



**Ministério da Educação**  
**Universidade Federal de Santa Maria**  
**Centro de Ciências Sociais e Humanas**  
**Curso de Direito**  
**Núcleo de Pesquisas Prof. Luis Alberto Warat**

**MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO**

**ANA GABRIELA GABRIEL SANTOS**

**A COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO SILÊNCIO *VERSUS* O DIREITO À VIDA E À  
SEGURANÇA PÚBLICA NA RECUSA AO TESTE DO ETILÔMETRO**

**ORIENTADORA: VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO**

**Santa Maria, 13 de dezembro de 2012.**

2º semestre de 2012

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO**

**A COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO SILÊNCIO  
*VERSUS* O DIREITO À VIDA E À SEGURANÇA  
PÚBLICA NA RECUSA AO TESTE DO ETILÔMETRO**

**MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO**

**Ana Gabriela Gabriel Santos**

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2012**

**A COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO SILÊNCIO *VERSUS* O  
DIREITO À VIDA E À SEGURANÇA PÚBLICA NA RECUSA  
AO TESTE DO ETILÔMETRO**

**Ana Gabriela Gabriel Santos**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da  
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito  
parcial para obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito.**

**Orientadora Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Valéria Ribas do Nascimento**

**Santa Maria, RS, Brasil**

**2012**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,  
aprova a Monografia de Graduação

**A COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO SILÊNCIO *VERSUS* O DIREITO  
À VIDA E À SEGURANÇA PÚBLICA NA RECUSA AO TESTE DO  
ETILÔMETRO**

elaborada por  
**Ana Gabriela Gabriel Santos**

como requisito parcial de obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito**

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Valéria Ribas do Nascimento**  
(Orientadora)

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Giuliana Redin**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

**Prof.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Joelíria Vey de Castro**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 13 de dezembro de 2012.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, inicialmente, a Deus pela saúde e equilíbrio, sustentando a minha vida e me provendo da coragem necessária para enfrentar todas as etapas em direção ao crescimento.

Aos meus pais e irmãos por acreditarem e investirem em mim, pelo sorriso e afago que alimentaram a perseverança e a esperança para seguir.

Aos amigos, especialmente Danielli Gadenz e Letícia Almeida de la Rue, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas. O frequente apoio e incentivo durante 5 anos foram essenciais, aliviando frustrações e dividindo vitórias.

Aos professores que, comprometidos com a educação e com o êxito de seus pupilos, me inspiraram com suas atitudes e contribuíram para o meu aprendizado e formação.

À professora Valéria Ribas do Nascimento pela paciência na orientação e estímulo necessário à conclusão do presente trabalho.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.

(Albert Einstein)

## **RESUMO**

Monografia de Graduação  
Curso de Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

# **A COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO SILÊNCIO *VERSUS* O DIREITO À VIDA E À SEGURANÇA PÚBLICA NA RECUSA AO TESTE DO ETILÔMETRO**

AUTORA: **ANA GABRIELA GABRIEL SANTOS**

ORIENTADORA: **VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 13 de dezembro de 2012.

A mistura de bebida alcóolica e direção é uma combinação perigosa responsável por inúmeros acidentes em todo o Brasil. A responsabilização do motorista que dirige sob tais condições é prevista no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. No entanto, o crime somente restará configurado mediante a comprovação, através de testes de alcoolemia, de concentração de álcool igual ou superior a 6 decigramas. Assim, para se livrarem de eventual condenação criminal, os motoristas recusam-se a realizar o teste do etilômetro, alegando proteção aos princípios do silêncio e da não-autoincriminação previstos na Constituição Brasileira. Os princípios alegados, porém, acabam colidindo com os princípios do direito à vida e à segurança pública, os quais expressam o interesse constitucional de proteção da coletividade. Nesse contexto, o presente trabalho pretende chegar a uma solução para a colisão posta. Para tanto, realizou-se uma abordagem da normatividade dos princípios e sua projeção no Direito a partir do pós-positivismo e do paradigma do neoconstitucionalismo. Através do exame dos argumentos que dividem o tema foram analisados quais dos princípios devem prevalecer no caso e, conseqüentemente, se há obrigatoriedade ou não da submissão dos motoristas ao teste verificador de alcoolemia, levando-se em consideração a garantia dos princípios como direitos fundamentais que estruturam o próprio Estado Democrático de Direito. Realizou-se, por fim, uma análise acerca da posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre o tema através de suas decisões.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Colisão de princípios. Obrigatoriedade do teste do Etilômetro.

**ABSTRACT**  
Graduation Monograph  
Law School  
Federal University of Santa Maria

**A COLLISION BETWEEN THE PRINCIPLE OF SILENCE  
VERSUS THE RIGHT TO LIFE AND PUBLIC SECURITY  
WHEN THE DRIVER REFUSES TO SUBMIT THE  
BREATHALYZER**

Author: ANA GABRIELA GABRIEL SANTOS  
Adviser: VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO  
Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 13th, 2012.

Mixing alcoholic beverages and driving is a dangerous combination responsible for several accidents throughout Brazil. The crime provided for the driver who drives under such conditions is laid down in Article 306 of the Brazilian Traffic Code. According to the law, the crime of driving under the influence of alcohol will remain configured only by providing proof alcohol concentration greater than or equal to 6 decigrams through alcohol tests. Then, in order to get rid of criminal charges, the drivers refuse to perform the breathalyzer, claiming protection principles of silence and non-self-incrimination contained in the Brazilian Constitution. The alleged principles end up colliding with the principles of the right to life and public safety which express the constitutional interest of community protection. In this context, this work aims to show the balance technique as a solution for the collision between principles. The study presented an approach to the normativity of principles and its projection in Law due the post-positivism and the neo constitutionalism paradigm. Through the examination of the arguments over the subject was analyzed which principles should prevail in the case and, consequently, was checked the possibility of mandatory breathalyzer, taking into consideration the guarantee of principles as fundamental rights that guide the democratic state. At last was held an analysis of the decisions taken by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul about the subject.

Keywords: Constitutional Principles. Collision of Principles. Mandatory Breathalyzer.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1 CARACTERÍSTICAS PERTINENTES À NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>12</b>
1.1 A ponderação como solução para as colisões entre princípios segundo a teoria de Robert Alexy .....	23
<b>2 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS DIANTE DA PERMISSÃO DAS AUTORIDADES NA RECUSA À REALIZAÇÃO DO TESTE DO ETILÔMETRO PELO CONDUTOR DE VEÍCULOS .....</b>	<b>37</b>
2.1 Princípio do silêncio e da não-autoincriminação <i>versus</i> o princípio do direito à vida e à segurança pública: as correntes contrapostas .....	40
2.2 O posicionamento das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a obrigatoriedade do teste do etilômetro .....	49
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>58</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, mais conhecida como Lei Seca, alterou o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), principalmente os artigos 165 e 306, prevendo como crime a condução de veículo automotor sob o efeito de álcool ou de qualquer outra substância com efeito psicoativo. Nesse sentido, restou determinada a sujeição do motorista que conduzir veículo com concentração de álcool igual ou superior a 6 decigramas por litro de sangue à pena de seis meses a três anos de detenção com multa e suspensão ou proibição de dirigir veículo automotor.

Para tanto, o condutor sob suspeita de embriaguez deveria realizar exame de sangue ou o teste do etilômetro, mais conhecido como “bafômetro”, conforme o artigo 277 do CTB. Muito se discute, entretanto, acerca da obrigatoriedade ou não da realização do referido teste.

Diante deste cenário, o presente trabalho tem por objetivo verificar se é possível impor aos condutores de veículos automotores a realização de testes para a verificação da alcoolemia sob a perspectiva da análise da colisão dos princípios constitucionais envolvidos. A abordagem promovida sob o enfoque constitucional, através da pesquisa bibliográfica e da análise jurisprudencial, pretende demonstrar as possibilidades na interpretação dessa discussão.

O tema é, de fato, bastante controverso, dividindo opiniões de doutrinadores e de juristas, tendo em vista o paradoxo existente entre a tentativa de proteger um direito individual fundamental e a tutela do interesse coletivo. Ou seja, de um lado o direito ao silêncio previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal e seus correlatos, como o princípio da não-autoincriminação, e de outro lado, a defesa da tutela do interesse coletivo consubstanciado no direito à vida dos motoristas e pedestres, bem como no direito à segurança pública, previstos no artigo 5º e 144 da Constituição Federal.

O centro da presente discussão reside no princípio constitucional do silêncio. Este, originário do amplo princípio *nemo tenetur se detegere*, galgou status de direito fundamental, na modalidade de princípio geral, pois inserido entre os direitos advindos da formação do Estado Democrático de Direito o qual protege essencialmente a liberdade e a dignidade do indivíduo.

Assim, estando o princípio do silêncio ligado ao ideal de liberdade e dignidade da pessoa humana, à medida que assegura o direito ao condutor de veículo a não

se autoincriminar pela realização do teste do etilômetro ou do exame de sangue, fundamenta a própria legitimidade do Estado Democrático de Direito. Desse modo, acaba por preservar um dos instrumentos fundamentais à concretização do contraditório e da ampla defesa.

Não há como olvidar, no entanto, que a Constituição Federal protege com a mesma intensidade o direito à vida e à segurança dos demais condutores e pedestres, engendrando verdadeira colisão principiológica.

Sendo assim, inicialmente, teceram-se algumas considerações sobre a normatividade dos princípios constitucionais cuja compreensão é de suma importância para a diferenciação entre regras e princípios. A contextualização histórica da inclusão dos princípios nas constituições, passando-se pelo jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo permite afirmar que normatividade dos princípios foi reconhecida somente no pós-positivismo quando, então, ganharam papel de destaque no cenário jurídico, cumprindo importante função de sustentação da ciência do Direito. Nesse cenário, há a retomada das questões éticas e morais, abrindo o Direito para a nova hermenêutica e projetando o Neoconstitucionalismo.

Em seguida, a constatação de que regras e princípios são gêneros da espécie norma torna-se necessária para a diferenciação entre os dois tipos normativos. Nesse ponto, destaca-se a distinção entre o conflito de regras e a colisão de princípios, bem como a devida solução para tais impasses com base na teoria de Robert Alexy.

A par disso, busca-se avaliar os interesses individuais e coletivos contrapostos juntamente com os meios de solução para as colisões de princípios, com o intuito de verificar a possibilidade de dirimir o controvertido impasse existente sobre o tema. Por fim, passa-se a analisar algumas das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a colisão de princípios na obrigatoriedade ou não da realização do teste do etilômetro.

Em razão do caráter controverso do tema submetido à pesquisa, adotou-se o método dialético, operacionalizando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e a realização de análise jurisprudencial. O problema em si possui uma temática controvertida no que tange à preocupação com a proteção do interesse coletivo (princípio do direito à vida e da segurança pública) e, por outro lado, a preservação do interesse individual dos motoristas (princípio do silêncio e da não-autoincriminação) contra possíveis abusos do Estado quando da resistência à

realização do teste do etilômetro, sendo necessária a observação dessas correntes contrapostas em busca da solução para a colisão principiológica.

# 1 CARACTERÍSTICAS PERTINENTES À NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios sempre estiveram inseridos no Direito, desempenhando o importante papel de orientadores do raciocínio jurídico. Com sua influência na condução e aplicação do Direito, os princípios permearam os brocardos romanos, tiveram um viés teleológico na Idade Média e, posteriormente, foram incorporados no ordenamento moderno e contemporâneo.

Apesar de presentes ao longo da história da humanidade, os princípios nem sempre foram tão influentes. Ocuparam, inicialmente, uma posição de auxiliares da lei e galgaram, aos poucos, o devido papel de destaque com o reconhecimento de sua normatividade, sendo inseridos no coração das Constituições contemporâneas.

Esse caminho, no entanto, foi longo, acompanhando a evolução histórica do Direito. Para melhor abordagem teórica acerca da normatividade dos princípios faz-se necessária, então, a compreensão do conceito e significado dos princípios no ordenamento jurídico.

Observa-se, primeiramente, que o vocábulo “princípio” admite várias acepções, porquanto é uma palavra polissêmica, variando de significado de acordo com a perspectiva em que for analisada. Dessa forma, o vocábulo “princípio” terá tantos sentidos quantas forem as situações postas sob apreciação.

Dentro de uma concepção abrangente, o jurista Luís-Diez Picazo explica-nos que a noção de princípio provém da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”, acrescentando serem os princípios “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”.<sup>1</sup> Tal entendimento, atribui à palavra “princípio”, derivada do latim *principium*, o sentido lato de seu significado que se manifesta como início, começo, gênese, ou ainda, como a essência de um sistema.

Para Genaro Carrió, a definição dos princípios dá-se a luz de sete focos de significação:

[a] “parte ou ingrediente importante de algo”, “propriedade fundamental”, “núcleo básico”, “característica central”; [b] “regra, guia, orientação ou indicação gerais”; [c] “fonte geradora”, “causa” e “origem”; [d] “finalidade”, “objetivo”, “propósito” ou “meta”; [e] “premissa”, ponto de partida para o raciocínio, “axioma”, verdade teórica postulada como evidente, “essência”,

<sup>1</sup> PICAZO, Luís-Diez apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 255-256.

“propriedade definitiva”; [f] regra prática de conteúdo evidente, verdade ética inquestionável; [g] “máxima”, aforisma, provérbio, peça de sabedoria que vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição.<sup>2</sup>

Esse entendimento revela que os princípios constituem valores incondicionais de um sistema, configurando, de algum modo, seu início, meio e fim. Tal concepção é transportada para o mundo jurídico. A definição de princípio no âmbito jurídico, no entanto, revela maior grau de complexidade, conforme a definição de Plácido e Silva:

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.<sup>3</sup>

Juridicamente, como se pode perceber do conceito apresentado acima, os princípios são concebidos como o alicerce de todo o sistema jurídico. Compreendem não só o início, o ponto de partida do Direito, mas também o meio pelo qual se concretizam seus fins em busca da justiça e da proteção aos direitos.

Apesar de sempre presentes no mundo jurídico, os princípios nem sempre foram considerados o cerne do Direito. Somente a doutrina contemporânea galgou o traço fundamental para a caracterização e projeção dos princípios no cenário mundial, qual seja a normatividade.

Não obstante os conceitos apresentados, os esforços dos juristas em busca da acepção do vocábulo “princípio” são recentes. Ademais, sua definição é acompanhada conforme a evolução histórica do Direito, passando de instituto totalmente avesso ao ordenamento ao coração do próprio ordenamento.

Assim, na devida observação de *Jehnyphen de Santana, a eficácia da normatização dos princípios, dentro dos diversos conceitos apresentados, enfrentou*

<sup>2</sup> CARRIÓ, Genaro apud ENGELMANN, Wilson. **Críticas ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 92.

<sup>3</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

“algumas crises na velha hermenêutica, passando por três fases, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”.<sup>4</sup>

O jusnaturalismo baseia-se na concepção do direito natural, ou seja, concebe que os valores inseridos na sociedade não decorrem da norma jurídica criada pelo Estado. Com origem na antiguidade clássica, o jusnaturalismo acompanha a história, assumindo posições variadas. Na Idade Média, por exemplo, o direito natural adquire caráter teleológico e divino, de modo que a lei era estabelecida pela vontade de Deus.

A partir do século XVI, o jusnaturalismo moderno procura desprender-se da origem divina, dando ênfase à razão humana e à liberdade. Assim, a corrente jusnaturalista aproxima a lei da razão, concebendo a existência de uma justiça inata aos valores do homem e universal, independente do direito positivo.

O jusnaturalismo gera, então, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “a crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo Estado [...]”.<sup>5</sup> Esse entendimento impulsionou a corrente jusnaturalista como importante ferramenta capaz de impor limites ao absolutismo Estatal, servindo de base para as revoluções liberais.

Dentro desse perfil, os jusnaturalistas entendiam que os princípios habitavam em uma esfera abstrata, desprovida de qualquer normatividade, já que eram dotados apenas de carga valorativa, e não jurídica. Por essa razão, o jusnaturalismo ficou conhecido também como fase metafísica ou fase abstrata dos princípios.

Em busca de maior precisão científica, o jusnaturalismo cedeu espaço para o surgimento do juspositivismo ou positivismo jurídico, que apartou o Direito da moral, da ética e das questões transcendentais. A corrente positivista pretendia, assim, resguardar o Direito à letra fria da lei, ou seja, o Direito seria somente o que estivesse positivado no texto legal.

Na fase positivista, os princípios passaram a ser codificados. No entanto, apesar de inseridos no ordenamento, continuavam sem o reconhecimento normativo, constituindo mera fonte subsidiária do Direito.

<sup>4</sup> DE SANTANA, Jehnyphen Samira Gomes. **Normatividade dos princípios e a aplicabilidade do princípio da prioridade absoluta como garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes.** Disponível em: < [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4270](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4270)>. Acesso em: 26 maio 2012.

<sup>5</sup> BARROSO – Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 321-322.

Representavam, assim, uma alternativa segura para evitar o vazio normativo, ou seja, por derivarem da própria lei, os princípios poderiam ser utilizados sempre que esta fosse falha, imprecisa e lacunosa. Nessa fase, no dizer de Gordillo Cañas, os princípios serviam apenas como “válvula de segurança”, que “garante o reinado absoluto da lei”.<sup>6</sup>

Nas últimas décadas do século XX, a busca pela objetividade científica com apego exacerbado entre Direito e norma, afastando-o dos valores éticos, revelou a ineficácia do modelo proposto pela corrente positivista que já não oferecia as respostas demandadas pela sociedade. O “estágio do processo civilizatório” e as “ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade”, nas palavras de Barroso, almejavam a reintrodução das ideias de justiça no ordenamento.<sup>7</sup>

Nesse contexto, a crise positivista acaba por ceder lugar ao surgimento do pós-positivismo cujo movimento tem por escopo o retorno de valores, estreitando novamente os laços entre a ética e o Direito em busca de uma nova perspectiva. O elo entre esses valores e o ordenamento positivo materializa-se na introdução dos princípios às Constituições.

Luís Roberto Barroso, brilhantemente, sintetiza esse entendimento com as seguintes palavras:

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva da justiça.<sup>8</sup>

O reconhecimento da existência dos princípios pela ordem jurídica é, portanto, um grande passo para o fortalecimento dos pilares do universo jurídico, bem como para a consecução de seus fins, reafirmando os ideais de justiça e legitimidade.

Há que se reconhecer, de qualquer sorte, que os princípios sempre permearam o mundo jurídico com forte influência na condução e na aplicação do

<sup>6</sup> CAÑAS, Gordillo apud BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 262.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 328.

<sup>8</sup> Id.



Direito. Foi com o pós-positivismo, no entanto, que os princípios ganharam o elemento que a dogmática jurídica designou somente às Constituições contemporâneas e democráticas, qual seja, a normatividade.

Já em 1952, Crisafulli já defendia a normatividade dos princípios ao conceituá-los da seguinte forma:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.<sup>9</sup>

Ainda na tentativa de melhor apurar o conhecimento sobre o termo “princípio”, Bonavides aponta a investigação doutrinária e jurisprudencial realizada por Riccardo Guastini, que culminou na síntese de seis conceitos relacionados à sua normatividade. O primeiro concebe o princípio como uma norma munida de alto grau de generalidade, o segundo equipara o princípio a normas dotadas de alto grau de indeterminação necessitando da via interpretativa para serem aplicadas a casos concretos, o terceiro atribui aos princípios o caráter de normas pragmáticas.<sup>10</sup>

O quarto conceito dá aos princípios a conotação de normas de elevada posição hierárquica nas fontes de Direito, já o quinto designa o vocábulo “princípio” como normas de essencial importância para o sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto, e por fim, o sexto conceito, atribui à expressão “princípio” o sentido de norma cuja função característica é proceder à escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis ao caso concreto.<sup>11</sup>

Percebe-se, assim, que a normatividade dos princípios acentuou sua pluralidade de funções no ordenamento constitucional, tendo o jurista Daniel Sarmento relacionado quatro dessas funções. A “função de fundamento de legitimidade da ordem jurídico-positivista” dá-se em razão da possibilidade de abstração dos princípios e sua proximidade com o conceito de justiça.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> CRISAFULLI, Vezio apud BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 257.

<sup>10</sup> GUASTINI, Ricardo apud BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 257.

<sup>11</sup> Ibid., p. 258.

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 54-55.

Já a função hermenêutica dos princípios, na concepção de Sarmento, configura importante ferramenta ao intérprete para a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, considerando-se a particularidade de cada caso concreto. Por outro lado, a “função supletiva” preencheria o vazio normativo, no caso da ausência de regras, regulando a situação posta em análise. Finalmente, Sarmento atribui aos princípios constitucionais a “função argumentativa”, tendo em vista a possibilidade de um princípio ceder frente a outro, considerando a dimensão do peso que carregam diante da questão jurídica apresentada.<sup>13</sup>

Nesse passo, ao adquirirem normatividade, os princípios galgaram capacidade de conformar condutas, ou seja, passaram a dispor de vinculatividade jurídica. Restou reconhecida, então, a plena eficácia jurídica dos princípios, convertendo-os, nas palavras de Paulo Bonavides, “[...] em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.<sup>14</sup> Ou seja, com o pós-positivismo os princípios ganham força normativa autônoma, passando a servir ao ordenamento jurídico e estruturando-o.

Com esse novo papel de destaque ocupado pelos princípios, sua importância no mundo jurídico é reconhecida. Sobre essa relevante posição conquistada pelos princípios nas Constituições contemporâneas, Barroso destaca:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.<sup>15</sup>

Os princípios passaram, então, do papel de coadjuvantes à figura de grande destaque e importância no cenário jurídico mundial, concebendo-se, inclusive, uma teoria dos princípios. Nessa trajetória, os princípios acabaram por alcançar o *status* de norma jurídica, suplantando a velha ideia de que seriam dotados apenas de uma carga axiológica, ética, não tendo, porém, qualquer eficácia ou aplicabilidade jurídica.

---

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 237.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 329.

É no pós-positivismo, portanto, que o jusnaturalismo e o positivismo vêm abaixo, projetando os princípios de forma decisiva no Direito. Desse modo, o constitucionalismo moderno supera o entendimento convencional que vigorou no positivismo legalista, resgatando valores e aproximando o Direito da ética.

Em síntese, esses acontecimentos são observados por Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos chamados de *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.<sup>16</sup>

O pós-positivismo, então, concebe que o ordenamento jurídico tem em sua formação um conjunto de regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, que não possuem hierarquia entre si, tendo em vista o princípio da unidade da Constituição, mas tão somente diferentes meios de aplicação. Essa escola estabelece, ainda, um vínculo entre valores, princípios e regras, que constituem aspectos da chamada “nova hermenêutica”.

O retorno do Direito às questões éticas e morais, rejeitando o jusnaturalismo e o positivismo, abre precedente para a dita nova hermenêutica. Princípios e valores deixam de ser conselhos ou meras fontes de consulta esporádica à consciência para deterem normatividade, desvinculando-se dos parâmetros meramente formais de validade, de modo que a aplicação do Direito não seria mais reduzida à estrita subsunção.

Neste contexto, projeta-se o Neoconstitucionalismo cuja importância dá-se, especialmente, em razão da proteção aos direitos fundamentais, à constitucionalização dos princípios e à supremacia da Constituição, possibilitando sua aplicação e interpretação nos aspectos da vida política e social.

Os impactos causados pelo Neoconstitucionalismo acabam por transformá-lo, conforme entendimento de Miguel Carbonell, em paradigma do Estado constitucional.<sup>17</sup> Pode-se dizer, assim, que o Neoconstitucionalismo surgiu em conjunto com o Estado Democrático de Direito, buscando estreitar as relações entre

<sup>16</sup> Ibid., p. 351-352.

<sup>17</sup> CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 9-12.

Direito, moral e política (porquanto conectada à moral) e superando as concepções positivistas na esfera jurídica.

Essa exaltação aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais em conjunto com a ascensão do Estado Democrático de Direito demanda maior participação popular para a proteção de tais valores. Através desse entendimento, Valéria Ribas do Nascimento e Jose Luis Bolzan apontam que, sob o viés democrático e contemporâneo, o constitucionalismo transforma-se, aproximando-se do cidadão que adquire maior senso de defesa dos princípios e direitos sociais.<sup>18</sup>

A par do exposto, nota-se que a distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da dogmática do constitucionalismo moderno, necessária para a “superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas”.<sup>19</sup>

Desse modo, o pós-positivismo acaba por influenciar a doutrina moderna que, ao revés da doutrina clássica, passa a conceber as normas como gênero do qual os princípios e as regras seriam espécies. Esse é o entendimento do renomado jurista alemão Robert Alexy:

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>20</sup>

Com o estabelecimento da distinção dogmática entre regras e princípios, enquanto espécies da norma jurídica, a Constituição passou a ser vista como um “sistema aberto de princípios e regras”, porquanto enriquecida com um conteúdo axiológico que lhe revelou valores jurídicos acentuados em que “as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.<sup>21</sup>

Nesse contexto, dentre os diversos juristas que enfrentaram grandes debates para formular critérios mais esclarecedores acerca da distinção ora estabelecida,

<sup>18</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania:** por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74-75.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 330.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 330.

destacaram-se Ronald Dworkin e Robert Alexy. Foi com base nas teorias desenvolvidas por estes juristas que o pós-positivismo sedimentou seus postulados.

Dworkin critica o positivismo, na medida em que esse sistema utiliza da discricionariedade do juiz sempre que não houver no ordenamento regra clara para a solução de determinado caso. O eminente jurista sustenta, assim, que a utilização exacerbada do poder discricionário sem a devida atenção aos princípios constitucionais causa sérias dificuldades na devida avaliação e julgamento do caso concreto.

Esse entendimento demonstra a importância da normatização dos princípios, bem como da diferenciação entre regras, princípios e sua aplicação na teoria de Dworkin.

Na concepção de Dworkin, a regra representa um “tudo ou nada”, ou seja, ou se subsume ao caso concreto ou não, o que não ocorre com os princípios. O mestre ensina que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>22</sup>

Seguindo esse entendimento, a regra somente deixará de ser aplicada sobre fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Já os princípios, por encerrarem em si maior carga valorativa e ética, incidirão dentro do fato hipotético apresentado, conforme sua dimensão de peso e importância.

Em outras palavras, ao contrário das regras, os princípios jurídicos serão aplicados dentro das possibilidades práticas e jurídicas de cada caso concreto, podendo abrigar valores ou fundamentos diversos, evocando, por vezes, soluções completamente opostas, sem que isso provoque qualquer incoerência no sistema jurídico.

Dworkin identifica essa particularidade dos princípios de forma perspicaz:

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/29290806/Ronald-Dworkin-Levando-Os-Direitos-a-Serio>>. Acesso em: 3 set. 2012.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra que desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.<sup>23</sup>

Diante desse raciocínio, Dworkin chega ao entendimento de que quando duas regras se contradizem, entrando em conflito, uma delas necessariamente não poderá ser válida. Por outro lado, sendo os princípios dotados de uma dimensão de peso, sempre que entrarem em colisão diante de um determinado caso concreto, a solução do impasse requer a análise do peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias apresentadas, devendo-se constatar qual princípio é o mais adequado à solução do caso.

Daniel Sarmiento explica muito bem a particularidade dos princípios no que tange à sua aplicação:

Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas consequências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma ponderação entre os princípios e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro.<sup>24</sup>

Esclarece-se, assim, que o ordenamento jurídico não admite antinomias entre regras, o que não ocorre no plano dos princípios. Os princípios jurídicos podem engendrar soluções diametralmente opostas em determinados casos concretos sem que isso gere qualquer contradição à ordem jurídica. *A priori*, não há hierarquia entre princípios.

Como dito, Robert Alexy também formulou importante teoria a respeito do tema, seguindo o cerne dos ensinamentos de Dworkin.

Alexy também entende que princípios e regras constituem espécies de norma. Define as regras como passagens objetivas de incidência restrita à determinada

<sup>23</sup> Ibid., p. 42-43.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 45.

situação jurídica. Atribui aos princípios, por sua vez, um maior grau de generalidade e abstração.

Ao trabalhar com o critério da generalidade e outros critérios, como a forma de surgimento e a importância para a ordem jurídica, Alexy reconhece que o conjunto de elementos de diferenciação produz três teses sobre a aplicação dos princípios e regras.

A primeira tese sustenta que as tentativas de diferenciar as normas em duas classes podem resultar em fracasso, diante da diversidade de entendimentos existentes sobre o assunto. A segunda é defendida por aqueles que acreditam na divisão das normas entre regras e princípios, mas essa diferença seria delineada somente em nível de grau de generalidade. Já a terceira tese dispõe que a distinção entre as normas não são somente de grau, mas principalmente uma diferença qualitativa.<sup>25</sup>

Alexy manifesta afinidade sobre essa última tese, considerando-a correta, pois permite a distinção precisa entre regra e princípios através do critério que concebe os princípios como mandamentos de otimização. Sobre esse critério, o autor esclarece:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>26</sup>

Essa ideia de que os princípios podem ser concebidos como mandamentos de otimização é fruto da evolução da própria teoria dos princípios que encontrou no pós-positivismo o reconhecimento da eficácia normativa desses valores. Assim, os princípios são postos como o grande coringa do sistema jurídico, ou seja, são mandamentos de otimização, devendo ser aplicados sempre que possível e da melhor forma, dentro da realidade fática e jurídica apresentada.

Por outro lado, Alexy, assim como Dworkin, entende que as regras contêm determinações que devem ser satisfeitas ou não, sem comportar a variante de

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. op. cit., p. 89-90.

<sup>26</sup> Ibid., p. 90.

eficácia. Tendo em vista o fato das regras funcionarem somente através de seu cumprimento pleno, são comumente intituladas de normas de caráter definitivo.

Por essa razão, Alexy leciona que o conflito de regras somente pode ser resolvido caso seja introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes ou se uma delas for declarada inválida. Já a colisão de princípios é solucionada com base na precedência do princípio de maior valor em relação ao de menor valor, conforme o caso concreto.<sup>27</sup>

Percebe-se, assim, que a colisão entre princípios e o conflito entre regras é mais uma distinção entre as espécies normativas, possuindo relevante diferença quanto à forma de solução – assunto que será melhor abordado a seguir -, cuja análise tem fulcral importância para o deslinde do presente trabalho.

### **1.1 A ponderação como solução para as colisões entre princípios segundo a teoria de Robert Alexy**

Quando duas normas, ao serem aplicadas de forma independente, geram soluções jurídicas distintas, aborda-se a questão dos conflitos entre regras e colisão entre princípios. No entendimento de Alexy, a distinção entre os conflitos de regras e as colisões de princípios dá-se em razão da maneira como são solucionados. Senão vejamos:

Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.<sup>28</sup>

Nesse sentido, Alexy propõe duas formas de resolver o conflito de regras. Inicialmente, deve-se introduzir em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito<sup>29</sup>. Caso não seja possível dirimir o conflito através da cláusula de exceção, o jurista propõe que uma das regras seja declarada inválida.

<sup>27</sup> Ibid., p. 92-94.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. op. cit., p. 91-92.

<sup>29</sup> Alexy exemplifica que a cláusula de exceção pode ser usada da seguinte forma: há uma norma que proíbe a saída da sala antes de soar o sinal e outra que determina a saída em caso de alarme de incêndio. “Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado



Isso se dá, uma vez que, conforme Dworkin, as regras se inserem dentro do esquema do “tudo ou nada”, ou seja, ou são válidas ou não e, portanto, serão aplicadas ou não. Sobre isso, Alexy conclui:

Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.<sup>30</sup>

Assim, em razão das regras serem aplicadas na plenitude de sua força normativa, o conflito de regras seria apenas aparente e a solução da antinomia jurídica abarcaria apenas duas possibilidades: a inserção de uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade de, pelo menos, uma das regras. Na primeira hipótese, a situação fática condiciona a exceção para que uma regra seja aplicada em detrimento da outra. Na segunda hipótese, ou a regra é válida, devendo ser aplicada, ou não é válida e, então, não é de interesse para a decisão.

A declaração de invalidade de uma regra, eliminando-a do ordenamento deve ser feita através das determinações gerais e tradicionais de “*lex posterior derogat priori*” (lei posterior derroga a anterior), “*lex superior derogat inferior*” (lei superior derroga lei inferior) e “*lex specialis derogat generali*” (lei especial derroga lei geral). Admite-se, ainda, a utilização de outros critérios que determinem a importância de cada regra em conflito.

A esse respeito, Engelmann lembra que o Direito Brasileiro reconhece alguns critérios que podem ser utilizados para a solução do conflito entre regras, citando os seguintes exemplos:

Assim, por exemplo, existe o princípio da soberania constitucional, que assegura a primazia do texto da Constituição Federal sobre qualquer outra legislação, seja federal, estadual ou municipal. Por outro lado, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, ao dispor de critérios para a solução do conflito de leis no tempo, estabelece a prioridade do critério cronológico (art. 2º, §1º), combinado com o critério da especialidade (art. 2º, §2º).<sup>31</sup>

---

por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio”. Ibid., p. 92.

<sup>30</sup> Id.

<sup>31</sup> ENGELMANN, Wilson. op. cit., p. 127.

Percebe-se, então, que o essencial é chegar a uma decisão sobre a validade ou invalidade da norma.

Já a solução para a colisão de princípios revela-se mais complexa. Isso se dá, porque, diferentemente das regras, os princípios não são aplicados ao modo do “tudo ou nada”, não existindo princípio inválido.

Quando, segundo um princípio, algo está proibido e, pelo outro, a mesma conduta encontra-se permitida, apenas um dos dois princípios será aplicado ao caso concreto. Isso não significa, entretanto, que o princípio desprezado seja declarado inválido ou que deva ser introduzida uma cláusula de exceção.

Será aplicado, então, o princípio que se apresente mais adequado para solucionar os meandros do caso concreto em questão, sem que o princípio descartado seja colocado nos ostracismo do ordenamento. Faz-se referência à ideia de sopesamento dos interesses colidentes, devendo a decisão sobre o valor e a importância de cada princípio ser aferida a partir das circunstâncias reais da situação. Na lição de Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência.<sup>32</sup>

O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior relevância no caso concreto. Nesse sentido, quanto maior for o grau de interferência em um princípio, maior deve ser a sua importância.

Em seu entendimento, Alexy aponta, ainda, que a colisão entre dois princípios pode ser enfrentada através da chamada relação de precedência condicionada. A determinação dessa relação “consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”.<sup>33</sup>

Assim, existe a necessidade de identificação das condições que possam garantir a precedência de um princípio sobre o outro e, para isso, faz-se necessário

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. op. cit., p. 93-94.

<sup>33</sup> Ibid., p. 96.

o uso da ponderação. Desta forma, Alexy formula a chamada “lei de ponderação” que pode ser enunciada da seguinte forma: “quanto maior seja o grau de não realização ou de menosprezo de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.<sup>34</sup>

Seguindo este raciocínio, a lei de colisão demonstra que a observância das circunstâncias do caso concreto é essencial para a ponderação, não existindo, pois, qualquer relação de precedência absoluta entre os princípios ponderados.

Como dito, Alexy adota como procedimento para a solução de colisões de princípios a ponderação. Para o eminente jurista, “a ponderação é uma das operações mais importantes para a produção e asseguramento da coerência e, com isso, da unidade do sistema jurídico”.<sup>35</sup>

O autor estabelece que a ponderação deve ser aplicada exclusivamente aos princípios, afirmando que princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto, sendo um de caráter teórico-normativo e outro de caráter metodológico<sup>36</sup>. Por fim, afirma que:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.<sup>37</sup>

Essa posição de Alexy encontra as mais diversas críticas, algumas delas sustentadas em sua própria teoria. Isso porque, ao afirmar “que as possibilidades jurídicas referentes a um princípio podem ser definidas pelas regras e princípios em oposição”<sup>38</sup>, o jurista alemão aceita a possibilidade de colisão entre regras e princípios e, conseqüentemente, admite a probabilidade de ponderação de regras.

Nesse sentido, alguns doutrinadores entendem que a ponderação não se vincula exclusivamente aos princípios, podendo, também, ser aplicada às regras. Conforme assevera Humberto Ávila:

Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento [...], enquanto sopesamento de

<sup>34</sup> ALEXY, Robert apud ENGELMANN, Wilson. op. cit., p. 128.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 38.

<sup>36</sup> Ibid., p. 64.

<sup>37</sup> Id.

<sup>38</sup> FERREIRA, Natália Braga. **Notas sobre a teoria sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy**. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1290/1853>>. Acesso em: 30 set. 2012.

razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado), [...].<sup>39</sup>

Não obstante a divergência apresentada, a ponderação é o instrumento fornecido ao intérprete para que este avalie o peso de todos os princípios colidentes, fazendo concessões recíprocas para que se possa chegar à melhor solução possível. Por essa característica, percebe-se que quando os representantes dos interesses colidentes são igualmente titulares de direitos fundamentais, a ponderação torna-se inevitável.

Ressalta-se que a doutrina comumente faz a distinção entre ponderação abstrata e ponderação *ad hoc*, levando em consideração a sua forma de incidência. A ponderação abstrata é aquela que não é constituída com base em um caso concreto. É a que se refere a uma ponderação genérica em que a doutrina e a jurisprudência estabelecem critérios, alcançando consensos sobre determinadas matérias. Para muitos, no entanto, a ponderação abstrata não constitui uma forma de ponderação, mas apenas uma simples interpretação sistemática da Constituição.

Já a ponderação *ad hoc* é aquela realizada com base nas nuances do caso concreto, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas apresentadas. Assim, a ponderação configura importante técnica jurídica na tentativa de alcançar a harmonização no caso concreto, geralmente com a prevalência de um dos princípios colidentes, o qual servirá como suporte solucionador dos “*hard cases*” (difíceis casos jurídicos que não permitem ser resolvidos pela simples subsunção da norma), nas palavras de Dworkin, com o intuito de se obter sua máxima otimização.

Deve-se ter em mente, sobretudo, que a ponderação é um método procedimental e, assim, para que seus fins sejam atingidos é necessário o cumprimento de três etapas.

A primeira etapa, definida por Humberto Ávila como “preparação da ponderação”, exige a identificação daquilo que está sendo objeto de sopesamento bem como a análise exaustiva de todos os elementos e argumentos.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 52.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 132.

Nesta fase, o intérprete tem a função de detectar as normas aplicáveis ao caso, identificando os possíveis conflitos entre elas para que a ponderação ocorra sem distorções. Nesse sentido, Sarmiento afirma que:

[...] a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.<sup>41</sup>

Desse modo, a técnica da ponderação somente poderá ser utilizada se houver dois ou mais princípios colidentes, cabendo ao intérprete identificá-los e verificar a melhor forma de harmonizá-los no caso concreto, obedecendo ao princípio da unidade constitucional.

A tarefa inicial consiste, portanto, na busca pela existência do conflito normativo, ou seja, na demarcação dos possíveis enunciados normativos presentes no ordenamento jurídico aplicáveis a cada princípio envolvido no conflito. Posteriormente, devem-se ordenar os princípios de acordo com a solução que indiquem para o caso concreto.

O agrupamento do conjunto de argumentos facilitará o futuro sopesamento. Esse é o entendimento de Barroso:

Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é: as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.<sup>42</sup>

Ana Paula de Barcellos ressalta, por fim, que somente podem ser admitidos como objeto de ponderação, os interesses que encontrem fundamento nos enunciados explícitos ou implícitos do ordenamento jurídico.<sup>43</sup>

Já na segunda etapa, denominada por Ávila de “realização da ponderação”, haverá a eleição da primazia de um princípio em relação ao outro com base nos elementos sopesados.<sup>44</sup> Assim, o aplicador do Direito terá que examinar os fatos, as circunstâncias do caso concreto e sua interação com os elementos normativos.

<sup>41</sup> SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 99.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 360-361.

<sup>43</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 97.

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 132.

Essa atividade, segundo Sarmiento, deve ser realizada mediante concessões recíprocas para que se chegue a “[...] um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro”<sup>45</sup>. Nessa procura pelo equilíbrio entre os princípios colidentes na situação analisada, é indubitável que o intérprete deve pautar-se, como forma de enriquecimento do processo interpretativo, por parâmetros racionais que compreendam a totalidade dos fatos.

Para tanto, Sarmiento sugere que o intérprete avalie o “peso genérico” dos interesses envolvidos, buscando na Constituição um norte de valores. Sobre isso o mestre conclui:

É verdade que as Constituições não costumam conter uma escala rígida de interesses ou valores, não havendo, no sentido técnico, uma hierarquia entre as normas constitucionais. Isto, porém, não significa que a Lei Fundamental empreste a mesma relevância a todos os interesses que se abrigam em seu pálio.<sup>46</sup>

Assim, não obstante a inexistência de hierarquia formal entre as normas constitucionais, a Constituição não confere a mesma importância a todos os interesses nela contidos. É tarefa do intérprete utilizar-se do suporte constitucional para enfrentar a questão.

Após a busca pelo “peso genérico”, conforme Sarmiento, cabe ao intérprete aferir o “peso específico” de cada princípio frente ao caso concreto.<sup>47</sup> Com isso, é possível estimar o peso ou valor de cada princípio e, conseqüentemente, a intensidade com que o interesse de cada bem jurídico colidente manifesta no caso concreto.

Superadas estas fases, prossegue-se à última e mais complexa etapa da técnica da ponderação que implica na formulação de regras, inclusive de primazia, entre os princípios que estão sendo analisados. Em outras palavras, nessa etapa deve-se justificar porque a solução indicada deve prevalecer em detrimento das demais.

No entendimento de Luís Roberto Barroso, esse exercício de moderação que objetiva graduar a intensidade da solução escolhida tem como fio condutor o

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 102.

<sup>46</sup> Ibid., p. 103.

<sup>47</sup> Ibid., p. 104.

princípio da proporcionalidade ou razoabilidade<sup>48</sup>. Seguindo este viés de raciocínio, Sarmiento defende que a busca pelo equilíbrio dos interesses envolvidos deve se basear no emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>49</sup> O mestre conclui:

Em outras palavras, o julgador deve buscar o ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.<sup>50</sup>

Dessa forma, a problemática criada pela colisão entre princípios constitucionais é sanada com a depuração dos mesmos para que seja possível aferir qual dos princípios deve prevalecer no caso concreto. Essa escolha do princípio dominante no caso específico analisado dá-se através da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade acompanhou a história da defesa dos Direitos Humanos, na medida em que, na passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, propôs a contenção do arbítrio e a limitação do poder do monarca, em favor da proteção dos direitos do cidadão.<sup>51</sup> Com sua evolução, o princípio da proporcionalidade, passou a representar uma limitação ao poder legislativo e, posteriormente, começa a ser utilizado como parâmetro de constitucionalidade das leis. A proporcionalidade, então, inicialmente vinculada ao Direito Administrativo, foi levada também à esfera do Direito Constitucional.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, como dito anteriormente, consiste na análise de três elementos básicos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses três elementos ou três subprincípios garantem a eficácia da proporcionalidade, formando a tríplice dimensão do princípio em questão.

O subprincípio da adequação ou conformidade indica que a medida escolhida para o caso concreto representa o meio certo para a obtenção da finalidade almejada, com base no interesse público. Trata-se da necessidade de adequação entre medida/meio e fim, lembrando o velho brocardo “os fins justificam os meios”.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 361-362.

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 104.

<sup>50</sup> Ibid., p. 104-105.

<sup>51</sup> REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p. 16.

Rezek, em relação à adequação dos fins aos meios, afirma:

Esta adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência para que qualquer medida restritiva deva ser idônea em relação ao fim desejado, pois, se assim ela não se apresentar, deverá ser considerada inconstitucional.<sup>52</sup>

A adequação busca, assim, purgar os meios inadequados e adotar os meios hábeis à solução do caso prático que possuam uma relação de coerência com a finalidade pretendida, garantindo a validade da norma e enquadrando-a nos moldes de constitucionalidade.

Já a exigibilidade ou necessidade, outro subprincípio da proporcionalidade, tem por pressuposto a adoção do meio menos gravoso para a consecução do objetivo almejado. Em outras palavras, propõe a busca pela medida que promova menor lesão à conservação de direitos fundamentais e que afetem com menos intensidade os interesses da coletividade em geral.

Rezek observa a exigibilidade, trançando seu ponto em comum com a adequação, uma vez que, somente é possível falar em necessidade “se o meio empregado também for adequado”.<sup>53</sup> Nesse sentido, o meio mais adequado ao caso concreto para a obtenção dos fins eleitos deve ser, também, o meio que represente menor desvantagem e onerosidade aos direitos e interesses da sociedade.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como de justa medida, indica que o ônus imposto para o cumprimento da norma deve ser inferior ao benefício gerado. Partindo deste entendimento, Daniel Sarmiento afirma que deve haver “uma análise de relação custo-benefício da norma avaliada” e conclui:

Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.<sup>54</sup>

Em conformidade com o exposto acima, o intérprete, ao eleger a medida através da verificação da adequação e exigibilidade, deverá, ainda, verificar a relação de custo-benefício entre os interesses protegidos e sacrificados com a

<sup>52</sup> Ibid., p. 38.

<sup>53</sup> Ibid., p. 40.

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 89.



medida. Conforme essa relação se der, aferir-se-á a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

De modo geral, Sarmento pontua:

Em síntese, para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.<sup>55</sup>

Através desse resumo acerca da proposta do princípio da proporcionalidade, pode-se perceber sua relevância para a concretização da técnica da ponderação, sempre em busca da solução do caso concreto difícil através da forma mais benéfica possível. A ponderação, no entanto, não se sustenta somente na proporcionalidade, mas, também, na razoabilidade.

Apesar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardarem estrita semelhança no que tange ao escopo de limitar a atuação do Poder Público em salvaguarda aos direitos fundamentais dos cidadãos, originaram-se em localidades distintas. O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido no direito alemão, enquanto a razoabilidade possui origem britânica e estreita ligação com o direito americano.

No Brasil, muitos consideram esses princípios como sinônimos, porquanto impossível estabelecer uma dissociação. Outrossim, há o entendimento de que, em sentido *latu*, a proporcionalidade e a razoabilidade conformariam expressões sinonímias. Outros consideram, ainda, que a proporcionalidade seria parte integrante ou um desdobramento do princípio da razoabilidade, ou seja, a proporcionalidade seria a razoabilidade *estrito sensu*.

É notório que o princípio da razoabilidade, na perspectiva da ponderação, pode levar em consideração seus três desdobramentos principais, ou três subprincípios: a equidade, a equivalência e a congruência.

A razoabilidade como equidade exige a ligação entre as circunstâncias do caso concreto e a norma geral a ser aplicada como forma de solução da problemática posta. A razoabilidade atua, pois, direcionando a norma justaposta ao aspecto individual do caso.

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 90.

Dentro do aspecto da equidade, a razoabilidade empregada na interpretação das normas legais deve presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário. Nas palavras de Humberto Ávila:

[...] a razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes.<sup>56</sup>

Isso se dá uma vez que a interpretação desvinculada dos meandros fatídicos pode, por vezes, restringir algum princípio constitucional. Ávila esclarece, ainda, que “nem toda regra incidente é aplicável”<sup>57</sup>, ou seja, não basta que as condições estejam presentes para que ela se subsuma ao caso concreto.

Além da necessidade do preenchimento das condições para a aplicação da regra, não pode haver sua exclusão “pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua a razão contrária”<sup>58</sup>. Ávila conclui:

Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF).<sup>59</sup>

A análise da razoabilidade na perspectiva do subprincípio da congruência exige “a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”<sup>60</sup>. Em outras palavras, a norma não pode ser interpretada em dissonância da realidade social vigente.

Já a razoabilidade como equivalência estabelece que o intérprete realize a melhor adequação possível entre a medida adotada e seu critério dimensionador, estabelecendo uma relação de equivalência.

De modo geral, os desdobramentos da razoabilidade exprimem à natureza axiológica do princípio um viés diretamente vinculado às ideias de justiça, bom senso, prudência e moderação, condicionando a interpretação jurídica, inclusive em nível constitucional.

<sup>56</sup> ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 141.

<sup>57</sup> Ibid., p. 142.

<sup>58</sup> Id.

<sup>59</sup> Id.

<sup>60</sup> Id.

Percebe-se, assim, que a implementação da técnica da ponderação está intimamente ligada aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que, no deslinde do caso concreto, não pode o intérprete deixar de verificar se os fins obtidos respeitam os princípios mencionados.

Cabe dizer, por fim, que a ponderação não se sustenta somente nos admiradores da proposta de Alexy, sendo uma técnica que sofre as mais diversas críticas por parte da doutrina. Citamos, anteriormente, algumas críticas à ponderação com destaque à discussão de sua aplicabilidade às regras. Agora, abordamos a crítica sob outro aspecto.

O renomado jurista, Lenio Luiz Streck, censura não só a ponderação, mas a própria distinção estrutural entre regras e princípios proposta por Alexy. Para Streck, “a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram transformados em enunciados performativos”<sup>61</sup>, o que culmina numa utilização indevida desses postulados. Dessa forma, o mestre afirma que através da técnica formulada por Alexy “é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o mando da ‘ponderação’ e da proporcionalidade (ou da razoabilidade)”<sup>62</sup>.

Nesse entendimento, Streck afirma que a ponderação acaba relegada ao aspecto da subjetividade do intérprete. Assim, a discricionariedade utilizada no positivismo como forma de solução dos casos difíceis ou *hard cases* dá lugar à ponderação que, segundo Streck, “vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão)”<sup>63</sup>.

Em síntese, o mestre conclui:

Portanto, nesse ponto há que se dar razão a Habermas e aos adeptos de sua teoria, sobre as suas críticas ao “uso discricionário da ponderação” e à “ponderação discricionária” (aliás, a própria ponderação passa a ser, por si só, instrumento para o “livre exercício” da relação sujeito-objeto).<sup>64</sup>

A inconsistência metodológica da ponderação, portanto, é bastante criticada na medida em que transfere ao intérprete relevante parcela de discricionariedade. Em resposta à ideia de que o sopesamento seria um modelo vinculado ao arbítrio do operador do Direito, Alexy afirma:

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

<sup>62</sup> Id.

<sup>63</sup> Ibid., p. 233.

<sup>64</sup> Ibid., p. 239.

Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.<sup>65</sup>

Ainda no que tange a essa liberdade conferida ao intérprete, Sarmento a justifica da seguinte forma:

Se é certo, porém, que as decisões judiciais devem se basear em princípios genéricos, restringindo, na medida do possível, a discricionariedade do julgador, não é menos correto que, dentro do aspecto das soluções possíveis para o caso, o juiz tem de procurar aquela que se afigure a mais justa. E, nesta apreciação do justo para o caso concreto, não há como evitar-se certa dose de subjetividade.

Ora, esta dose de discricionariedade é mais ampla nos *hard cases* do Direito Constitucional, justamente porque estes envolvem valores e interesses contrapostos, que têm de ser ponderados pelo operador do direito. Assim, neste caso de ponderação de interesses, há larga margem para consideração dos resultados concretos da decisão, que por isso, têm de ser aquilatado pelo julgador.

Portanto, não há espaço para a irresponsabilidade decisória no método de ponderação de interesses. Este, sem olvidar das dimensões normativas da Constituição, orienta-se sempre para a busca da justiça para o caso concreto.<sup>66</sup>

Possível observar, por conseguinte, que, em se tratando de *hard cases* não há como evitar certa dose de subjetividade por parte do intérprete. Pelo Direito não consistir um fim em si mesmo, mas um meio para a busca da vida harmônica em sociedade, cabe ao intérprete lidar com interesses e valores em busca da solução mais justa para o caso concreto, sem transcender os limites referentes ao respeito ao ordenamento, o que deslegitimaria sua atuação.

Nessa perspectiva, a ponderação é procedimento que exige uma fundamentação racional da solução apontada ao caso concreto, suprimindo, no limite do possível, subjetivismos. A par disso, Alexy admite como forma de fundamentar a decisão, a utilização de argumentos jurídicos gerais, qualquer argumentação constitucional, ou mesmo, precedentes, argumentos fáticos e empíricos em geral.

Dando seqüência ao entendimento que ampara a racionalidade da ponderação, Alexy diferencia o modelo fundamentado de sopesamento do modelo decisionista. Apesar de ambos consistirem em enunciados de preferência

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164.

<sup>66</sup> SARMENTO, Daniel. op. cit., p.109.

condicionada, os modelos se distinguem no exercício psíquico que os circundam. Assim, o mestre conclui:

Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.<sup>67</sup>

Desse modo, para Alexy, é através da fundamentação jurídica que a ponderação pode ser justificada e legitimada. Com a fundamentação racional das decisões ponderativas, baseadas em premissas argumentativas, as decisões podem ser criticadas ou aceitas como válidas.

Feitas estas observações sobre a colisão entre princípios e conhecendo melhor a técnica de ponderação proposta por Alexy como meio solucionador dos *hard cases*, passa-se à análise da colisão entre os princípios abordados no presente trabalho.

---

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. op. cit., p. 165.

## **2 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS DIANTE DA PERMISSÃO DAS AUTORIDADES NA RECUSA À REALIZAÇÃO DO TESTE DO ETILÔMETRO PELO CONDUTOR DE VEÍCULOS**

Para melhor enfrentar as nuances da colisão dos princípios constitucionais, foi abordado anteriormente noções sobre a evolução normativa dos princípios que culmina na diferenciação entre as espécies normativas. Foi trabalhado, então, o confronto entre as espécies normativas com ênfase na solução para a colisão de princípios.

A partir do conhecimento previamente adquirido é possível analisar o problema do presente trabalho, apontando o choque de princípios quando da permissão ou aceitação por parte das autoridades brasileiras que o condutor de veículos se negue a realizar o teste verificador do índice de alcoolemia, promovendo a relativa ineficácia da Lei Seca. Para tanto, inicialmente, introduz-se as perspectivas da referida lei.

Nesse sentido, a Lei n. 11.705, também conhecida como Lei Seca, foi sancionada em 19 de junho de 2008, tendo como objetivo principal a redução dos altos índices de acidente no trânsito brasileiro em decorrência da embriaguez ao volante.

A Lei Seca, regulamentada pelo Decreto n. 6.488/2008, alterou diversos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), passando a exigir a comprovação do teor de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas para a configuração do crime de trânsito, conforme dispõem os artigos 165 e 306 do referido diploma:

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. 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.<sup>68</sup>

Da redação dos artigos acima mencionados, pode-se observar que uma mesma conduta permite configurar tanto o crime de embriaguez ao volante, disposto no artigo 306 do CTB, como a infração administrativa de embriaguez ao volante, descrita no artigo 165 do mesmo diploma. A configuração do crime de trânsito, como dito, dá-se pela comprovação da embriaguez do motorista com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas ou, ainda, sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que provoque dependência. Caso a concentração seja inferior ao teor determinado por lei, o condutor responderá apenas pela infração administrativa.

Apesar da limitação do teor alcoólico imposto pelo art. 306 do CTB ser praticamente equivalente à zero, somente com a análise da abrangência da redação dada pela Lei Seca ao art. 276 do mesmo diploma é que se torna inequívoca a ideia de tolerância zero, determinando que “qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código”<sup>69</sup>. Ao determinar que qualquer concentração de álcool no sangue fará o motorista infringir uma disposição do Código de Trânsito, o legislador foi claro quanto ao seu repúdio à combinação entre álcool e direção.

Independente do exato teor alcoólico deve haver, para fins criminais, a comprovação do índice de saturação alcoólica no organismo humano. Para tanto, o condutor deveria ser submetido a testes de alcoolemia reduzidos, basicamente, ao exame do etilômetro (vulgo bafômetro) e de sangue. Assim dispõe o artigo 277 do CTB:

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 CONTRAN, permitam certificar seu estado.<sup>70</sup>

Embora o referido artigo determine que os condutores sob suspeita de embriaguez devam ser submetidos a testes de alcoolemia, existe o entendimento

<sup>68</sup> BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.

<sup>69</sup> Id.

<sup>70</sup> Id.

doutrinário e jurisprudencial de que os mesmos não podem ser obrigados a realizar tais exames, tendo em vista o princípio constitucional do silêncio e seus derivados, como o da não-autoincriminação. De qualquer sorte, o parágrafo 3º, artigo 277, do CTB estabelece que a recusa por parte dos motoristas à realização dos testes permite a aplicação das penalidades e medidas administrativas previstas no artigo 165 do CTB.

O argumento de que os condutores de veículo podem se recusar a realizar os exames hábeis a comprovar se comportam o teor alcoólico permitido em lei para dirigir sob a égide do princípio constitucional do silêncio encerra em si uma controvérsia de valores. De um lado, o direito dos motoristas ao silêncio, à não-autoincriminação e, de certa forma, à privacidade, importantes conquistas do Estado Democrático de Direito, em contraponto à necessidade da tutela do interesse coletivo consubstanciado, principalmente, nos princípios constitucionais da segurança pública e do direito à vida de todos os envolvidos na dinâmica do trânsito em cidades e rodovias brasileiras.

Assim, a existência de colisão é evidente. De um lado, há o direito individual firmado nos princípios do silêncio e da não-autoincriminação e, de outro, os princípios da segurança pública e do direito à vida que fazem frente aos interesses de toda a coletividade.

No enredo revelado, a observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade torna-se indispensável para que se possa dar efetiva aplicação à Lei Seca, solucionando, ainda, o paradoxo encerrado na referida lei, ou seja, a possibilidade ou não da evocação do princípio do silêncio como forma de recusa aos testes de alcoolemia.

Deverá, assim, haver o enfrentamento da questão que, para muitos, é calcada no intervencionismo excessivo do Estado sobre as liberdades individuais, representando sua arbitrariedade ao pretender coagir o cidadão para que colabore com sua própria incriminação. Para outros, no entanto, representa uma medida de segurança cogente no país em que acidentes de trânsito representam o segundo maior problema de saúde pública, perdendo apenas para a desnutrição, sendo que em 70% (setenta por cento) dos casos de acidentes com vítimas fatais o fator álcool estava presente.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> ACIDENTES – números. **O Portal do Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.transitobr.com.br/index2.php?id\\_conteudo=9](http://www.transitobr.com.br/index2.php?id_conteudo=9)>. Acesso em: 10 jun. 2012.



## 2.1 Princípio do silêncio e da não-autoincriminação *versus* o princípio do direito à vida e à segurança pública: as correntes contrapostas

Como observado, alguns princípios norteadores de nosso ordenamento destacam-se na presente discussão.

O princípio do silêncio possui suas raízes em outro princípio conhecido pela doutrina como *nemo tenetur se detegere*. Este princípio de amplos efeitos e difícil delimitação firmou-se somente no período Iluminista, passando a combater o emprego da tortura utilizada tanto na Idade Antiga como na Média e firmando-se, estrito senso, como manifestação do direito ao silêncio, bem como o direito à não-autoincriminação.

Sobre o princípio do silêncio e sua relação com o *nemo tenetur se detegere*, Maria Elizabeth Queijo ensina:

De um lado, o *nemo tenetur se detegere* e o direito ao silêncio são indissociáveis, visto que o direito de se calar é uma significativa decorrência de que “ninguém é obrigado a se auto-incriminar”. De outro, não se pode negar que a equiparação do *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio é bastante restritiva.

Na realidade, o direito ao silêncio é a mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*, mas o citado princípio não se restringe a ele. O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, pois o referido princípio, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas outras decorrências igualmente importantes que dele se extraem.<sup>72</sup>

Conforme exposto, a complexidade e abrangência do princípio *nemo tenetur se detegere* engloba e aproxima os direitos fundamentais e princípios do silêncio e da não-autoincriminação.

Especificamente quanto a não-autoincriminação, foi reconhecida, a partir de 1640, como direito na *Common Law* e, posteriormente, disseminada a ponto de ser inserida na Constituição norte-americana décadas mais tarde.<sup>73</sup> Não se pode olvidar

<sup>72</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: (o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 190.

<sup>73</sup> O SILÊNCIO dos inocentes: STJ define aplicação concreta da garantia contra autoincriminação. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, 10 out. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99360](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99360)>. Acesso em: 16 jul. 2012.

que o princípio da não-autoincriminação é deveras amplo, tendo suas variadas dimensões ligação direta com o direito ao silêncio.

Contemporaneamente, o princípio do silêncio possui expressa previsão no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição brasileira, o qual dispõe 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”.<sup>74</sup> É destaque, ainda, na Convenção Interamericana de Direitos do Homem, de 1969, conhecida como Pacto San Jose da Costa Rica, que em seu artigo 8º, parágrafo 2º, alínea “g”, dispõe que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado. Esses documentos internacionais ergueram o direito ao silêncio como princípio constitucional e garantia fundamental.

Premida pela noção do Estado de direito vinculado não só a vedações, mas também a obrigações, a corrente que defende a possibilidade de recusa do bafômetro fundamentalmente em razão dos princípios do silêncio e da não-autoincriminação, sustenta-se no garantismo, na defesa à expansão dos direitos individuais do cidadão, maximizando suas liberdades. Para muitos, a relação entre Estado de direito e democracia não pode estar cunhada em leis que limitem ou sacrifiquem princípios de direitos e garantias individuais como meio de efetivação de um interesse coletivo.

Nesse íterim, Thiago Bottino afirma:

É inegável que o bem-estar coletivo representa um objetivo político das sociedades democráticas, muito embora seja igualmente fácil compreender a vulnerabilidade que o regime democrático apresenta às investidas de um bem-estar coletivo ao custo das liberdades individuais e das minorias.<sup>75</sup>

Transportando esse entendimento para o caso sob análise, pode-se dizer que o sacrifício de direitos e garantias individuais em nome da salvaguarda do interesse coletivo, ou seja, a permissão da obrigatoriedade do teste do etilômetro como forma de proteção à vida e à segurança pública e conseqüente detrimento do direito ao silêncio e à não-autoincriminação, pode tornar o Estado democrático de direito um tanto quanto vulnerável. Essa perspectiva não é unânime, no entanto.

<sup>74</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.

<sup>75</sup> DO AMARAL, Thiago Bottino. **Direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 29.

Isso porque, a análise sob o prisma democrático do sistema constitucional não permite a existência de direitos fundamentais ou princípios absolutos, que sempre prevaleçam em detrimento de outros. Sobre isso, Alexandre de Moraes destaca:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).<sup>76</sup>

Há que se levar em consideração que eventuais razões de relevante interesse público podem legitimar, ainda que excepcionalmente, a adoção de medidas que restrinjam prerrogativas individuais, observando-se os limites estabelecidos pela Constituição. Em outras palavras, na colisão entre o interesse individual e o interesse da comunidade pode haver limitação ao direito fundamental individual para salvaguardar determinado valor de maior peso resguardado pela Constituição.

Há, assim, a necessidade de haver um permanente equilíbrio entre o direito do cidadão e o dever do Estado na aplicação da lei em proveito do interesse da coletividade. A promoção desse equilíbrio requer em casos excepcionais, como dito, a própria limitação de um dos direitos envolvidos no intuito de melhor satisfazer a ordem social.

Interessante apontar, ainda, o entendimento de que o princípio do silêncio se estende a qualquer pessoa em razão dos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência, o qual enseja que a acusação produza, com exclusividade, as provas de culpabilidade. Soma-se a isto, o disposto no parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal, o qual afirma que, além de não importar em confissão, o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa.<sup>77</sup> O art. 198 do mesmo diploma, por sua vez, assevera que o silêncio não importará em confissão, podendo, não obstante, ser utilizado para a formação do convencimento do julgador.<sup>78</sup>

Maria Elizabeth Queijo defende, a este respeito, que o art. 198 do Código de Processo Penal estaria parcialmente revogado, em virtude do advento da Constituição Federal de 1988, responsável pelo reconhecimento do princípio do

<sup>76</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>77</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

<sup>78</sup> Id.

silêncio no Direito brasileiro. A autora salienta não ser concebível a manipulação do direito ao silêncio para a extração de qualquer consequência prejudicial ou desfavorável ao acusado.<sup>79</sup>

Os princípios do silêncio e da não-autoincriminação acabam, assim, constituindo um empecilho à atividade investigatória e probatória do Estado, limitando, a busca pela verdade real. A incidência do *nemo tenetur se detegere* é, de fato, de suma importância para a consagração do Estado democrático de direito e, conseqüentemente, para a proteção das liberdades individuais, desde que aplicado em contexto de prevenção a métodos que violem a integridade física e moral do acusado, o que não acontece com a determinação de realização do etilômetro.

O teste do etilômetro não pode ser considerado uma prova invasiva, pois não implica em intervenções no corpo do acusado, dependendo somente da sua colaboração. Sobre o dever de colaboração, Maria Elizabeth Queijo comenta:

Diante da ausência de normas específicas sobre o dever de colaboração do acusado, que viessem a afastar a incidência do *nemo tenetur se detegere*, tem predominado o entendimento de que a sua recusa em submeter-se à prova não configura crime de desobediência nem pode ser interpretada em seu desfavor.<sup>80</sup>

Apesar de não haver norma explícita no ordenamento que obrigue o acusado a colaborar com a instrução penal, existe o dever do Estado em punir e o direito subjetivo da sociedade na persecução penal. A colaboração por parte do motorista na realização desse tipo de prova concilia as exigências da persecução penal com o respeito aos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Maria Elizabeth Queijo ressalva que o acatamento da inexistência do dever de colaboração em todos os casos, ou seja, sem ressalvas, pode tornar o *nemo tenetur se detegere* absoluto, levando ao aniquilamento da persecução criminal e promovendo a consagração da impunidade.<sup>81</sup> Pode-se concluir, então, que o próprio princípio do silêncio e da não-autoincriminação, no que tange à inexistência do dever de cooperação para a realização de determinadas provas, pode ser suprimido em alguns casos, como nas questões de trânsito e reconhecimento de paternidade, para melhor preservação do interesse público.

Nesse sentido, ressalta-se:

<sup>79</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. op. cit., p. 109.

<sup>80</sup> Ibid., p. 264.

<sup>81</sup> Ibid., p. 313.

O *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental que não apresenta limites expressos na Constituição brasileira, assim como em textos constitucionais estrangeiros.

Mas a inexistência de limites expressos na própria Constituição ou na legislação infraconstitucional não significa que o *nemo tenetur se detegere* seja um direito absoluto.

Os limites do *nemo tenetur se detegere* são imanentes, implícitos e decorrem da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento, em sede constitucional.<sup>82</sup>

Resta evidente que os princípios do silêncio e da não-autoincriminação podem ser limitados, justamente por não serem absolutos. Sua limitação, principalmente no que tange à inexistência do dever de colaborar com a produção de provas pelo acusado, deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Conforme demonstrado na parte inicial deste trabalho, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no caso concreto como forma de dirimir a colisão entre princípios, harmonizando meios e fins e sempre respeitando a Constituição e os direitos fundamentais. Isso porque, apesar de ser passível de limitações, o *nemo tenetur se detegere* não pode ser aniquilado por completo, devendo ser mantidos seus atributos mínimos, dentro da proporcionalidade.

Imperativa, ainda, a aplicação do referido princípio na sua tripla dimensão, ou seja, combinando a adequabilidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Só assim, mediante intersecção do princípio da proporcionalidade e com o devido controle judicial, o *nemo tenetur se detegere* pode ser relativizado, solucionando o embate.

Salienta-se que, para muitos, os princípios do silêncio e da não-autoincriminação são interpretados de forma deveras elástica no Brasil, diferentemente de outros países, a exemplo dos Estados Unidos, França e Portugal, em que jamais seria dada ao motorista a prerrogativa de não colaboração com a lei. Sobre essa questão, importante mencionar o ensinamento de Maria Elizabeth Queijo:

[...] no direito norte-americano não se reconhece a incidência do *nemo tenetur se detegere* nas provas, mas somente no interrogatório. Algumas Cortes admitem a execução coercitiva de coletas de sangue. Além disso, a recusa do acusado a submeter-se a determinada prova pode ser comentada pela acusação.

<sup>82</sup> Ibid., p. 355.

No direito francês, igualmente, não se alude ao *nemo tenetur se detegere* com relação às provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção. Em matéria de trânsito, a recusa em colaborar configura prática de delito.

No direito alemão e espanhol, não se consideram as provas que dependem da colaboração do acusado, em geral, ofensivas ao *nemo tenetur se detegere*, nem a outros direitos fundamentais, como a intimidade, a dignidade e a liberdade. No direito alemão, a lei autoriza a execução coercitiva de coleta de sangue do acusado. [...] Na disciplina relativa aos delitos praticados no trânsito, a recusa em submeter-se às provas para verificação de embriaguez configura crime de desobediência grave.

[...]

No direito português, o acusado não pode recusar-se a se submeter às perícias, podendo ser compelido a tanto por decisão judicial. Também não se admite recusa em relação ao reconhecimento.

No direito inglês, distinguem-se as provas invasivas e as não invasivas. Somente as últimas podem ser realizadas sem o consentimento do acusado. As invasivas realizam-se apenas com o consentimento deste. Entretanto, da recusa podem ser extraídas inferências de culpabilidade contra o acusado.<sup>83</sup>

Observam-se, ainda, as informações disponibilizadas pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal no que tange à legislação existente em outros países:

Assim como no Brasil, países da Europa e das Américas vêm mudando suas legislações de trânsito. Em alguns estados norte-americanos, se o condutor recusa o “teste do bafômetro”, há presunção de embriaguez e apreensão imediata do veículo e da carteira de habilitação. O motorista também é preso em flagrante e tem penas equivalentes a um condutor reprovado pelo teste. O conjunto de medidas fez com que o número de motoristas alcoolizados envolvidos em acidentes nos Estados Unidos caísse de 50% nos anos 1970 para 20% atualmente.

Na França, o motorista que se recusa a soprar o etilômetro fica obrigado a realizar exame de sangue para verificar a quantidade de álcool ingerido. A meta francesa, inclusive, prevê submeter ao bafômetro um terço dos motoristas habilitados por ano. No Reino Unido, além do etilômetro, as autoridades podem exigir teste de sangue ou urina dos condutores suspeitos. Se ele não cooperar, é preso por até seis meses, perde o direito de dirigir por um ano e paga multa de 5 mil libras (quase R\$ 16 mil).<sup>84</sup>

A exemplo do exposto, muitos juristas utilizam como analogia a realização de exame de DNA nos processos de investigação de paternidade ao defenderem a necessidade do teste do etilômetro em detrimento do princípio do silêncio e, conseqüentemente, a favor do direito à vida e à segurança pública, bem como ao direito subjetivo da sociedade na tutela do Estado à devida persecução criminal (*jus puniendi*).

Por óbvio, não se pode admitir que alguém seja deveras coagido mediante força a participar de atos que o incriminem. No entanto, ante a relutância do

<sup>83</sup> Ibid., p. 314-315.

<sup>84</sup> CONHECENDO a lei seca. Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Disponível em: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/LeiSeca.faces#faq12>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

condutor em participar de testes ou exames para verificação do teor alcoólico, deveria ser permitido ou, ao menos, aceito a adoção da presunção por parte da autoridade pública, como no exame de DNA em investigações de paternidade. A presunção é meio criado e largamente aplicado no raciocínio jurídico.

Como visto, a Constituição Federal assegura o direito do indivíduo ao silêncio e, conseqüentemente, à não-autoincriminação, sugerindo a impossibilidade de obrigar o cidadão a submeter-se aos testes que possam comprovar o nível alcoólico repreendido por lei. Não se pode olvidar, no entanto, que a própria Constituição assegura na medida reversa o direito à vida e à segurança pública, protegendo-os com a mesma intensidade. Esse é o conteúdo dos artigos 5º e 144 da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos.<sup>85</sup>

[...]

Nessa perspectiva, aqueles que defendem a obrigatoriedade do teste do etilômetro apontam que, diante da colisão apresentada, deve prevalecer o princípio do direito à vida e à segurança pública. Tudo isso objetivando a prevenção ou mesmo punição em nome dos milhares de acidentes de trânsito com finais, quase sempre, trágicos devido ao consumo de bebida alcoólica.

Em oposição às ideias daqueles que defendem o princípio do silêncio como direito que não se pode pôr em segundo plano, alguns autores unem o direito à vida e à segurança pública ao princípio constitucional da legalidade, disposto no inciso II, art. 5º da CF/88, que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>86</sup>

Com base nesse princípio pode-se dizer que é garantido ao cidadão à liberdade para conduzir sua vida como bem lhe aprouver, ressalvadas as vedações legais que exijam do indivíduo uma determinada conduta. Sobre a égide da legalidade, o cidadão deve se submeter e respeitar a lei, nos limites estabelecidos

<sup>85</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.

<sup>86</sup> Id.

pelo legislador, de modo que a obrigação que lhe é imposta transmite uma vontade geral, coletiva.

Assim, a presença da lei de trânsito que legitima a realização dos testes de alcoolemia como forma de supervisionar eventuais infratores que coloquem em risco a vida e a segurança da sociedade, ensejaria a aplicação do princípio da legalidade. Isso evitaria que os motoristas se utilizassem de argumentos que tornem o teste do etilômetro uma opção, causando o esvaziamento da lei. Por outro lado, a falta de norma legal que imponha expressamente o dever de contribuir com a fiscalização do trânsito e a consequente necessidade de realizar o referido teste, traria uma conotação de facultatividade, não sendo possível determinação em contrário.

Em complemento, os juristas que defendem a aplicação do princípio do silêncio afirmam que diante da recusa à realização do teste do etilômetro, as autoridades fiscalizadoras estão habilitadas a aplicar as penalidades e sanções administrativas, conforme os indicativos físicos de embriaguez. A base legal para este entendimento está contida no artigo 277 do CTB e seus parágrafos, em conjunto com o artigo 165 do mesmo diploma, os quais dispõem:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

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

[...]

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob 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 CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.275, de 2006)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)<sup>87</sup>

Isso permite que o condutor seja multado, além de ter a habilitação suspensa e o veículo retido até a apresentação de outro condutor apto a dirigir. Ademais, a favor do argumento que se baseia no princípio da legalidade, milita o entendimento de que o próprio CTB admite a facultatividade da submissão ao teste do etilômetro, quando dispõe no referido §3º do art. 277 a possibilidade de recusa aos procedimentos descritos no caput.

De qualquer sorte, aqueles que defendem a supremacia da vida e da segurança pública frisam que não se deve admitir que o cidadão iniba a aplicação da lei, alegando direitos individuais. Os interesses coletivos devem prevalecer sobre os interesses individuais, pois o Estado age para salvaguardar, acima de tudo, o interesse da coletividade.

A submissão aos testes verificadores da alcoolemia serviria, inclusive, como meio de provar a inocência do condutor, utilizando a seu favor o velho dizer “quem nada deve, não teme”. O cidadão que “dever”, no entanto, não pode se utilizar desses direitos individuais com o intuito de praticar atividades ilícitas, afastando-se, conseqüentemente, de eventuais responsabilidades civis ou penais, pois isto causaria o colapso do próprio ordenamento e de seu fim maior, o Estado Democrático de Direito.

É importante que o rigor da lei seja aplicado para que as normas desempenhem a eficácia que delas se espera e para que as leis não tenham um papel meramente formal e de conteúdo vazio. Até porque, os acidentes causados pela combinação entre direção e bebida alcóolica são extremamente frequentes, tornando-se um problema tanto para os envolvidos com o acidente como para o país que deve arcar com os prejuízos envolvendo desde a saúde pública até a infraestrutura do sistema viário.

Fixadas as premissas anteriores, importante adentrar na abordagem judicial sobre o tema. Assim, passa-se à análise das decisões tomadas nos últimos anos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre o impasse principiológico e a obrigatoriedade ou não do teste do etilômetro.

<sup>87</sup> BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em: 13 out. 2012.

## 2.2O posicionamento das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a obrigatoriedade do teste do etilômetro

Para melhor esclarecer o entendimento exposto até o presente momento ressaltam-se algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre questões que envolvam, direta ou indiretamente, a obrigatoriedade da realização do teste do etilômetro pelos motoristas.

Nesse sentido, a decisão proferida em 12 de setembro de 2008 pelo desembargador Gaspar Marques Batista, integrante do 2º grupo criminal do TJ/RS, negou *habeas corpus* impetrado por motorista que desejava desobrigar-se a passar pelo teste do “bafômetro”. Observa-se a correspondente ementa abaixo:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. TESTES DE DOSAGEM ALCOÓLICA. ORDEM DENEGADA. Os testes de dosagem alcoólica são obrigatórios sempre que houver suspeita de embriaguez. Nessas circunstâncias, o condutor de veículo automotor será submetido a teste de alcoolemia, exames clínicos, perícias, ou outros exames que por meios técnicos ou científicos permitam certificar seu estado.<sup>88</sup>

Em seu voto, o Relator entende que, conforme o art. 277 do CTB, o teste do etilômetro é obrigatório sempre que houver suspeita de embriaguez. Assim, o motorista deve ser submetido aos testes verificadores de alcoolemia e somente não arcará com as sanções impostas caso abstenha-se do consumo de álcool.<sup>89</sup>

A decisão nos transmite a ideia de que a imposição à realização do teste do etilômetro não traz qualquer constrangimento ao motorista, porquanto eventuais punições seriam mero reflexo de suas atitudes. Assim, caso não esteja disposto a assumir as sanções impostas por lei em caso de consumo de álcool ao volante, simplesmente não beba, sendo que os testes verificadores de alcoolemia serviriam apenas para a constatação fática da situação física dos condutores de modo a cumprir a lei, tornando-a eficaz.

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Indeferimento de Habeas Corpus preventivo em teste de dosagem alcoólica**. Habeas Corpus nº 70025420761. Diogo Mattuella Caio e Secretário da Justiça e Segurança Pública do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Gaspar Marques Batista. 12 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70025420761&num\\_processo=70025420761&codEmenta=2554210&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025420761&num_processo=70025420761&codEmenta=2554210&temIntTeor=true)>. Acesso em: 3 nov. 2012.

<sup>89</sup> Id.

Por outro lado, a desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, também integrante do 2º grupo criminal do TJ/RS, não acolheu *habeas corpus* de impetrante que intencionava não ser submetido às medidas administrativas frente à fiscalização dos agentes de trânsito que solicitaram a realização de teste de alcoolemia previsto na lei. A relatora defende que não há constrangimento ilegal na submissão do impetrante aos testes verificadores de alcoolemia e que a fiscalização por parte dos agentes de trânsito no interesse da segurança pública não afronta os direitos constitucionais individuais.

Observa-se a ementa abaixo:

NOVA REDAÇÃO CÓDIGO DE TRÂNSITO - LEI 11.275/06 E 11705/08 NO TRÂNSITO - BAFÔMETRO - EXAME HABEAS CORPUS - MEDIDAS FISCALIZATÓRIAS DE SANGUE - RECUSA - COERÇÃO - DIREITO A NÃO FAZER PROVA - DEVER DO ESTADO EM ADOTAR MEDIDAS AO TRÂNSITO SEGURO - DIREITO DE TODOS - PENALIDADES - DIREITO DE DEFESA. 1- Não há constrangimento ilegal na atividade dos agentes de fiscalização do trânsito que determinam a submissão do condutor aos testes de alcoolemia, pois pode recusar-se invocando o direito conferido pelo inciso LXIII do artigo 5º da CF. Também abstratamente, não verifica-se ilegalidade violação a tal direito a incidência, em tese, das penalidades e medida administrativa contida no artigo 165 do CTB (alteração dada pela Lei 11.275) e 276 (alteração pela Lei 11.705/08), desde que garantido o direito à defesa, inciso LV do artigo 5º CF. 2- A segura circulação no trânsito é dever do Estado para com os cidadãos que tem o direito de que seja protegida sua vida, integridade contra atividade com risco e ofensividade potencial como a circulação de veículos em via pública. Não pode prevalecer o bônus individual ao lazer com infração aos regulamentos e normas protetivas recaindo o ônus à sociedade. ORDEM DENEGADA.<sup>90</sup>

Em seu voto, a desembargadora entende que a conduta dos agentes de trânsito, ao submeter os motoristas ao teste do bafômetro, não viola o princípio e direito individual do silêncio, bem como o direito de não-autoincriminação, tendo em vista o seguinte:

[...] os condutores não estão obrigados a submeter-se à medida, podem recusar-se, se entender que violado seu direito, mas cabe à autoridade e agentes responsáveis pelo trânsito, de outro lado, utilizarem dos meios legais disponíveis para o fim que se destina a fiscalização coibindo eventuais infrações.<sup>91</sup>

<sup>90</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Indeferimento de Habeas Corpus preventivo obrigatoriedade do teste do bafômetro**. Habeas Corpus nº 70025800756. Marcelo Bogoni e Delegado Geral da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, Secretário de Segurança Pública do Rio Grande do Sul, Comandante da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. 12 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70025800756&num\\_processo=70025800756&codEmenta=2554217&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025800756&num_processo=70025800756&codEmenta=2554217&temIntTeor=true)>. Acesso em: 3 nov. 2012.

<sup>91</sup> Id.

Claro está, assim, que a desembargadora apesar de entender que a submissão aos testes verificadores de alcoolemia não afronta direitos individuais, acredita que a realização de tais testes não é obrigatória. Isso porque a recusa à execução dos testes permite que o agente de trânsito elabore auto descritivo dos sinais de embriaguez, autorizando a aplicação de multa e a retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado (art. 277, §§ 2º e 3º do CTB c/c art. 165 do CTB). A relatora afirma:

O condutor tem direito de não submeter-se aos testes, mas de outra parte, os agentes de trânsito tem o dever de zelar pela segurança do trânsito nas vias públicas com a finalidade maior de proteger a vida, a integridade física do universo das pessoas (cidadãos) e de seus patrimônios, portanto, pode utilizar dos meios legais que o Estado colocou à sua disposição para tornar efetiva a fiscalização.

É do interesse do condutor como cidadão que a fiscalização para um trânsito seguro, retire de circulação, pelo menos momentaneamente, *todo aquele que ao dirigir sob influência de álcool ou drogas ponha em risco não só pessoas indeterminadas, mas também ele (condutor), sua família, parentes e amigos que podem ser atingidos se não coibida a circulação de quem não apresenta as condições estabelecidas pela lei*, resguardadas as margens de tolerância do decreto 6.488/08.<sup>92</sup>

Pode-se perceber que parte das decisões do TJ/RS defendem a obrigatoriedade do teste do etilômetro e outra parte, esta majoritária, preconiza o entendimento de que não há constrangimento ilegal na determinação pelo agente de trânsito da realização do teste pelo motorista. O entendimento majoritário firma-se na possibilidade de recusa dos condutores mediante evocação do princípio e direito fundamental do silêncio disposto no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal. A pesquisa das decisões do TJ/RS revela, ainda, que apesar da Lei nº 11.705 estar em vigência desde 2008, o entendimento jurisprudencial sobre a obrigatoriedade ou não do teste do etilômetro é de veras escasso e ainda muito controverso.

Em relação à jurisprudência majoritária defensora da predominância do princípio do silêncio, salienta-se que, assim como outros princípios em situações excepcionais, o direito ao silêncio pode sofrer restrições a fim de que não seja usado como elemento inibidor da atividade do Estado. Tal limitação deve dar-se não somente na excepcionalidade, mas também levando em consideração o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>92</sup> Id.

Em complemento, Maria Elizabeth Queijo observa que a limitação ao *nemo tenetur se detegere* dentro do processo penal deve observar, necessariamente, a lei.<sup>93</sup> Tais restrições, que repercutem diretamente na liberdade do acusado, não poderiam ser determinadas pelo magistrado. Somente assim haveria o resguardo de eventual arbitrariedade por parte do Estado.

Eventuais limitações ao direito ao silêncio devem, então, observar o princípio da legalidade, justamente em razão de inexistir no ordenamento jurídico o dever de colaboração por parte do acusado. Além disso, a previsão legal de restrição a tal princípio evitaria vedações casuísticas a direitos fundamentais.

De qualquer sorte, afirma Maria Elizabeth Queijo, tendo o Poder Judiciário a função de tutelar os direitos fundamentais, eventual limitação prevista em lei deverá ser submetida ao controle jurisdicional no caso concreto<sup>94</sup>. A jurista conclui:

Caberá ao juiz examinar se a lei, que restringe o *nemo tenetur se detegere*, atende ao princípio da proporcionalidade e se, no caso concreto, os requisitos da proporcionalidade também estão presentes, decidindo motivadamente.<sup>95</sup>

Portanto, é fundamentalmente através da compatibilidade com o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que o controle jurisdicional deverá ser verificar a plausibilidade da limitação do direito ao silêncio no caso concreto. Só então seria possível cogitar a imposição da realização do teste do etilômetro.

Nesse sentido, para que a restrição ao direito ao silêncio prevista em lei esteja em conformidade com o subprincípio da adequação, deverá ser idônea para alcançar o resultado almejado, que é a obtenção da prova.<sup>96</sup> Uma vez obtida a prova, esta deverá, ainda, ser útil à investigação ou ao processo.

Para que esteja em conformidade com o requisito da necessidade, é imprescindível a existência concomitante entre o direito ao silêncio e outros valores, como a segurança pública e o interesse coletivo na persecução penal. Já a proporcionalidade em sentido estrito, enquanto meio para a ponderação dos valores em jogo, nos permite afirmar que quanto maior o peso dos interesses coletivos envolvidos, mais forte é a justificativa de restrição do direito individual.

<sup>93</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. op. cit. p. 356.

<sup>94</sup> Ibid., p. 357.

<sup>95</sup> Id.

<sup>96</sup> Ibid., p. 358.

No caso, a restrição ao direito ao silêncio serviria para a realização do teste do bafômetro e, conseqüentemente, para a obtenção de prova que atenderia ao interesse público na persecução penal, sendo útil à investigação ou ao processo. Ademais, se comparados os pesos dos interesses envolvidos, claro está que a preservação da segurança pública e do interesse público na persecução penal são mais fortes do que o direito individual ao silêncio, justificando a aplicação da sua restrição e conseqüente imposição do teste do etilômetro, porquanto atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Outro ponto interessante conduzido pela jurisprudência majoritária do TJ/RS, ao admitir não ser possível obrigar o condutor a realizar o teste do etilômetro em razão do princípio constitucional do silêncio, é a inexistência de ilegalidade na abordagem dos agentes de trânsito solicitando o referido teste. Conforme a última decisão apontada, a conduta dos agentes de trânsito ao solicitarem a realização do teste verificador de alcoolemia não causa qualquer tipo de constrangimento ao condutor, inexistindo violação de direitos fundamentais.

Partindo do mesmo entendimento a desembargadora Alba Aparecida Nicolli Bastos, ao julgar o *habeas corpus* nº 70025426107, entendeu que os agentes de trânsito têm por obrigação zelar pela ordem e segurança do trânsito. Assim, a solicitação de testes de pesquisa de alcoolemia, dentre eles o bafômetro, é inerente a sua função fiscalizadora e condizente com a determinação legal que prevê tal conduta (art. 277 do CTB).<sup>97</sup>

A relatora afirma, nesse sentido, ser direito dos motoristas e da sociedade como um todo que a fiscalização seja realizada em prol de um trânsito mais seguro. Apesar disso, aponta que o condutor não precisa realizar o teste caso sinta-se ameaçado em seu direito ao silêncio, o que autorizaria o agente de trânsito a tomar as providências administrativas previstas em lei.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão que negou **Habeas Corpus para afastar sanções administrativas impostas pela fiscalização de trânsito**. Habeas Corpus nº 70025426107. André Figueiredo de Assis e Diretor da Empresa Pública de transporte e circulação, Secretário de Segurança do Estado do Rio Grande do Sul, Comandante da Geral da Brigada Militar do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. 12 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70025426107&num\\_processo=70025426107&codEmenta=2554211&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025426107&num_processo=70025426107&codEmenta=2554211&temIntTeor=true)>. Acesso em: 4 nov. 2012.

<sup>98</sup> Id.

Assim, a atividade de intervenção direta da Administração na aplicação do teste do bafômetro, está dentro da esfera legal de sua atuação, pois é dever do Estado, através dos agentes de trânsito, zelar pela segurança nas vias públicas para proteger a integridade física dos cidadãos, bem como assegurar a normalidade da circulação no trânsito. Para tanto, pode utilizar dos meios legais visando tornar efetiva a fiscalização.

No que tange, ainda, às alegações de que a submissão aos testes verificadores de alcoolemia provocaria cerceamento de defesa do condutor, prejudicando-o, tais argumentos são falaciosos. Isso porque, mesmo que o condutor aceite submeter-se ao teste do etilômetro haverá a oportunidade de defesa.

Sabe-se que o Estado está obrigado, diante de atos ilícitos, a aplicar as devidas sanções previstas na esfera legal de sua atuação. No entanto, a embriaguez acusada pelo teste do bafômetro terá como consequência imediata apenas a aplicação de sanções provisórias, uma vez que, posteriormente, durante a tramitação do processo penal ou administrativo, o réu terá o direito de se defender amplamente.

Fixadas as premissas anteriores e considerando a colisão de interesses postos, é dentro do critério da proporcionalidade que os direitos fundamentais podem ser limitados, desde que sua essência não reste prejudicada e, especificamente no que tange ao silêncio, que haja previsão legal. Podem ser relativizados apenas para preservar outros direitos ou valores que, ao coexistirem, justifiquem relativa supremacia no caso concreto.

Diante do exposto, chega-se a uma conclusão sobre a controvérsia abordada no presente trabalho.

## CONCLUSÃO

Com base no que fora verificado, pode-se afirmar que o pós-positivismo e o paradigma do neoconstitucionalismo reaproximaram o Direito da moral e projetaram a importância dos princípios na esfera jurídica. As transformações daí provenientes acarretaram uma influência importante na nova interpretação do direito constitucional, reconhecendo-se sua força normativa e aproximando as ideias de constitucionalismo e de democracia.

Como resultado direto da nova posição ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico e a conseqüente mudança de paradigma na interpretação constitucional, o Direito passa a enfrentar a possibilidade de colisão de princípios constitucionais. Isto se dá uma vez que a importância dos princípios e a inexistência de hierarquia entre si permitem que os bens jurídicos por eles tutelados entrem em confronto.

A colisão de princípios, diferentemente do conflito entre regras, deve ser solucionada através da técnica da ponderação. A ponderação se resume basicamente a aglutinação dos argumentos e técnicas jurídicas que envolvam a colisão, realizando concessões recíprocas, de modo a preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa e, então, dentro dos limites da proporcionalidade e razoabilidade, estabelecer a escolha do direito que irá prevalecer.

A partir disso e da análise dos diversos argumentos jurídicos e decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre o tema, é possível afirmar que o motorista pode se recusar a realizar o teste do etilômetro premido pelo princípio constitucional do silêncio. Levando-se em consideração que para haver limitação ao direito fundamental do silêncio deverá haver previsão legal para tal, como forma de coibirem-se eventuais arbitrariedades, chega-se à conclusão de que ou a lei determina expressamente a obrigatoriedade de realização do teste do etilômetro ou deve-se acatar a possibilidade de recusa à realização do teste que, aliás, é reconhecida pela própria lei vigente (art. 277, §3º, CTB).

Ademais, as provas que necessitem intervenção corporal, ainda que não invasivas, somente podem ser realizadas mediante o consentimento do acusado, não havendo possibilidade de condução coercitiva. Assim, tendo em vista a inexistência de norma no nosso ordenamento jurídico que preveja o dever de



colaboração por parte do acusado e a necessidade de se evitar vedações aleatórias e casuísticas a direitos fundamentais, correndo o risco de arbitrariedades por parte do Estado, eventuais limitações ao *nemo tenetur se detegere* e, portanto, ao princípio do silêncio deverão ser expressas em lei. Tais limitações devem, ainda, sofrer controle jurisdicional de modo a verificar se, no caso concreto, estão de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ressalta-se a relevância senão urgência da previsão legal da obrigatoriedade do teste do bafômetro, tendo em vista a ocorrência massiva de acidentes por embriaguez no trânsito que resultam, muitas vezes, em morte. É de suma importância, portanto, que os motoristas que não se adequem aos limites de álcool impostos pela lei sejam devidamente processados pelo crime de embriaguez ao volante, promovendo não somente a eficácia da Lei Seca, mas principalmente a segurança pública e o resguardo à vida.

Nesse sentido, salienta-se que a eventual restrição legal do direito ao silêncio em nome da obrigatoriedade do teste do etilômetro respeitaria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Isto porque a obrigatoriedade do referido teste serviria para a obtenção de prova que atenderia ao interesse público na persecução penal, sendo útil à investigação ou ao processo.

Ademais, comparados os pesos dos interesses envolvidos, a preservação da segurança pública e do direito à vida, bem como do interesse público na persecução penal, são mais fortes do que o direito individual ao silêncio, adequando a restrição aos subprincípios da proporcionalidade.

Como dito, a inexistência de norma específica que determine o dever de colaboração do motorista, compelindo-o a realizar o teste do etilômetro faz com que a recusa à submissão a tal teste não possa ser interpretada a seu desfavor, porquanto a lei impede que o princípio do silêncio seja utilizado de tal forma (artigos 186 e 198 do CPP). Aliás, a própria possibilidade de recusa à realização do teste prevista no Código de Trânsito Brasileiro limita a atividade judicial.

Desse modo, correto o entendimento de que a autoridade de trânsito pode determinar a realização do teste, tendo em vista que o etilômetro é prova que depende da colaboração do acusado sem haver intervenção corporal, sendo imprescindível, porém, seu consentimento. Em outras palavras, o teste do etilômetro é uma opção do condutor, estando o agente de trânsito limitado a redigir auto com o

apontamento de eventuais sinais de embriaguez e, caso estejam presentes, a determinação das sanções previstas em lei.

Portanto, até que a lei preveja expressamente a obrigatoriedade do teste do etilômetro o que, diga-se de passagem, seria de extrema importância para salvaguardar o interesse coletivo, deve prevalecer o entendimento de que o teste é facultativo, prevalecendo o princípio do silêncio que somente pode ser restringido em casos excepcionais e em consonância com o princípio da legalidade.

## REFERÊNCIAS

ACIDENTES – números. **O Portal do Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.transitobr.com.br/index2.php?id\\_conteudo=9](http://www.transitobr.com.br/index2.php?id_conteudo=9)>. Acesso em: 10 jun. 2012.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO – Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em: 19 maio 2012.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em: 13 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão que negou **Habeas Corpus para afastar sanções administrativas impostas pela fiscalização de trânsito**. Habeas Corpus nº 70025426107. André Figueiredo de Assis e Diretor da Empresa Pública de transporte e circulação, Secretário de Segurança do Estado do Rio Grande do Sul, Comandante da Geral da Brigada Militar do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. 12 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70025426107&num\\_processo=70025426107&codEmenta=2554211&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025426107&num_processo=70025426107&codEmenta=2554211&temIntTeor=true)>. Acesso em: 4 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Indeferimento de Habeas Corpus preventivo em teste de dosagem alcóolica**. Habeas Corpus nº 70025420761. Diogo Mattuella Caio e Secretário da Justiça e Segurança Pública do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Gaspar Marques Batista. 12 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70025420761&num\\_processo=70025420761&codEmenta=2554210&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025420761&num_processo=70025420761&codEmenta=2554210&temIntTeor=true)>. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Indeferimento de Habeas Corpus preventivo obrigatoriedade do teste do bafômetro**. Habeas Corpus nº 70025800756. Marcelo Bogoni e Delegado Geral da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, Secretário de Segurança Pública do Rio Grande do Sul, Comandante da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos. 12 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70025800756&num\\_processo=70025800756&codEmenta=2554217&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025800756&num_processo=70025800756&codEmenta=2554217&temIntTeor=true)>. Acesso em: 3 nov. 2012.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CONHECENDO a lei seca. Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Disponível em: <<http://www.dprf.gov.br/PortalInternet/leiSeca.faces#faq12>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

DE SANTANA, Jehnyphen Samira Gomes. **Normatividade dos princípios e a aplicabilidade do princípio da prioridade absoluta como garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes.** Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4270](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4270)>. Acesso em: 26 maio 2012.

DO AMARAL, Thiago Bottino. **Direito ao silêncio na jurisprudência do STF.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/29290806/Ronald-Dworkin-Levando-Os-Direitos-a-Serio>>. Acesso em: 3 set. 2012.

ENGELMANN, Wilson. **Críticas ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

FERREIRA, Natália Braga. **Notas sobre a teoria sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy.** Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1290/1853>>. Acesso em: 30 set. 2012.

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

MORAIS, Jose Luis Bolzan; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

O SILÊNCIO dos inocentes: STJ define aplicação concreta da garantia contra autoincriminação. **Superior Tribunal de Justiça.** Brasília, 10 out. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99360](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99360)>. Acesso em: 16 jul. 2012.

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

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

## ANEXO

### **LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.**

Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool, e da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool.

Art. 2º São vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.

§ 1º A violação do disposto no caput deste artigo implica multa de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

§ 2º Em caso de reincidência, dentro do prazo de 12 (doze) meses, a multa será aplicada em dobro, e suspensa a autorização de acesso à rodovia, pelo prazo de até 1 (um) ano.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo em área urbana, de acordo com a delimitação dada pela legislação de cada município ou do Distrito Federal.

Art. 3º Ressalvado o disposto no § 3º do art. 2º desta Lei, o estabelecimento comercial situado na faixa de domínio de rodovia federal ou em terreno contíguo à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, que inclua entre suas atividades a

venda varejista ou o fornecimento de bebidas ou alimentos, deverá afixar, em local de ampla visibilidade, aviso da vedação de que trata o art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no caput deste artigo implica multa de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Art. 4º Competem à Polícia Rodoviária Federal a fiscalização e a aplicação das multas previstas nos arts. 2º e 3º desta Lei.

§ 1º A União poderá firmar convênios com Estados, Municípios e com o Distrito Federal, a fim de que estes também possam exercer a fiscalização e aplicar as multas de que tratam os arts. 2º e 3º desta Lei.

§ 2º Configurada a reincidência, a Polícia Rodoviária Federal ou ente conveniado comunicará o fato ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT ou, quando se tratar de rodovia concedida, à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, para a aplicação da penalidade de suspensão da autorização de acesso à rodovia.

Art. 5º A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes modificações:

I - o art. 10 passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXIII:

“Art. 10. .....

.....

XXIII - 1 (um) representante do Ministério da Justiça.

.....” (NR)

II - o caput do art. 165 passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Infração - gravíssima;

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

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

.....” (NR)

III - o art. 276 passa a vigorar com a seguinte redação:



“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.” (NR)

IV - o art. 277 passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 277. .....

.....

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

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

V - o art. 291 passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 291. .....

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.” (NR)

VI - o art. 296 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 296. Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.” (NR)

VII - (VETADO)

VIII - o art. 306 passa a vigorar com a seguinte alteração:

“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:

.....

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

Art. 6º Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac.

Art. 7º A Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4º-A:

“Art. 4º-A. Na parte interna dos locais em que se vende bebida alcoólica, deverá ser afixado advertência escrita de forma legível e ostensiva de que é crime dirigir sob a influência de álcool, punível com detenção.”

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Fica revogado o inciso V do parágrafo único do art. 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Brasília, 16 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
*Tarso Genro*  
*Alfredo Nascimento*  
*Fernando Haddad*  
*José Gomes Temporão*  
*arcio Fortes de Almeida*  
*Jorge Armando Felix*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 20.6.2008