar a possibilidade de se mitigar Direitos Fundamentais, sobretudo em face de uma análise voltada a seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso).

Assim, se a decisão mantiver idoneidade na relação meio-fim, ou seja, se a medida corroborar com o interesse público (adequação); causar a menor desvantagem para o indivíduo (necessidade); e, guardar em mente a questão da “medida justa”, ou seja, unindo-se ao ideal de justiça (proporcionalidade em sentido estrito), será perfeitamente possível a mitigação de um Direito Fundamental.

Na problemática que envolve a questão da embriaguez ao volante, o ato de se compelir o condutor à realização da prova ética transpassa com sucesso os três vieses da Proporcionalidade. Assim, o fato corrobora com o interesse público; acarreta a menor desvantagem possível; e importa num ideal de justiça.

Analisou-se ainda, em breve análise no Direito Comparado, que em outros Estados, há imposições de pena para o indivíduo que não realize os testes, ou ainda obrigação de realizar o teste, desde que haja suspeita do delito de embriaguez. Percebe-se que tais medidas não existem com o condão de punir desenfreadamente o indivíduo, mas sim, de buscar uma tutela mais efetiva ao corpo social, que se encontra, por diversas vezes, em situação de inércia.

Por fim, analisou-se a questão da utilização da prova da embriaguez, ainda que obtida por meios ilícitos. Nesta linha, analisou-se que a Lei Maior, em que pese não trazer nenhuma exceção à possibilidade de utilização desta modalidade de provas, cresce o entendimento de que tal regra absoluta pode acarretar prejuízos à coletividade.

Foram apresentadas, desta feita, três teorias distintas, destacando-se, sobretudo, aquela que se utiliza da Proporcionalidade para diligenciar pela possibilidade ou não da utilização desta prova. Por esta, analisa-se frente ao caso concreto se a prova obtida a qual se mostra eivada de ilicitude, importa em maior valia para o interesse coletivo do que o desvalor gerado pela utilização desta modalidade de prova.

Por todo o exposto, ousa esta obra a discordar do posicionamento que domina doutrina e jurisprudência atualmente. Compreende-se que não basta invocar um princípio para fundamentar pela possibilidade ou não de obrigação do indivíduo de fornecer o material, mas sim, devem trazer à baila todos os princípios que orbitam o ordenamento para chegar ao substrato da norma e conferir cientificidade ao posicionamento, pois, conforme analisado, os princípios, por natureza, importam em interesses conflitantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de Não Auto-Incriminação: extensão e limites**. Del Rey: Belo Horizonte. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da prova no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: MartinsFontes, 1.997.

BÍBLIA SAGRADA, 159. ed. São Paulo: Ave Maria, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade; por uma Teoria Geral da Política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ªed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.73.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 61, julho-agosto, 2006, p. 66.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2994 de 28 de janeiro de 1941. Código Nacional de Trânsito. Disponível em

<http://www6.senado.gov.br/legislação/ListaTextoIntegral.action?id=8511> – Dia 02/05/2012 às 15h44min.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688 de 03 de outubro de 1941. Lei de Contravenções Penais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm Dia 02/05/2012, às 16h31min.

BULOS, Uadi Lammêgos. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: FTD S.A. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CARNEIRO, Henrique. **Bebida, abstinência e temperança na história antiga e moderna**. São Paulo: Editora Senac, 2010.

CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política**. 4ª ed., São Paulo: Papyrus, 1994.

CINTRA, José Ricardo Rocha. **Sistema nacional de trânsito: Um estudo histórico**. Disponível em <http://www.transitobrasil.org/anexos/artigos/6.pdf>– Dia 30/04/2012, às 15h36min.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: MartinsFontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; ALMEDIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo**. São Paulo: RT, 2008. p. 10.

_____. **Constituição da república. Código de Processo penal e sua reforma. Justiça penal: críticas e sugestões**. Centro de extensão Universitária. São Paulo: RT, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, JuarezTavas e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Título original: Diritto e ragione.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio da teoria constitucional**. Fortaleza, UFC: Imprensa Universitária, 1989.

GIGLIOTTI, Analice; BESSA, Marco Antonio. **Síndrome de Dependência do Álcool: critérios diagnósticos**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462004000500004; acessado em 24/04/12 às 15h15min.

GOMES, Luiz Flávio. **Embriaguez ao Volante: Notas à Lei n. 11.705/2008**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, n. 24, jun./jul. 2008.

_____. **Reforma do Código de Trânsito (Lei 11.705/08): novo delito de embriaguez ao volante**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 25 junho. 2008.

_____. **Embriaguez ao volante (Lei 11.705/2008): exigência de perigo concreto indeterminado**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 02 julho. 2008. Acessado em 04/10/2012

_____. **Embriaguez ao volante (art. 306 do CTB): um erro atrás do outro**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 01 outubro. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1.988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 196.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrinni; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

HELMHOLZ, R.H. **The privilege against self-incrimination: it's origins and development**. Chicago: University of Chicago Press, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: MartinsFontes, 2002. Título original: Philosophical rudiments concerning government and society.

_____. **O Leviatã**. Tradução Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, Título original: Leviathan.

HONORATO, Cássio Mattos. **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro: análise das penalidades e das medidas administrativas cominadas na Lei n. 9.503/97.** São Paulo: Millennium, 2004.

Instituto da Droga e da Toxicodependência, disponível em <http://www.idt.pt/PT/Substancias/Alcool/Paginas/Historico.aspx> Acessado em 09/10/2012, às 08h25min.

IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. <http://www.ratical.org/globalize/BillOfRights.html#4>. Disponível em 13/10/2012.

Jornal Estado de São Paulo, C1, Quinta-feira, 03 de novembro de 2011.

_____. C4, Quinta-feira, 29 de março de 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Embriaguez ao volante: notas à Lei 11.705/08.** Disponível em <http://www.blog.damasio.com.br/?p=487> acessado em 07/05/2012 às 14h26min.

_____. **Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito.** São Paulo: Saraiva, 2008.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo.** Montevideu: Daniel H. Martins, 1974.

LEAL, José Lopes. **Controle jurídico-administrativo de embriaguez ao volante e o princípio da não auto-incriminação: estudo crítico da resolução n. 206/2006 do Contran.** Porto Alegre: Revista Jurídica, ano 55, n. 354. 2007.

LIMA, José Ricardo Rocha Cintra de. **Sistema Nacional de Trânsito – Um estudo histórico.** Disponível em <http://www.transitobrasil.org/anexos/artigos/6.pdf> Dia 09/05/2012, às 10h51min.

LIMA, Marcellus Polastri. **O processo penal nos crimes de trânsito.** Rio de Janeiro: LúmenJúris, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** vol. 01. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES Junior, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro Lopes. **Crimes de Trânsito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Ana Cecilia Petta Roselli. **O uso do álcool e a evolução do conceito de dependência de álcool e outras drogas e tratamento.** Revista IMESC nº 3,

2001. p.73-86. Disponível em <http://www.imesc.sp.gov.br/pdf/artigo%205%20-%20O%20USO%20DO%20C3%81LCOOL%20E%20A%20EVOLU%C3%87%C3%83O%20DO%20CONCEITO%20DE%20DEPEND%C3%8ANCIA%20DE%20C3%81LCOOL%20E%20OUTRAS%20DROGAS.pdf> Dia 09/05/2012, às 10h46min.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed., rev., ampl., reform. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Geral. São Paulo: Editora Método. 6. ed. 2012.

MELLO, Celso AntônioBandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. Ver Atual até a Emenda Constitucional 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **A "Exclusionary rule" do Sistema Norte-Americano**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=776>. Acesso em out 2012

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, André Abreu de. **Lei nº 11.275/06: aplica-se ao crime de embriaguez ao volante?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1401, 3maio2007 .Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9833>>. Acesso em: 8 maio 2012.

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

PRAZO, Luiz Régis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos; RIBEIRO, Dorival. **Código de trânsito brasileiro interpretado**. 2ª ed. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 1.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si: o princípio *Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMSKOGLER K, WALTER H, HERTLIN I, RIEGLE A, GUTIERREZ K, LESCK OM. ***Subgroups of Alcohol Dependence and their Specific Therapeutic Management: A Review and Introduction to the Lesck-Typology***. Disponível em www.isamweb.com/pages/pdfs/e-book%20Issue%202/Lesch.pdf – acessado em 26/04/2012, às 15h08min.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo, RT, 2007.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato**. *Revista IOB Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, v. 39, p.42-62, ago.-set. 2006.

SALLA, Thomas Mio. **As Provas Ilícitas e o Princípio da Proporcionalidade**. 2007. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constitucional federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. Malheiros. 2009.

_____. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais*, 2002.

SOUZA, José Barcelos de. **“Bafômetro”, intervenções corporais e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 96

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. São Leopoldo: UNISINOS (trabalho monográfico – mestrado), 2008. pp. 80-81. Disponível em: http://bdtd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=721, acesso em 19/05/2009

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEIXEIRA, Renato Heitor. **Embriaguez ao volante e a questão da prova para fins da reprimenda administrativa e penal.** Disponível em http://www.acadepol.sc.gov.br/biblioteca_virtual/monografias_e_teses/Monografia_Renato_Heitor_Teixeira.pdf - às 15h32min, Dia 02/05/2012

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

VALLEJO, Manuel Jaén. **Los principios de La prueba en el Proceso Penal.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

VARGAS, Paulo Marcos. **A embriaguez ao volante frente à lei 11.705/08.** – Disponível em http://portal2unisul.br/content/navitacontent_/userfiles/file/pagina_dos_cursos/direito_tubarao?Monografias_2009-A/Monografias_-_Marcos.pdf - acessado em 30/04/2012 – às 15h52min.