

O uso do bafômetro sob uma perspectiva constitucional da Lei Seca

Marcos Felipe de Medeiros Alves¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei nº 11.705/08 e seus desdobramentos. 3. *Habeas corpus* preventivo: a Lei Seca nos tribunais. 4. Apontamentos acerca do princípio da legalidade penal. 5. Presunção de inocência e o silêncio constitucional. 6. Supremacia do interesse público e o exercício do poder de polícia. 7. Licitude da prova e violação ao *due process of law*. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade traçar apontamentos acerca da compatibilidade das inovações trazidas pela Lei nº 11.705/08 ao Código de Trânsito Brasileiro e as garantias processuais presentes na Constituição Federal. Ainda que haja notória importância social, sobretudo no que tange à diminuição dos acidentes de trânsito, resta razoável delimitar em que medida tal política pública preserva as garantias constitucionais dos condutores de veículos parados pela *blitzen* da Lei Seca, especialmente em relação à utilização do etilômetro enquanto meio de aferição da alcoolemia do motorista.

Abstract: This paper aims to address the compatibility between the changes brought about by the Law no. 11.705/08 of the Brazilian traffic code, and the procedural guarantees of the Federal Constitution. Although the Law has great social importance, especially with regards to the decrease of traffic accidents, it is reasonable to determine in what extent such public policy maintains the constitutional guarantees of drivers caught in anti-drunk driving blitzes, especially concerning the use of ethylometers as means to assess drivers' alcohol levels.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Monitor da disciplina de Teoria Geral do Processo I. E-mail: marcosfelipe@id.uff.br.

1. INTRODUÇÃO

A Exposição de Motivos que ensejou a edição da Medida Provisória nº 415, de 22 de janeiro de 2008, demonstra o panorama em que o referido ato foi editado, convertendo-se posteriormente na Lei nº 11.705/2008, ou Lei Seca, como é chamada popularmente. A medida motiva-se, sobretudo, nos altos índices de acidentes de trânsito cuja causa haja sido a embriaguez por parte do motorista, ainda que o texto enfoque, primordialmente, o alcoolismo enquanto problema de saúde pública. Cita-se dados como, por exemplo, a cirrose hepática de etiologia alcoólica como a sétima maior causa de óbito na população da faixa etária de 15 anos, ou ainda os altos gastos com procedimentos hospitalares relacionados ao uso de álcool e outras drogas, alcançando o montante de R\$ 4.317.251,59 no período entre 2002 e junho de 2006, segundo dados apontados na justificção da MP.

A relação entre o álcool e os acidentes de trânsito vem sendo estudada desde o final da década de 1960. Em recente estudo sobre a percepção de risco para dirigir e a alcoolemia, tomando por base amostragem de condutores de veículos de Porto Alegre, DE BONI (2007, p. 12) concluiu que o risco de acidente de trânsito aumenta em quatro vezes se o motorista está com grau alcoólico na faixa de 0,05-0,09 mg/DL, podendo chegar a até quarenta e cinco vezes no caso de concentrações superiores a 0,15%.

Inobstante, a Primeira Semana Mundial das Nações Unidas de Segurança no Trânsito, organizada pela Organização Mundial de Saúde em 25 de abril de 2007, concluiu que os acidentes de trânsito seriam uma das principais causas de morte no país. A OMS, em observância ao custo que os acidentes de trânsito causam aos Estados (em países de alta renda, o custo despendido com acidentes de trânsito equivale a 2,0% de seu Produto Interno Bruto), sugere quatro políticas públicas voltadas à diminuição do consumo de álcool associado à direção: (i) redução do limite de concentração sanguínea do álcool permitida para dirigir; (ii) suspensão administrativa da licença de motoristas que dirigem intoxicados; (iii) fiscalização com “bafômetros”; e (iv) política de “tolerância zero” para motoristas novatos (BABOR apud DUALIBI, 2008, p. 17).

Com o escopo de atenuar o consumo de álcool pela população brasileira, a MP 415 converteu-se na Lei nº 11.705/2008, cuja eficácia se deu de plano, mediante a instalação de *blitzen* nas avenidas e estradas de grande circulação para que os agentes policiais

fiscalizassem o consumo de álcool por parte dos motoristas mediante os meios previstos na lei.

Contudo, tão logo a lei fosse colocada em prática, os tribunais estaduais foram provocados a se manifestar acerca da legalidade do uso de tais meios, como o bafômetro. Desse modo, *habeas corpus* preventivos foram impetrados perante órgãos do Poder Judiciário a fim de que, incidentalmente, a validade e a eficácia da referida lei fossem questionadas.

Destarte, o presente estudo visa delinear as remissões doutrinárias e jurisprudenciais que este panorama vislumbrou no meio jurídico. A referida lei, ainda que eficaz, deve se compatibilizar com determinadas garantias constitucionais, como a legalidade e a presunção de inocência, cujo corolário é o preceito através do qual ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. A incidência destes sob os dispositivos legais em comento é o objeto do presente estudo.

2. A LEI Nº 11.705/08 E SEUS DESDOBRAMENTOS

A Medida Provisória 415, convertida na “Lei Seca”, tem por escopo a legalização da alcoolemia zero, permitindo aos motoristas tão somente parâmetros mínimos de álcool na corrente sanguínea, através de alterações no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97). Cumpre destacar alguns de seus dispositivos:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração – gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

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

Art. 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.”

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 a 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 CONATRAN, permitam certificar seu estado.

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

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo

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:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

A fim de viabilizar a aferição do teor alcoólico disposto no tipo descrito no art. 306, a Presidência da República editou o Decreto nº 6.404/08, regulamentando a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para que seja apurado o aludido crime de trânsito. Oportunamente, pode-se flexibilizar a aferição do teor alcoólico igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue, equivalendo-o à quantia igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

A Resolução nº 81/98, por sua vez, disciplinou o uso de medidores de alcoolemia, porém, face a inovação legislativa, o CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito) emitiu a Resolução nº 206, prevendo outras formas de aferição do grau de alcoolemia. Na prática, os agentes policiais das *blitzen* submetem os motoristas ao teste do bafômetro, à luz do permissivo instaurado pelo Decreto nº 6.404/08, ante a sua praticidade e agilidade, fazendo com que o condutor do veículo assopre o aparelho que identifica o nível de álcool ingerido pelo condutor.

Sendo constatado que o condutor está acima de seis decigramas de álcool por litro de sangue, ou acima de três miligramas em se tratando de exame de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), o motorista sujeita-se às penalidades do art. 165, por força do disposto no art. 276, todos do Código Nacional de Trânsito.

A supramencionada Resolução do CONTRAN, para além dos meios exemplificativos previstos no art. 277 da Lei nº 11.705/2008, concede o poder ao agente de trânsito de certificar o estado de embriaguez do motorista por quaisquer meios de prova

admitidos em direito, quando o condutor se recusar a se submeter ao teste que tende a aferir o seu teor alcoólico. Outorga ao agente, ainda, o poder de atestar a embriaguez mediante lavratura de espécie de termo de ocorrência, que conste, expressamente, que o condutor se recusou a realizar o teste de alcoolemia, bem como sinais evidentes de sua embriaguez, como olhos vermelhos, sonolência e agressividade.

Todavia, conforme já destacado, o aparelho de etilômetro dispõe de resultado prático e rápido: basta que o motorista assopre e, em poucos minutos, o agente policial poderá estar munido de prova através da qual se ensejará a prisão do condutor. Constitui meio eficaz de dar termo à situação, sendo este um dos mais utilizados pelos agentes de trânsito nas *blitzen* da Lei Seca.

Face tamanha operacionalização estatal a fim de dar eficácia à Lei Seca, combinada com sua própria Exposição de Motivos, não restam dúvidas de que a mesma consta de difícil aplicação. Ainda que objetive questões de ordem pública, seu objeto vai ao encontro de hábitos culturais dos cidadãos destinatários da norma. Destarte, o Poder Judiciário recebeu inúmeros pleitos a fim de legitimar ou impugnar a norma que causava tantos transtornos aos condutores de todo o país.

3. HABEAS CORPUS PREVENTIVO: A LEI SECA NOS TRIBUNAIS

O *habeas corpus* constitui um dos remédios constitucionais de maior prestígio em nosso ordenamento, cujo objetivo é o de tutelar a liberdade de locomoção em face de qualquer ato ilegal, seja o mesmo proveniente de Poder Público ou de particulares (GRINOVER, 1992, p. 357). Admitem-se duas espécies de *habeas corpus*: o de caráter preventivo, quando há uma ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção, com fins de se obter um salvo conduto para garantir o livre trânsito ao paciente; e o de caráter repressivo, impetrado quando a violência ou a coação já se consumou, com o intuito de fazer cessá-la. Ambos estão previstos no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988.

A fim de driblar as *blitzen* policiais instaladas em virtude da Lei Seca, os condutores utilizaram-se do *habeas corpus* preventivo sob o pretexto de preservar a sua liberdade de locomoção, requerendo a obtenção do salvo conduto para que não sejam compelidos a se

submeter ao teste do etilômetro.

O Superior Tribunal de Justiça, nessa esteira, se manifestou no sentido de denegar o *habeas corpus* preventivo. Baseia-se nos precedentes da própria Corte de que não resta adequada a utilização do referido remédio em se tratando de mera hipótese de ameaça à liberdade de locomoção, devendo esta ser fundada em reais evidências. Merecem destaque os julgados abaixo:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS.

"TESTE DO BAFÔMETRO". LESÃO OU AMEAÇA DE LESÃO À LIBERDADE DE IR, VIR E FICAR DO PACIENTE.

1. Para ser cabível o habeas corpus preventivo, é necessário haver fundado receio de que o paciente possa vir a sofrer coação ilegal ao seu direito de ir, vir e ficar.
2. À míngua de elementos concretos que evidenciem o fundado receio de o paciente vir a sofrer lesão no seu direito de locomoção, fica inviabilizada a expedição de salvo-conduto preventivo. Precedentes.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no RHC 25118/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 17/08/2009 REVFOR vol. 405, p. 558)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. "TESTE DO BAFÔMETRO" (ALCOOLEMIA). SALVO-CONDUTO PARA SUA NÃO-REALIZAÇÃO. "ATO DE HIPÓTESE". VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA.

1. É manifestamente incabível a utilização do habeas corpus, em sua versão preventiva, quando o alegado risco à liberdade de locomoção é meramente hipotético, "ato de hipótese". Precedentes do STJ e STF.
2. Ademais, "Eventuais sanções decorrentes de recusa do paciente a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, dentre eles o teste de alcoolemia, não vão além de aplicação de multa e suspensão do direito de dirigir e de medidas administrativas, não existindo, assim, constrangimento a ser sanado no âmbito do writ."(AgRg no HC 133840/PR, Rel. Min. convocado HAROLDO RODRIGUES, DJe 8/3/10).
3. Ordem denegada.
(HC 140861/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRETENDIDA EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO EM FAVOR DO RECORRENTE PARA QUE NÃO SEJA CONDUZIDO À DELEGACIA OU MULTADO EM CASO DE NÃO SUBMISSÃO AO TESTE DO BAFÔMETRO OU A OUTRO EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA. MANDAMUS NÃO CONHECIDO NA ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO OU AMEAÇA DE VIOLÊNCIA AO DIREITO AMBULATORIO. VIA INADEQUADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. O habeas corpus não constitui meio idôneo para pleitear a expedição de salvo-conduto em favor de motorista que não deseja se submeter ao teste do bafômetro ou a outro exame de dosagem alcoólica, uma vez que ausente qualquer violação ou ameaça ao direito à liberdade de locomoção. Precedentes.
2. Recurso improvido.
(RHC 25655/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 25/08/2011)

Todavia, antes do Superior Tribunal de Justiça se pronunciar sobre a matéria, existiram algumas poucas decisões favoráveis à concessão do salvo conduto. A título exemplificativo, destaca-se a ementa de decisão liminar prolatada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. LEI 11.705/2008. “TESTE DO BAFÔMETRO” (ALCOOLEMIA). SALVO CONDUTO PARA SUA NÃO REALIZAÇÃO. LESÃO OU AMEAÇA DE LESÃO À LIBERDADE DE IR, VIR E FICAR DO PACIENTE. LIMINAR CONCEDIDA. Em razão do exposto, concedo a liminar requerida. Expeça-se ordem de salvo conduto ao paciente para que, caso se negue, em diligência policial, a submeter-se ao aparelho conhecido como “bafômetro” ou qualquer outro teste de alcoolemia, não seja obrigado, simplesmente por este fato, a comparecer a repartição policial e que não lhe seja aplicada qualquer penalidade administrativa, tais como de apreensão de veículo ou suspensão do direito de dirigir, bem como que não haja lavratura de multa ou prisão. (TJ-RJ. ORGAO ESPECIAL. HC nº. 0038253-77.2008.8.19.0000, rel. DES. RICARDO BUSTAMANTE, j. 23/07/2008.)

Por anos, a questão da legalidade dos métodos utilizados pela *blitzen* da Lei Seca ficou sem resposta. Os Tribunais eram provocados por meio de *habeas corpus* preventivos, que, conforme supramencionado, eram denegados, por ser a via inadequada para tanto. Contudo, em virtude de recursos repetitivos, a questão foi ventilada no REsp nº 1.111.566/DF, nos quais o Plenário da Terceira Turma do STJ se manifestou quanto aos demais pontos da Lei Seca.

Na ocasião, o desembargador convocado Madilson Macabu arguiu ponto controverso na aplicação da lei em comento: pronunciou-se em relação à constitucionalidade da recusa ao teste de alcoolemia em virtude do princípio da não autoincriminação. O magistrado considerou, ainda, ser inadmissível a possibilidade de se utilizarem outros meios de prova em razão da negativa do condutor em realizar os testes, não devendo, portanto, ser compelido pelo agente policial a realizá-los².

O aludido julgamento não conduziu à apreciação da constitucionalidade da referida lei, ante a competência da Corte. Contudo, houve a restrição da interpretação da lei em razão da especificidade do teor alcoólico: apenas o bafômetro e o exame de sangue são capazes de atestar que o motorista encontra-se dentro dos limites legais.

2 Consoante informação publicada pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218> Acessado em 18 de julho de 2012.

4. APONTAMENTOS ACERCA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL:

A promulgação da Lei nº 11.705/08, conforme exposto, alterou as disposições do Código de Trânsito Brasileiro a fim de dar tratamento mais rigoroso ao condutor que dirigir sob a influência do álcool. Desse modo, o art. 306 da referida lei aplica as sanções ao motorista que estiver com concentração de álcool no sangue igual ou superior a seis decigramas por litro.

A fim de dar maior viabilidade à exigência legal, a Presidência da República, à época, editou o Decreto nº 6.488/08, que regulamentou os arts. 276 e 306 do CTB, equivalendo os métodos de aferição de alcoolemia da seguinte forma, “para os fins criminais” a que alude seu art. 2º:

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I – exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Notória, pois, a inovação legislativa que o supramencionado decreto faz ao tipo penal disposto no CTB.

Nessa esteira, o princípio da legalidade, estritamente na esfera penal, constitui um dos estratos basilares do Estado Democrático de Direito, sendo o meio mais visível de limitação do *ius puniendi*. A legalidade penal é identificada, assim, como sendo “a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo” (BATISTA, 2007, p. 65).

Sob o pálio de tais características, é dever do legislador a descrição taxativa, exaustiva e inequívoca do tipo penal incriminador, a fim de que seja de conhecimento do aplicador e dos demais cidadãos o conteúdo e os limites da condenação que se pretende fixar. *Lato sensu*, o escopo do princípio da legalidade penal, esculpido em nosso ordenamento na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX) e em disposições ordinárias (art. 1º do Decreto-Lei nº 2.848/40), consiste no estabelecimento de limites à intervenção estatal punitiva, obedecendo ao corolário da segurança jurídica (GARCIA PABLOS, 1995, p. 233; GRECO, 2011, p. 94).

À luz do princípio da legalidade, a utilização do etilômetro não satisfaz aos limites do tipo descrito no art. 306 do CTB, e, sendo assim, de nenhum modo presta-se a aferir a alcoolemia do condutor para os fins sancionadores do referido dispositivo. O *caput* do tipo é claro ao descrever que o delito resta configurado tão somente quando verificada a taxa de seis decigramas de álcool por litro de sangue, não abrindo margem à aplicação extensiva que enseje a utilização de outro método senão o exame de sangue.

Assim, o exame do ar expelido dos pulmões não presta-se a configurar o crime de embriaguez ao volante. A configuração da alcoolemia para os fins do art. 306 se dá pela aferição do teor de álcool constante no sangue do condutor do veículo, e não no ar expelido de seus pulmões. O Decreto nº 6.488/08, ao equiparar os resultados obtidos no etilômetro e no exame de sangue, violou expressamente a garantia constante no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal (PELUSO, 2008, p. 16).

5. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O SILÊNCIO CONSTITUCIONAL

Uma das mais consagradas garantias constitucionais de aplicabilidade processual, o princípio da presunção de inocência decorre da interpretação do inciso LVII do art 5º da Carta Magna, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Decorre de disposição implícita, pois, enquanto o sujeito ainda é réu no processo em curso, este deve ser presumidamente inocente, até que a sentença condenatória transitada em julgado determine o contrário, isto é, sua culpabilidade.

Também decorre do mesmo inciso o princípio da não-autoincriminação. Ao passo que este coloca o réu em posição neutra (não declara o sujeito como inocente ou culpado), demonstrando o escopo das normas processuais em tutelar o regular desenvolvimento do processo, e não a posição subjetiva da parte envolvida, o princípio da presunção da inocência coloca o sujeito em posição positiva, considerando-o inocente até que haja sentença penal condenatória em contrário. Contudo, a doutrina atual tende a equiparar os dois princípios, cuja aplicabilidade prática se coincide.

A presunção de inocência tem no direito romano a sua base histórica, consagrada na

máxima *in dubio pro reu*. A tradicional regra da *common law* constitui um dos postulados fundamentais que impulsionaram a reforma do sistema repressivo no contexto da Revolução Liberal do séc. XVII. Como resultado, pode-se observá-lo presente em diversas cartas de direitos fundamentais, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que preleciona em seu artigo 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Corolário à presunção de inocência, o direito ao silêncio decorre da interpretação do inciso LXIII do art. 5º da Carta Magna: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Quanto à aplicabilidade do referido dispositivo, DA SILVA (2008) defende sua interpretação restritiva, uma vez que a Constituição trata expressamente da figura do preso, não obstante o fato de que a extensão do direito aos suspeitos livres traria ao Estado um ônus que o mesmo não é capaz de suportar. Na mesma esteira está LENZA (2011, p. 920), que identifica o silêncio constitucional como um dos direitos assegurados tão somente aos presos.

MARCÃO, por sua vez, também se posiciona quanto à inconstitucionalidade da obrigatoriedade de submissão do motorista ao teste do bafômetro. Com base nos princípios da presunção de inocência e do direito ao silêncio, o autor pontua: “Não poderá, em síntese, constrangê-lo [o motorista] a exames de alcoolemia (sangue, v.g.) ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), vulgarmente conhecido por ‘bafômetro’”. O condutor não está obrigado, assim, a se manifestar sobre os fatos a ele imputados, tampouco a produzir provas contra si mesmo (MARCÃO, 2008).

6. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

Ante o alto valor social, tendo em vista as questões de ordem pública e a diminuição dos acidentes de trânsito que a eficácia da lei traria aos cidadãos brasileiros, a utilização do etilômetro seria legítima. Trata-se, portanto, de aplicação do princípio da supremacia do interesse público, cuja incidência não se restringe à fase legislativa, vinculando também a atuação da Administração Pública. Cumpre destacar o conceito exposto por DI PIETRO (2011, p. 67):

Ocorre que, da mesma forma que esse princípio inspira o legislador ao editar as normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa. Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual.

A Exposição de Motivos que deu ensejo a edição da Lei Seca traz consigo todo o arcabouço doutrinário capaz de satisfazer à indagação quanto ao escopo de sua eficácia. A Lei Seca tem por objetivo notório a diminuição de acidentes de trânsito: todos os seus corolários lógicos levam à satisfação do interesse público (em detrimento da liberdade do motorista, à primeira vista).

O assunto remete à tensão existente na seara do direito administrativo no concernente ao poder de polícia. ZANOBINI (1968), contudo, ensinou acerca da possível incompatibilidade entre os direitos individuais e os limites impostos pelo poder de polícia: “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”. O tema adquire status internacional quando fora destacado na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que preleciona em seu art. 29:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estão sujeitas às limitações estabelecidas com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdade dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (...).

Há, contudo, limites à atividade do poder de polícia. Ainda que se trate da proteção do interesse geral, existem limites a serem observados, dentre os quais DI PIETRO (2011, p. 124) ressalta três:

1. a da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público;
2. a da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado;
3. a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público.

Em relação à aplicação da Lei Seca mediante a submissão de motoristas ao teste do etilômetro, objeto do presente estudo, não há que se indagar acerca de sua necessidade, ante todo o exposto quando da análise da incidência do princípio do interesse público. Tampouco resta obscuro a eficácia da metodologia da referida lei, face aos instrumentos de que o Estado

dispõe consoante o texto outorgado. Contudo, urge latente a desproporcionalidade com a qual o Estado, utilizando-se de seu poder de polícia, por meio do pretexto de cumprimento à lei, implementa a “alcoolemia zero”.

Para além do constrangimento a que o motorista é submetido, não resta razoável o agente policial obrigá-lo a produzir provas contrárias a si mesmo. Trata-se de flagrante violação às garantias constitucionais já tratadas anteriormente.

Todavia, resta imprescindível destacar a questão dos direitos individuais à luz do estudo despendido por MORAES (2008, p. 33), *verbis*:

(...) ao cidadão é vedado se valer da utilização desses direitos individuais visando a prática de atividades ilícitas e o consequente afastamento da responsabilidade civil ou penal, pois isto culminaria no total desrespeito ao Estado de Direito.

Em aparente resposta, DA SILVA (2008, p. 29) pontua, remetendo aos tópicos já trabalhados:

Vários juristas alegam a inconstitucionalidade desse dispositivo, pois ninguém pode ser considerado culpado antes da condenação. Ora, a autoridade administrativa e a policial não são juiz. Elas não condenam. Apenas agem como lhes compete. Se houve excesso ou ilegalidade, cumpre ao Judiciário intervir.

7. LICITUDE DA PROVA E VIOLAÇÃO AO DUE PROCESS OF LAW

Por óbvia disposição constitucional, o devido processo legal constitui-se na garantia fundamental do processo. DIDIER JR (2007, p. 27) conceitua-o: “Aplica-se o princípio genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade. Inclusive na formação das leis. Processo é palavra gênero que engloba: legislativo, judicial, administrativo e negocial”.

Enquanto “norma fundamental processual”, estaria melhor localizado ao início deste estudo, porém o ponto a que se destaca, qual seja, a licitude da prova, aproxima-se tão mais do que os demais já abordados. Por oportuno, pode-se considerar como o mais importante assunto no que tange ao objeto em questão (o bafômetro face as garantias processuais).

Cabe aproximação à posição defendida por MENDES (2009, p. 685) quanto aos desdobramentos constitucionais do *due process of law*: (i) direito ao contraditório e à ampla defesa; (ii) direito ao juiz natural; (iii) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita; (iv) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988 preceitua a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita no processo, em seu art. 5º, inciso LVI. MIRABETE (1994, p. 116) tratou de traçar a divisão entre provas ilícitas como “as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção”; e provas ilegítimas entendidas como “as que afrontam as normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo”. No mesmo sentido, conceitua o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) em seu art. 157, *caput*, quando dispõe que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Em que pese os pontos já tratados, resta óbvia a afronta que o procedimento adotado nas *blitzen* da Lei Seca provocam às garantias constitucionais do cidadão. O condutor é compelido a produzir prova contra si mesmo, sob pena de infringir nas mesmas penas de quem estaria violando a norma que proíbe que o motorista dirija sob determinado teor alcoólico. O inocente, no regular exercício de um direito assegurado constitucionalmente, passa a ser presumidamente culpado.

Não prospera o argumento pelo qual a licitude da prova esvazia-se na esfera penal. Conforme destacado, o devido processo legal é admitido amplamente em todas as esferas jurídicas (judicial, administrativo, legislativo e negocial), sendo pacífica, inclusive, sua aplicabilidade nas relações particulares³.

Há, ainda, a exceção à regra da inadmissibilidade da prova ilícita, chamada de teoria dos frutos da árvore envenenada. Consubstanciado no parágrafo primeiro do art. 157 do Código de Processo Penal, nosso ordenamento jurídico, com o advento da Lei nº 11.690/08, passou a admitir as provas derivadas que forem derivadas das ilícitas, porém cujo nexo de

3 Sobre a aplicabilidade do devido processo legal no âmbito das relações particulares, cf. STF, RE nº 158215-4/RS; TJRJ APC nº 1998.001.08148 e APC nº 2000.001.12810.

causalidade não for evidenciado, e quando as provas derivadas puderem ser obtidas por fonte independente daquelas ilícitas.

Não merece prosperar o argumento através do qual a prova obtida por meio do exame do etilômetro possa ser considerada lícita por força do disposto no art. 157, §1º, do CPP. Em razão do princípio *nemo tenetur se detegere*, ao condutor é permitido a rejeição a qualquer tipo de coação que enseje a produção de prova contra si mesmo; é lícito, portanto, a rejeição ao etilômetro, bem como ao exame de sangue, não existindo outro meio capaz de auferir o teor de álcool presente na corrente sanguínea do condutor. Não há, em suma, outro meio idôneo capaz de detectar a culpabilidade do condutor ou, ainda, que permita a utilização do bafômetro por força do dispositivo legal.

8. CONCLUSÃO

Sob a ótica do interesse coletivo, resta pacífico o objetivo da Lei Seca em atenuar o índice de acidentes de trânsito motivados por condutores embriagados. O legislador, contudo, ao descrever o tipo da embriaguez ao volante, acabou por se equivocar na margem que dá causa às penalidades da lei. Seis decigramas de álcool por litro de sangue trata-se de teor comprovado tão somente por exame de sangue, não sendo satisfatória a equiparação ao uso do exame de ar alveolar pulmonar (etilômetro), ainda que haja previsão em decreto para tanto. Trata-se de extensão do tipo, o que vai de afronta ao princípio da legalidade penal, conforme preceituado anteriormente.

Inobstante à questão penal, os tribunais, por vezes, deixaram de analisar as questões constitucionais atinentes à Lei Seca em razão da inadequação da via eleita para tanto. Os condutores recorreram ao Poder Judiciário a fim de obter salvo conduto, com o intuito de se absterem do exame do bafômetro, todavia o entendimento pretoriano fundou-se na inadequação do *habeas corpus* para reprimir restritamente a hipótese de risco à liberdade de locomoção.

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, constitui-se em garantia processual assente a nível internacional, cujo corolário lógico é o direito ao silêncio. Em suma, qualquer espécie de coação ao cidadão para que o mesmo produza prova contra si

mesmo se caracteriza como inconstitucional, ante a latente afronta à garantia prelecionada no brocardo *nemo tenetur se detegere*.

No mesmo sentido, a violação ao devido processo legal urge notória se analisada à luz da produção de prova ilícita. Inobservadas as garantias processuais previstas na própria Constituição e na legislação ordinária, não há que se falar em licitude da prova obtida por meio do etilômetro. Tampouco é compreensível sua admissibilidade sob o argumento da exceção à regra da inadmissão das provas ilícitas: o ordenamento prevê a rejeição do condutor a esse tipo de exame, não havendo outro modo capaz de produzir prova, a primeira vista, em havendo a sua expressa rejeição⁴.

Desse modo, ainda que haja ulteriores argumentos capazes de legitimar a atuação das *blitzen* da Lei Seca na prevenção e controle dos acidentes de trânsito, não resta razoável a admissão de permissivos legais que contrariem normas superiores fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Tais garantias são indisponíveis, não cabendo ao Estado limitá-las, seja no exercício do poder de polícia, ou seja sob o pálio da supremacia do interesse público.

Destarte, em não havendo compatibilidade dos dispositivos em comento com as garantias e princípios proclamados no texto e no espírito da Carta Magna de 1988, não há que se falar na legítima aplicação de uma lei expressamente inconstitucional, cabendo ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, sua urgente reforma e/ou revogação, face a notória importância no que tange à prevenção dos acidentes de trânsito no país.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

BRANCO, Paulo; COELHO, Inocêncio; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRUTTI, Roger Spode. A Eficácia da Prova Testemunhal nos Delitos de Embriaguez ao

4 Sobre a eficácia da prova testemunhal em substituição ao uso do exame de ar alveolar pulmonar e exame de sangue, cf. BRUTTI, 2008, p. 21-31.

Volante. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, v. 9, nº 52, 2008, p. 21-31.

DA SILVA, Antônio Álvares da. **Lei Seca**. São Paulo: LTr, 2008.

DE BONI, Raquel B. **Percepção de risco para dirigir e alcoolemia em frequentadores de postos de gasolina de Porto Alegre**. Dissertação (Mestrado em Psiquiatria) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Medicina, Porto Alegre, 2007.

DELMANTO, Roberto. As inconstitucionalidades da lei seca. **Boletim IBCCrim**, ano 16, nº 189, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo, Atlas. 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1 Salvador: Jus Podivm, 2007.

DUALIBI, Sérgio; LARANJEIRA, Ronaldo. O bafômetro e a “lei seca”. **Boletim IBCCrim**, ano 16, nº 189, agosto/2008.

GARCIA PABLOS, Antônio. **Derecho Penal – Introducción**. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v 1. 13ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os instrumentos brasileiros de defesa das liberdades. **Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos em Iberoamérica**. Ciudad de México: UNAM, 1992. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/685/17.pdf>> Acesso em: 02 de agosto de 2012.

JESUS, Damásio de. Embriaguez ao Volante: Notas à Lei nº 11.705/2008. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, v. 9, nº 52, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, Renato. Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro. Uma análise do novo art. 306, caput, da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.21351>>. Acesso em: 03 de agosto de 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Humberto Fernandes de. Alguns Aspectos sobre a Lei Seca. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, v. 9, nº 52, 2008.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”: algumas observações”. **Boletim IBCCrim**, ano 16, nº 189, 2008.

TASSI, Umberto Ibrahim Abu Shireh. A obrigatoriedade do teste do “bafômetro” em face da Lei 11.705/08: Uma análise crítica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6793&revista_caderno=22>. Acesso em 01 agosto 2012.

ZANOBINI, Guido. **Curso de diritto administrativo**. v. 4. Milão: A. Giuffrè, 1968.