



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO  
PÚBLICO - IDP**

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*  
em Direito Constitucional**

**Luno Aurélio de Lima Barbosa**

IDP - BIBLIOTECA

**O teste do bafômetro: considerações sobre sua  
constitucionalidade**

**Brasília – DF  
2010**

IDP - BIBLIOTECA	
1	012631
2	24/06/10
Forma de Aquisição:	

**Luno Aurélio de Lima Barbosa**

**O teste do bafômetro: considerações sobre sua  
constitucionalidade**

Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do título de especialista em Direito  
Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito  
Público – IDP.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dra. Júlia Maurmann Ximenes

**Brasília – DF  
2010**

**Luno Aurélio de Lima Barbosa**

**O teste do bafômetro: considerações sobre sua  
constitucionalidade**

**Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de especialista em Direito  
Constitucional do Instituto Brasiliense de  
Direito Público – IDP.**

**Orientadora: Prof<sup>ª</sup> Dra. Júlia M. Ximenes**

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção  
(\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora:**

\_\_\_\_\_  
**Presidente: Prof.**

\_\_\_\_\_  
**Integrante: Prof.**

\_\_\_\_\_  
**Integrante: Prof.**

## Resumo

Os direitos fundamentais estão em permanente evolução, e existem aqueles que são indisponíveis e os que são disponíveis, passíveis de sofrerem adequação ante importantes outros direitos fundamentais das pessoas. O *Pacto de San José da Costa Rica*, que firma direitos e proclama que alguns não são absolutos, fortalece ainda mais a possibilidade e necessidade de que direitos fundamentais em determinada circunstância sofrem adequação em seu alcance. Um grande número de acidentes automobilísticos têm sido provocados por condutores que dirigem sob o efeito do álcool. O Estado brasileiro reage e tenta coibir esta prática, dentre outras iniciativas editando a chamada “Lei Seca”, que prevê circunstâncias em que o condutor deve se submetido ao “teste do bafômetro”, para aferir a dosagem de álcool no organismo. Surge o problema de que muitos condutores se rebelam, recusando-se a submeter ao teste alegando que poderiam estar produzindo provas contra si, suscitando controvérsias sobre a constitucionalidade desta lei. Esta argumentação é confrontada com a característica de direitos fundamentais não serem absolutos, e pode-se concluir pela constitucionalidade da “Lei Seca”.

Palavras-chave: direitos fundamentais, lei seca, teste do bafômetro, dosagem de álcool.

## Abstract

The basic rights are in permanent evolution, and exist those that are unavailable and the ones that are available, passive to suffer adequacy before important other basic rights from the people. Pact of San Jose of Costa Rica, that firms rights and proclamation that some are not absolute, still more fortifies the possibility and necessity from that right basic in determined circumstance they suffer adequacy in its reach. A great number of automobile accidents has been provoked for conductors who dirigem under the effect of the alcohol. The Brazilian State reacts and tries to restrain this practical, amongst other initiatives editing the call "Dry Law", that it foresees circumstances where the conductor must if submitted to the "test of bafômetro", to survey the dosage of alcohol in the organism. The problem appears of that many conductors if rebel, opposing to submit it to the test alleging that they could be producing tests against itself, exciting controversies on the constitutionality of this law. This argument is collated with the characteristic of basic rights not to be absolute, and can be concluded for the constitutionality of the "Dry Law".

Key words: basic rights, dry law, test of bafometro, dosage of alcohol.

IDP - BIBLIOTECA

## Sumário

Introdução .....	6
1 Direitos Fundamentais e breve evolução histórica:.....	8
1.1 Antecedentes das declarações de direitos:.....	9
1.2 Declaração de Direitos da Virgínia: .....	10
1.3 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:.....	10
1.4 A Declaração Universal dos Direitos dos Homens: .....	11
1.5 As gerações de Direitos Fundamentais: .....	11
1.6 Características dos Direitos Fundamentais:.....	13
1.7 Direitos Universais e absolutos: .....	13
1.8 Historicidade: .....	14
1.9 Inalienabilidade e indisponibilidade:.....	14
1.10 Constitucionalização: .....	15
2 Outros direitos fundamentais:.....	17
2.1 O Pacto de San José da Costa Rica: .....	18
2.2 O carácter não absoluto do Pacto de San José da Costa Rica: .....	19
2.3 A Lei Seca e o Pacto de San José da Costa Rica:.....	20
3 A Lei Seca: .....	22
3.1 Aspectos do texto da Lei Seca:.....	22
3.2 Histórico da Lei Seca: .....	24
3.3 Motivos que originaram a Lei Seca:.....	24
3.4 Reações à Lei Seca: .....	26
Conclusão: .....	29

## Introdução

A presente monografia, intitulada “O teste do bafômetro: considerações sobre sua constitucionalidade”, representa o trabalho de conclusão do curso de especialização em Direito Constitucional ministrado pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, e versa sobre uma abordagem de aspectos que envolvem a utilização do bafômetro para aferir a dosagem de álcool no organismo de condutores de veículos no Brasil.

A idéia central, como já anunciado, será a análise da questão sobre se a obrigatoriedade de um condutor de veículo submeter-se ao referido teste tem ou não amparo na Constituição Federal Brasileira.

Este tema, derivado da preocupação da sociedade vitimada por inúmeros acidentes provocados historicamente por condutores alcoolizados de veículos automotores, cresceu de significado após a edição da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que trouxe alterações ao Código de Trânsito Brasileiro e definiu novos índices padrão para a aferição da dosagem de álcool no organismo dos condutores, além de outras providências que também visam a fornecer condições para um trânsito mais responsável e seguro.

O assunto é abordado considerando-se normas pertinentes expressas na Constituição Federal vigente, e também no *Pacto de San José da Costa Rica*, nome pelo qual é mais popularmente conhecida a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se incorpora ao texto constitucional brasileiro e por esta razão tem grande significado neste estudo sobre a constitucionalidade da obrigatoriedade do teste do bafômetro.

Despiciendo dizer da importância do tema para toda a sociedade brasileira em geral. Inúmeras famílias possuem registros de acidentes no qual acabaram por estar envoltas e que foram provocados por condutores de veículos que dirigiam sob efeito da ingestão de bebidas alcoólicas, colocando todos em risco. As consequências para as vítimas e suas famílias, são as mais dramáticas possíveis: comprometimentos das habilidades motoras e de órgãos dos sentidos, e mesmo o prematuro encontro com a “desgraçada das gentes”, a morte abreviada que angustia a tantos que ficam, e que interrompem sonhos e futuros muitas vezes os mais brilhantes.

A Lei 11.705/2008 é nova, e ainda não se tem grande número de obras publicadas versando especificamente sobre o tema. É de se crer que em futuro próximo o assunto emergirá da pena de grandes nomes do direito nacional. Mesmo assim, já existe boa quantidade de estudos, de artigos e pareceres sobre o assunto, e que foram da mais alta contribuição para achar o norte desta monografia, imprescindíveis mesmo.

A monografia foi dividida em três capítulos: direitos fundamentais e breve evolução histórica; o *Pacto de San José da Costa Rica*; e a *Lei Seca*. Estão expostos numa seqüência lógica que facilita a delimitação do tema e o acompanhamento do assunto desde antes mesmo da vigência da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, a chamada *Lei Seca*, quando o assunto já vinha sendo estudado pelas autoridades públicas brasileiras competentes e pelo Congresso Nacional.

No primeiro capítulo, intitulado Direitos Fundamentais e breve evolução histórica, são apresentadas as declarações de direitos dos Estados Unidos e da França; as gerações de direitos fundamentais; e o caráter absoluto ou não de que possam estar revestidos.

Sobre o *Pacto de San José da Costa Rica*, logo de início é mencionado o fato de que o rol de direitos fundamentais supera os inscritos na Constituição Federal, ela própria



sabiamente advertindo que o rol de direitos fundamentais vai além dos que prevê no seio de seu próprio texto. Em seguida faz-se um breve considerando sobre como os tratados sobre direitos humanos são recepcionados pela Constituição Federal, e em seguida mostra-se que tal pacto não traz apenas direitos, mas estabelece normas para sua fruição em benefício de toda a sociedade, inspirando que tais direitos podem não ser absolutos.

IDP - BIBLIOTECA

## 1 Direitos Fundamentais e breve evolução histórica

É imanente ao ser humano a vocação para a conquista. Ao tempo de sua vida livre e natural, outro não era seu desejo senão superar as limitações que tinha ante as leis próprias da natureza e conquistar inventos capazes de tornar sua realidade mais amena, como conseguir o fogo, a roda para o transporte, os meios para a construção de abrigos infensos às intempéries do tempo, dentre tantas outras utilidades. Era uma época em que ainda não existia a propriedade, o que grassava era o ser, em antinomia com o ter. Não tardou, porém, que a sociedade conhecesse a inevitável divisão entre os que tinham e os que não tinham, surgindo a propriedade e as divisões de classe e de poder dela decorrentes. O homem, igual em sua essência, não mais o era ante todos os aspectos, pois agora passa a grassar a classe dos que tem e a dos que não tem. A sociedade primitiva passa a conhecer o desejo pela posse, sobretudo pela posse de território.

Se o ser humano não conhecia nenhuma forma de opressão, seja social ou política, esta realidade veio a ser modificada a partir do instante mesmo em que a propriedade surgiu como novo anseio da sociedade. O ser humano, que antes apenas era, agora não mais apenas é, agora ele é e tem, possui bens e os defende, “impõe o seu domínio e subordina tantos quanto se relacionem com a coisa apropriada”<sup>1</sup>. Acaba aí a pureza do ser, instala-se o poder político para trazer eficácia ao interesse humano de garantia de sua posse, e traz à baila um longo e manchado pano de fundo da história das civilizações que é a escravidão, força motriz para a aquisição de bens e a perpetuação do poder, sistema de dominação que o Estado patrocinou e fez com que, às limitações do ser humano frente à natureza, fossem acrescentados modelos de opressão social e política.

Estava assim definida a evolução histórica da sociedade até os dias atuais, uma constante e sucessiva luta para superar os mais variegados sistemas de dominação, sempre presentes, modificados por vezes apenas em seus contornos, mas invariavelmente iguais no abominável conteúdo de subjugar seres humanos a outros. Em incontáveis momentos da humanidade chegou-se a barbáries perpetradas contra pessoas, grupos ou mesmo povos inteiros que, de tão intensas e cruéis, vieram a provocar reações sempre inspiradas pelo sentimento verdadeiro que cada pessoa é, em essência, igual às outras e não pode receber tratamento vilipendioso. Foram reações isoladas, mas sempre freqüentes em sua repetição histórica, e que vieram a formar o norte do que viria a ser, mais tarde, declarações positivas de direitos até se chegar aos dias de hoje, tentando garantir a igualdade entre as pessoas e a sua dignidade e, no dizer de Morgan, proclamando que “os interesses da sociedade são maiores que os dos indivíduos e devem ser colocados em uma relação justa e harmônica”<sup>2</sup>.

A sociedade humana não é perfeita, e jamais atingirá a perfeição. Mesmo assim, possui o ideal de cada vez mais aperfeiçoar-se e estabelecer meios mais dignos de existência para todos os semelhantes. Isto não ocorre ao acaso, é fruto dessa evolução histórica, que precisa sempre de meios capazes de inspirar a humanidade em seu desenvolvimento. O que há de ser preservado é a essência mais nobre do ser humano, que outra coisa não é senão aquelas

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150.

<sup>2</sup> MORGAN, Lewis H., *La sociedad primitiva*, 3. ed. Madrid: Editorial Ayuso, 1975, pp. 543 e 544, trad. de Editorial Pavolov, México.

suas virtudes e característica que compõem os direitos fundamentais, inalienáveis, que jamais podem ser afastados, mas que também não pode sobrepor-se a direitos que contemplam toda a coletividade humana.

### 1.1 Antecedentes das declarações de direitos

Remonta a antes de Cristo as primeiras manifestações de que se tem notícia e que visam a proteger a dignidade humana. Na Roma antiga, a plebe já se valia do veto do tribuno para coibir os excessos proporcionados pelos patrícios em ações injustas, e cuja evolução trouxe a lei de Valério Públicola, que proibia penas corporais contra cidadãos nas situações em que especificava, e naquela época ainda houve o embrião do *habeas corpus*, que foi o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, e que significava a proteção jurídica da liberdade. No entanto, característica comum a todas estas primeiras iniciativas de garantia de direitos fundamentais era o limitado alcance de todas e o seu caráter especial, de modo a que não atingia toda população, mas apenas os integrantes das classes dominantes, característica esta que de modo algum subtraía valor destas iniciativas, antes elevavam seu valor pelo pioneirismo e pelo tirocínio daquela gente antepassada, que desde então já sabia auscultar os anseios da humanidade em traçar melhores caminhos para o seu desenvolvimento, exemplo seguido pelos cidadãos atenienses que já promoviam intensos embates pela garantia das liberdades democráticas.

Foram além as edições de atos que tendiam a estabelecer e proteger direitos relativos à dignidade humana, e se expandiram para diferentes países ocidentais do mundo de então. Na Espanha, em 1188, pelo Pacto de León e Castela, o Rei Afonso IX comprometia-se a garantir a justiça e a paz no reino, assegurando direitos das pessoas, como domicílio, segurança, propriedade; pelo Pacto de Aragão, embora apenas limitado à nobreza, em 1265 surgiram mais reconhecimentos de direitos; pelo Pacto de Viscaia de 1526 foram consagrados franquias, liberdades e privilégios que já existiam. Da Inglaterra vieram a Magna Carta de 1215-1225, símbolo das liberdades públicas e base do desenvolvimento constitucional inglês e de sua ordem jurídica democrática; a Petição de Direitos de 1628, em que os membros do Parlamento pediam o reconhecimento de direitos para os súditos de sua majestade, direitos estes já reconhecidos pela Magna Carta; o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679, reforçando o direito à liberdade e coibindo prisões arbitrárias; e a Declaração de Direitos de 1688 (*Bill of Rights*), decorrente da Revolução do mesmo ano e que impunha a supremacia do Parlamento, criando a monarquia constitucional submetida à soberania popular, sempre limitando o poder monárquico, no que é seguido também pelo Ato de Sucessão do Trono de 1707<sup>3</sup>.

Paulo Gonet Branco, em capítulo saído de sua pena, sustenta que “o cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial”<sup>4</sup>. Este entendimento, além de noções advindas da teoria do direito natural e do Humanismo e também das teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII, contribuíram para o entendimento de que o Estado não há de se servir dos indivíduos, mas sim reconhecer nestes a primazia nesta relação, por existirem direitos decorrentes da natureza humana que são anteriores à própria existência do Estado, que os há de garantir. Estes ideais, não surgidos de uma hora para outra, mas sim construídos ao longo de toda a história da civilização, às quais se agregam as iniciativas já referidas no parágrafo anterior, foram decisivos na

<sup>3</sup> Cf SILVA, *ob. cit.* pp. 150 e ss.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 232.

Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, e logo em seguida sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França.

## 1.2 A Declaração de Direitos da Virgínia

A Declaração de Direitos da Virgínia (que era uma das treze colônias inglesas na América) de 1776 é um dos pontos principais no desenvolvimento dos direitos fundamentais, pois coube a si a grande virtude de promover sua positivação, consolidando em documento escrito direitos até então tidos como inerentes ao homem, mas que transitavam apenas no âmbito controverso de reivindicações mais afeiçoadas ao campo e aos debates da política e da filosofia. Foi apenas neste momento da história que os direitos fundamentais tomaram a forma de normas jurídicas obrigatórias e, como tal, com a possibilidade de serem exigidos judicialmente, numa mudança de perspectiva que transfere do Estado para o indivíduo a posição de primazia na relação bipolar que a ambos coloca em perene contato. Neste ponto arremata Paulo Gonet Branco: “os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.”<sup>5</sup>

Dentre os direitos contidos na Declaração da Virgínia, convém destacar alguns: todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; todo o poder está investido no povo; o governo deve ser instituído para o bem de todos e para sua proteção e segurança; ninguém tem privilégios exclusivos e os cargos e serviços públicos não serão hereditários; os poderes Executivo e Legislativo deverão ser separados do Judiciário, e os membros daquele terão investidura temporária através de eleição; eleições livres para os representantes do povo; direito de defesa nos processos criminais; proibição de fianças e multas excessivas; liberdade de imprensa; e liberdade religiosa, além de outros mais. Traço comum a todas estas previsões de direito era a tentativa de assegurar liberdades aos indivíduos e igualdade de oportunidades para os cargos públicos e os de representação popular.

## 1.3 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Para a História, é quase imperceptível o lapso de tempo de uma, duas ou três décadas, de modo que o fato da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - que foi adotada pela Assembléia Constituinte francesa de 1789 - ser treze anos posterior à Declaração de Direitos da Virgínia não significa dizer que nela tenha se inspirado, até porque ambas são frutos do pensamento liberal do século XVIII, tão bem instalado depois de superadas amarras do absolutismo e do feudalismo vigente até então. Assim, qual o vento que se espalha uniforme sobre as veredas, este sentimento de incontida libertação varreu a Europa e a América, inspirando mentes e corações enlouquecidos de amor pela liberdade. O que se nota, entretanto, é que “a Declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata”<sup>6</sup>. Esta última também é mais universalizante, superando as fronteiras gaulesas para terem acolhida e inspiração em outros países.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 232 e 233.

<sup>6</sup> Cf SILVA, *ob. cit.* pp. 157.

A simples análise de seu título, difuso entre o “homem” e o “cidadão”, já permite antecipar que a declaração francesa considera o indivíduo em dois momentos, antes e após sua integração social. Assim, são direitos próprios do “homem”, sem considerar sua articulação com os seus pares, os que consistem na liberdade, propriedade e segurança. Num passo além, os direitos do “cidadão”, assim considerados os indivíduos participantes da sociedade política, o direito de resistir à opressão, de concorrer para a formação das leis, o acesso aos cargos públicos. Ainda assim, não são direitos diversos e estanques, que pertencem a uma ou outra categoria apenas: são direitos que se completam e se complementam, pois homem e cidadão já formam a amálgama de um mesmo ser na forma concebida pelo pensamento liberal do século XVIII.

#### **1.4 A Declaração Universal dos Direitos dos Homens**

Pelo menos duas características das iniciativas norte-americana e francesas do final do sec. XVIII avançaram no tempo e se espalharam pelo mundo: o já mencionado caráter universal, através do qual declarações de direito de um estado passaram a ser observadas em documentos assinados por vários países, ao que se afeiçoou a Declaração dos Direitos Internacionais do Homem, de 1928-1929, e que visava a proteger direitos humanos de indivíduos de todas as nacionalidades. E isto prosseguiu até 1945, quando países americanos reunidos no México acenaram com o interesse em que um dos objetivos iniciais das Nações Unidas fosse a redação de um carta de direitos dos homens, surgindo no mesmo ano a Carta das Nações Unidas; e outra característica foi o aspecto social, dando origem as direitos sociais e que condicionariam direitos individuais como o de propriedade, tendência que veio a se consolidar no Direito Constitucional a ora vigente.

A Carta das Nações Unidas enfocava, então, direitos fundamentais do homem e reclamava que este tema tivesse melhor desenvolvimento, o que ocorreria com a elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, para cujo propósito foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU. Surgida em um período de pós-guerra, a ONU, no mister de elaborar sua declaração de direitos, viu-se diante de questão de engenhosa resolução, que era a forma de conciliar direitos individuais e os novos direitos sociais já referidos, no que contou com a decisiva colaboração de um representante soviético de nome Bogomolov na redação de artigos sobre direitos econômicos, sociais e culturais, permitindo que a Declaração fosse aprovada em 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral das ONU, realizada em Paris<sup>7</sup>.

#### **1.5 As gerações de Direitos Fundamentais**

Neste breve histórico apresentado sobre a positivação dos direitos fundamentais já se permite vislumbrar o alargamento que tiveram em seu alcance e abrangência. De início, a preocupação toda quase que se referia a garantir a existência em si do ser humano, a proibição de penas corporais, a repulsa às injustas privações de liberdade. Saudável evolução tiveram estas garantias até se chegar aos dias de hoje que, como tudo na vida, também é o momento de evoluções que estão acontecendo, mas que ficam imperceptíveis àqueles que as

---

<sup>7</sup> Cf SILVA, *ob. cit.* pp. 162-163.

estão realizando, que estão mostrando novos rumos e temáticas, novas gerações de direitos fundamentais. Assim, a par da evolução das declarações de direitos, outra maneira de ver o desenvolvimento dos direitos fundamentais é considerá-los em gerações, cada uma destas entendida como sendo a estréia positiva dos mesmos no mundo social e jurídico de sua época, e a partir de então perfeita e historicamente integrados ao catálogo de direitos fundamentais da humanidade<sup>8</sup>.

A primeira geração de direitos fundamentais corresponde ao leque de direitos advindos do final do século XVIII, nas já mencionadas declarações de direitos americana e francesa, no âmbito das respectivas revoluções. Os direitos desta novíça geração têm a característica de conter o Estado, de exigir-lhe várias abstenções que se refletem na garantia da vida individual livre e soberana. São reações ao absolutismo de até então, onde as liberdades eram tolhidas. Direitos desta geração são a inviolabilidade do domicílio e as liberdades individual de reunião, de crença religiosa e de consciência. São direitos que tiram do Estado a possibilidade de abusos e fixam uma autonomia individual que lhe é imune e que constitui o requisito básico para dignas condições de vida em sociedade, mas sempre ainda considerando a pessoa isoladamente e não em sua vida de associação de interesse com os semelhantes.

A segunda geração de direitos fundamentais demanda ações positivas do Estado com vistas à realização da justiça social. Nos séculos XIX e XX aconteceu o fenômeno da industrialização acelerada e do também rápido crescimento populacional, ambos contribuindo para desigualdades sociais crescentes, provocando inúmeros problemas no seio da sociedade a que o Estado não poderia deixar de intervir para solucionar. E o modo que encontrou foram iniciativas como assistência social, saúde, educação, melhores condições de trabalho: significam a tentativa de efetivação de direitos sociais, assim denominados os de segunda geração. São assim chamados direitos sociais por se referirem a reivindicações de justiça que a todos iguaem, corrigindo distorções que continuariam a grassar não fosse a intervenção dos poderes públicos.

A terceira geração de direitos fundamentais beneficia o ser humano de maneira reflexa, mas nem por isto menos importante ou decisiva. Embora a titularidade dos direitos seja agora coletiva, ou mesmo difusa, seu destinatário continua sendo o indivíduo em sociedade, tudo o que é defendido nesta geração visa enfaticamente a permitir a continuidade mesmo da vida, quão abrangentes e impostergáveis são. Constitui-se esta geração pelo direito à paz e desenvolvimento, à proteção do meio ambiente e dos bens históricos e culturais. É a proteção do ser humano em sua vida coletiva, buscando garantir a preservação do meio em que vive e da sua memória adquirida ao longo de milênios de existência, o fim de guerras e barbáries. Ao proteger-se cada um destes valores, estar-se-á garantido a continuidade da vida, refletindo em melhores condições para a preservação humana.

Esta distinção entre as gerações de direitos fundamentais visa precipuamente a situar a época em que foram acrescentados ao catálogo dos direitos de proteção humana. Uma nova geração não revoga a anterior, quando muito traz diferente leitura ou alcance a algum direito que eventualmente também discipline. São, na verdade, gerações de direito que procuram se complementar, seja por sobreposição, seja encandeamento de propósitos. O certo é que faz parte de um processo sempre contínuo de desenvolvimento de normas de proteção aos seres humanos, um processo de evolução que não se esgota em si mesmo e que a cada momento

---

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 233 e 234.

está evoluindo, no mais das vezes imperceptivelmente no instante em que está acontecendo, mas facilmente identificável por gerações futuras que o haverá de aperfeiçoar e continuar a desenvolver. Bem possível que hoje já se esteja a operar a quarta geração dos direitos fundamentais e isto não esteja sendo percebido nem valorizado.

## 1.6 Características dos Direitos Fundamentais

Vem da inspiração de Paulo Gonet Branco<sup>9</sup> a caracterização ora apresentada dos direitos fundamentais, com a ressalva introdutória de que não é apenas didática a utilidade de se aferir os traços que os caracterizam. Mais que isto, este mister revela-se de grande valia no esforço cotidiano de se garantir o acesso a tais direitos, permitindo identificá-los no ordenamento constitucional de um Estado e até mesmo fora, bastando para tanto que se afeiçoem às características e finalidades que ostentem, mesmo, como dito, que não estejam insculpidos em sede constitucional. O ponto de partida para a caracterização dos direitos fundamentais é sua própria conceituação, tarefa que não é fácil por sobre si lançarem-se uma infinidade de olhares, com vieses do jusnaturalismo (direitos anteriores à vontade do Estado), do positivismo (aqueles previstos em lei), do idealismo (ideais recolhidos no desenvolvimento histórico), do realismo (resultado de lutas sociais e políticas).

De uma forma ou de outra, a caracterização e, antes, a própria conceituação de direitos fundamentais parte do princípio da dignidade humana – que contém o poder do Estado e afasta excessos e injustiças –, a partir de onde abre-se o leque de valores a que eles visam proteger e garantir, como a própria vida, as várias manifestações de liberdade, igualdade, participação política. Deste modo, pode-se entender, dentro da esfera do direito positivo, que os direitos fundamentais são “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”<sup>10</sup>. E, tendo em mente esta assertiva, podem-se delinear as seguintes características: são direitos universais e absolutos, tem historicidade, são inalienáveis ou indisponíveis, são constitucionalizados, vinculam-se aos poderes públicos e têm aplicação imediata. Cada uma destas características será analisada detidamente, mas sempre tendo em vista o entendimento de que os direitos fundamentais de um indivíduo singularmente considerado podem ceder a outros direitos fundamentais que visem a proteger bens maiores de toda a coletividade, e não mais de apenas um indivíduo.

## 1.7 Direitos universais e absolutos

Há um grau de mais e um grau de menos nesta dupla característica dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, quanto à sua universalidade, há que se afirmá-la categoricamente, pois basta o fato de ser um ser humano para se garantir a condição de titular de direitos fundamentais. No entanto, além disto, a uma certa gama destes direitos nem todos os

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 239 e ss.

<sup>10</sup> Cf SILVA, *ob. cit.* p. 178.

serem humanos se afeiçoam, só os que atendem a determinados requisitos específicos mais, como o fato de serem trabalhadores, ou terem idade para a titularidade de direitos eleitorais, dentre outros. Assim, a universalidade tem um manto que a todos acolhe, e um grau a mais, este apenas reservado a algumas pessoas ou categoria em especial, mas nem por isto tem menos relevância ou menos alcance que os direitos de acessividade plena.

Em segundo lugar, e em outra mão, o caráter absoluto dos direitos fundamentais sofre diminuição, pois situações há em que precisam ceder a outro direito. A noção de que são absolutos não é, por assim dizer, uma noção absoluta! Não, o entendimento de sua totalidade provém do fato de que estão na posição mais alta de determinado ordenamento jurídico, não sendo assim, alcançável por outra norma que vise a derogá-lo. Deste modo, permanecem sempre válidos se considerados apenas as demais normas jurídicas de seu respectivo ordenamento em um plano abstrato, mas na verdade não são absolutos sempre, pois no caso concreto em que são contrapostos a outros direitos fundamentais, ou ao mesmo direito fundamental mas agora atendendo a um número maior de pessoas, não são mais intocáveis. É o caso, precisamente, de não se poder recusar ao exame de alcoolemia sob a alegação de que infligiria a liberdade de escolha, a soberania da vontade, mas isto cede, pois há o confronto com outro bem fundamental de muito mais valia e abrangência, que é a manutenção da própria vida de potenciais vítimas de um motorista alcoolizado. Assim, neste exemplo simples, um direito fundamental cede a outro, trazendo um grau menor ao seu pretense caráter absoluto.

Esta situação de um direito fundamental ceder a outro já está hoje devidamente positivada, deixando clara a mitigação de seu caráter absoluto. O Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, prevê em seu artigo 32, 2, que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”. E também o art. 18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, traz semelhante previsão de limitação, “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”.

## **1.8 Historicidade**

Já foi visto o fato de os direitos fundamentais não serem absolutos. E se não o são no momento em que tenham que ser confrontados a outro, é de se imaginar se no momento de sua criação, ou de sua positivação eles não seriam efetivamente absolutos. O que vem a contribuir para a equação destas questões é a característica histórica dos direitos fundamentais, posto que são criados, são modificados e eventualmente podem até deixar de existir. É a análise histórica de nascimento, na efervescência social de sua época que lhe darão a vocação que deverão seguir, e que será sustentada pelo sentimento de necessidade que sobre si tiverem as gerações seguintes, criando as condições para que permaneçam ou que cedam, definitivamente a novos interesses sociais, ou que cedam apenas em determinado caso concreto, quando novas circunstâncias poderão sinalizar que venham a ter outros alcance e entendimento, sofrendo mitigações sobretudo em seu caráter absoluto.

## **1.9 Inalienabilidade e indisponibilidade**

Os direitos fundamentais têm sua caracterização e conceituação inspirada pela dignidade humana, a base de sua sustentação e de seu desenvolvimento e aprimoramento



históricos. Ora, a dignidade humana com nada transige, e impede até mesmo que o titular de um direito fundamental a ele renuncie. A inalienabilidade de um direito consiste no fato de que não possa ser transferido ou negociado, seu titular não pode deixar de exercê-lo. E quando se trata de direitos fundamentais, não se permite o abandono por parte de seu titular porque, se isto fosse dado a acontecer, significaria a própria renúncia à dignidade humana, fato com o qual o direito não se coaduna.

Todavia, se a inalienabilidade e a indisponibilidade fundam-se no valor da dignidade humana, em situações nas quais o direito fundamental considerado não a tenha como pressuposto básico, há de se admitir, até mesmo pela precedência de direitos fundamentais mais abrangentes, que se possa restringir determinado direito em favor de outro, aceitando eventual disposição por parte de seu titular, ou tolerando-se que o uso que este dele poderia ter seja recolhido em benefício de uma ordem maior de valores ou indivíduos.<sup>11</sup>

### 1.10 Constitucionalização

Importante consequência da constitucionalização dos direitos fundamentais – sua positivação no direito interno de determinado Estado – é sua diferenciação dos direitos humanos. Estes têm base no direito natural e tem como característica o desejo de que determinados valores do ser humano sejam sempre considerados, mas não integram a ordem jurídica dos vários países em particular. Ao inverso, têm caráter universal e constam de documentos globais, integrantes do direito internacional e a que os diversos Estados hão por bem aderir como forma de garantia do respeito à pessoa humana.

Por seu turno, as normas de direitos fundamentais constam do direito interno de cada Estado, têm caráter mais concreto, mecanismos de implementação e formas de proteção dentro do Estado que o positivou. Assim, possuem natureza e garantia constitucional, *status* que os tornam mais imediatos aos seus destinatários que os direitos humanos, dos quais não se descolam e sim complementam-se num processo de dupla inspiração: postulados dos direitos humanos são acolhidos na ordem interna de um país no catálogo dos direitos fundamentais, e muitos destes vêm sendo acolhidos em declarações gerais de direitos humanos.

### 1.11 Vinculação dos Poderes Públicos

Ora, uma vez constitucionalizados os direitos fundamentais, ou seja, integrando a Constituição de determinado Estado, significa dizer que detém todas as garantias reservadas às demais normas constitucionais no que se refere à sua vigência e ritos para reforma. No mais das vezes, chegam mesmo a estarem inclusos dentre as cláusulas pétreas, não mais sendo passíveis de alteração. Assim, têm força própria e contam com o que dever dos três poderes públicos não apenas de observá-los, mas também de prover os meios necessários para sua efetivação.

Qualquer edição de diplomas normativos pelo Poder Legislativo (e pelos demais Poderes) deverá estar de acordo com as normas dos direitos fundamentais que integram a Constituição, inclusive aquelas que os disciplinam ou mesmo garantem o acesso aos mesmos. Mais significativo e delicado, entretanto, é o caso em que surge o contrário, ou seja, a

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 242 e ss

necessidade de limitação de direitos fundamentais em face de outros, quando a atividade legislativa há de encontrar o ponto de equilíbrio em que viabilize o exercício deste direito, mas preserve-lhe suas características essenciais indisponíveis e cujo acesso pelo cidadão deverá sempre possível.

A atividade administrativa do Estado, protagonizada pelo Poder Executivo, igualmente vincula-se aos direitos fundamentais. E é uma ação ampla, distribuída pelas três esferas de Poder (federal, estadual e municipal) que diuturnamente precisa expedir atos de ofício para disciplinar suas atividades e as dos cidadãos. E não apenas estes atos de vontade precisam afeiçoar-se aos direitos fundamentais, mas também a aplicação de leis já existentes e sua própria interpretação, seja no sentido de definir os seus alcances, seja até mesmo por afastar a aplicação de diploma legislativo que entenda ser inconstitucional (atividade própria do Judiciário, mas que pode ser exercida incidentalmente pelo administrador).

A tarefa de divisão dos poderes é uma operação que deixa restos, ou seja, todo Poder, a par do exercício das atividades que lhes são originariamente próprias, também exerce funções típicas dos demais. O Poder Judiciário, guardião da Constituição, ao ser instado a manifestar-se sobre determinado diploma legal, é despiciendo dizer haverá de julgar e decidir de acordo com as normas fundamentais expressas na Constituição Federal, em qualquer caso que for, seja para garantir o acesso a direito fundamental, seja para limitar seu uso em face de outros direitos fundamentais. E também quando cuida de sua própria administração, editando normas internas, invariavelmente haverá de respeitar as aquelas mesmas normas imanentes ao ser humano.

Assim, as normas de direito fundamental são como um manto que cobre toda a atividade do Estado, distribuída em seus três poderes e esferas de atuação. Distende-se quando a atividade é positiva, garantidora do acesso aos direitos fundamentais; e contrai-se na hipótese de afeiçoamento de determinando direito frente a outro, mas mantendo firme o núcleo indevassável que não pode ser afastado.

## 2 Outros Direitos Fundamentais

É de constatar, no entanto, que o rol de direitos fundamentais vai bem além daqueles que estão grafados no texto da Constituição brasileira atual. Ela própria, sábia pela inspiração de seus constituintes, cuidou de estabelecer que o catálogo de direitos fundamentais que apresenta não é um *numerus clausus*. Ao contrário, basta ver o § 2º de seu art. 5º: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Resguarda-se, assim, o compromisso com a evolução do direito e das proteções que cada Estado deve oferecer aos seus cidadãos, pois a Constituição Federal previu que seus princípios podem inspirar a proclamação de novos direitos como fundamentais e, embora promulgada antes da queda do Muro de Berlim, já anteviu um mundo cada vez mais sem fronteiras, permitindo o caráter universal da pessoa humana, que caminha a passos largos para ser apenas cidadão de um só país para tornar-se cidadão do mundo inteiro, percepção que o constituinte teve e que soube, magistralmente, traduzir na possibilidade de que tratados internacionais tragam à colação novos direitos fundamentais.

Longo, no entanto, é o caminho para a consolidação de direitos fundamentais não expressamente previstos no texto magno. A amplitude de seu alcance e a própria subsunção do Estado a eles inspira todo cuidado e reflexão antes de que sejam proclamados como tal e estendam seu manto protetor a toda sociedade, um cuidado muito semelhante àquele que o milenar Direito Canônico possui antes da consagração de um novo santo. Este cuidado e este mister realizados após a promulgação da Constituição é tarefa reservada, sobretudo, aos doutrinadores e aos tribunais, pois a manifestação do Legislativo é tópica, sob a forma de emenda constitucional inserindo o novo direito no texto da Constituição. E, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, a admissão de novo direito fundamental é processo de lenta maturação e consolidação, necessita, via de regra, de inúmeras provocações para que se chegue a uma definição consolidada de que se trata mesmo de nova garantia fundamental, processo este que às vezes, mesmo após a definitiva manifestação do Supremo Tribunal Federal ainda fica sujeito a controvérsias e não imediatos cumprimentos de suas decisões.

O caso da admissão de novos direitos fundamentais em decorrência de tratados internacionais de que o país seja parte, expressamente previsto no art. 5º, § 2º do texto constitucional em vigor é exemplo desta reflexiva dificuldade de ampliação do leque de direitos fundamentais. Neste caso específico, houve grande resistência por parte do Supremo Tribunal Federal em aceitar a previsão de admissão de direitos e garantias previstos em tratados. Como o rol de direitos e deveres individuais e coletivos deste mesmo artigo não constitui um *numerus clausus*, é fácil compreender que os tratados internacionais cujo objeto sejam direitos fundamentais são adicionados às garantias que estão previstas na Constituição.

Este acoplamento pacífico dos direitos fundamentais à Constituição Federal esconde dificuldade ulterior, qual seja, a de estabelecer o nível hierárquico do texto destes tratados, se equivale a norma constitucional, a lei ordinária ou em situação mista, em que parte do texto seria lei ordinária, e outra parte norma constitucional<sup>12</sup>.

Os que admitem a recepção das normas dos tratados como norma constitucional estão, na verdade, conferindo-lhes poder reformador da Constituição Federal,

<sup>12</sup> PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Direitos Fundamentais previstos no Pacto de São José da Costa Rica: sua incorporação ao Direito Brasileiro. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades*

teoria esta que não contou com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal, precisamente pelo fato de o poder constituinte derivado reclama quórum de 3/5 dos membros das duas Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação em cada uma delas, para alterar o texto da Constituição, enquanto os tratados são admitidos através de maioria simples, não tendo, assim, o condão exigido para alteração do texto constitucional.

O entendimento de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico interno como lei ordinária invoca o argumento da questão de soberania, uma vez que, se assim não fosse, os tratados estariam a derogar o poder constituinte originário, modificando o texto por este produzido por um quórum inexpressivo para assuntos constitucionais que, como visto, exigem 3/5 dos votos para sua alteração.

E a terceira posição utiliza-se da chamada teoria do impacto misto dos tratados, segundo o qual os pactos internacionais comuns são recepcionados no ordenamento jurídico interno como lei ordinária, ao passo que aqueles cujo objeto são os direitos humanos têm para si reservado o *status* de norma constitucional, entendimento esposado por Luiz Flávio Gomes e Flávio Piovesan.

É sempre comum, nos mais variados ramos do Direito, os entendimentos doutrinários costumarem ser diferentes, embora não careçam de harmonia. Opiniões diferentes de diferentes juristas trazem sempre à colação a abordagem de aspectos que não podem ser olvidados, e que contribuem para uma melhor adequação do tema em estudo. Assim, esta controvérsia ora encontrado apenas possibilita que seja eleito o melhor caminho para a incorporação de novos direitos fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro, sem em nada desmerecer eventual pensamento que se quede ante o confronto com outros, eventualmente mais pertinentes ao assunto em baila.

## 2.1 O Pacto de San José da Costa Rica

O Brasil tornou-se parte do *Pacto de San José da Costa Rica* ainda no já distante 1992, e este Tratado foi promulgada neste mesmo ano através do Decreto nº 678, datado de 6 de novembro. Assim, há cerca de duas décadas aquele tratado produz os seus efeitos no país, e este deve seguir seus preceitos em seu ordenamento normativo.

Na verdade, sob o popular título de *Pacto de San José da Costa Rica* encontramos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, como é comum acontecer no direito dos tratados, levou o ano e o nome do local onde foi elaborado. Esta convenção reveste-se da maior importância e significado, por tratar-se do mais importante tratado de todo o sistema de direitos humanos existente nas três Américas, em especial os países latino-americanos, o que não exclui de sua abrangência o Canadá e os Estados Unidos da América. Cuida não apenas de direitos humanos, mas também de direitos civis e de direitos políticos, com alcance relevante sobre o cotidiano das populações de todos os países que lhe são partes.

Como sendo um conjunto de normas que devem ser observadas e cumpridas por seus integrantes, o *Pacto de San José da Costa Rica* necessita, para garantir sua efetividade, de mecanismos que permitam a avaliação de condutas suspeitas de violarem seus dispositivos, instalando-se o contraditório, e também de mecanismo que desestimulem ou inibam eventuais violações de direito. Neste sentido é que existe a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede exatamente na cidade de San José, na Costa Rica, e cuja competência foi reconhecida pelo Brasil seis anos após ter aderido ao *Pacto de San José da Costa Rica*. Assim é

que, desde 1998 o Brasil tornou-se integrante deste sistema de proteção dos direitos humanos que grassa nas três Américas, de tal sorte que pode a ele recorrer sempre que alegar descumprimento de normas de garantia dos direitos humanos, bem como pode, em outra face, ser acionado e até mesmo condenado em caso de seu o autor de violações semelhantes, dentre cujas condenações figura o pagamento de indenizações às vítimas.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o *Pacto de San José da Costa Rica* tem *status* de supralegalidade, ou seja, está acima das normas legais.<sup>13</sup> Nos comentários ao Preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>14</sup> sustenta que “se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhe os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional”. No direito brasileiro, este entendimento alcança os tratados posteriores à Emenda Constitucional 45, de 2004, posterior, assim, ao supralegal *Pacto de San José da Costa Rica*.

Da leitura preliminar da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de imediato já se percebe que os seus 82 artigos estão divididos em três partes: Deveres dos Estados e Direitos Protegidos; Meios de Proteção; e Disposições Gerais e Transitórias. O catálogo de direitos, por assim dizer, constituem a parte inicial, para logo em seguida surgir o que seria a parte processualística, ou seja, a maneira de se adquirir a proteção dos direitos anteriormente proclamados.

## 2.2 O caráter não absoluto do *Pacto de San José da Costa Rica*

Tem *status* supralegal o *Pacto de San José da Costa Rica*, ao versar sobre direitos humanos. Assim, no âmbito constitucional brasileiro suas normas estão acima da legislação ordinária.

Ainda mais que isto, o próprio *Pacto de San José da Costa Rica*, em bem inspirado e prudente conteúdo, já cuida de evitar que seja considerado um rol de direitos absolutos, contra tudo e contra todos oponíveis, mas que não exija qualquer contrapartida de conduta por parte de seus destinatários. No art. 32 de seu Capítulo V – Deveres das Pessoas, encontra-se norma de lapidar redação:

Art. 32. Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

O entendimento cristalino que daí se extrai é mesmo o de caráter não absoluto dos direitos protegidos pelo *Pacto de San José da Costa Rica*. Qualquer norma sua, qualquer direito que preveja, terá vigência soberana enquanto não comprometa o catálogo de direitos de outros, enquanto não comprometa o bem estar e a segurança dos semelhantes. No item 2 fica bem delineada a limitação dos direitos individuais, que não podem atentar contra “a

<sup>13</sup> HC-87.585 rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008

<sup>14</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

segurança de todos” e “as justas exigências do bem comum”, de sorte que claramente se vê a limitação dos direitos de cada um, que cedem ante “os direitos dos demais”.

Tal conformação possível a normas de direitos fundamentais contribui positivamente para o instituto da segurança jurídica e para a prevalência do direito coletivo sobre o direito individual.

Cediço se aprende que o interesse coletivo se sobrepõe ao interesse individual, que o direito de cada pessoa humana em particular deve ceder a vez nas circunstâncias em que conflita com o interesse maior de um conjunto mais amplo de pessoas, e por isto mesmo mais significativo. Isto não poderia jamais estar ausente do texto do *Pacto de San José da Costa Rica*, e em verdade não está, integra-o e o faz ainda mais perfeito, pois esta consagração de escala de valores é própria da vida em sociedade, onde deverão grassar os direitos humanos. Cabe, no caso concreto, estabelecer qual bem, qual direito é o mais significativo quando oposto a outro ou a outros, para se aferir qual deverá ceder e qual deverá prevalecer.

### 2.3 A Lei Seca e o *Pacto de San José da Costa Rica*

Convém aqui já adiantar-se um pouco no assunto considerado nesta monografia, que é a base jurídica da constitucionalidade de se utilizar o bafômetro, e já proceder a um pequeno cotejamento entre esta questão de obrigatoriedade ou não, e as possibilidades carreadas pelo *Pacto de San José da Costa Rica* no sentido de que admite que direitos fundamentais podem não ser absolutos, possibilitando que declinam ante interesses maiores de uma coletividade mais abrangente.

Um dos principais sustentáculos brandidos por aqueles que não se conformam com a obrigatoriedade do teste do bafômetro é o de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si, buscando justificar esta assertiva pela leitura combinada de alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal Brasileira, quais sejam, os de números LV, LVII e LXIII. Trata-se de uma interpretação em que se tenta construir aquilo que o Constituinte não elaborou, mas com a qual vêm-se conseguindo êxito perante alguns órgãos jurisdicionais que têm demonstrado semelhante interpretação harmônicas daqueles três incisos citados.

É de ser considerado, contudo, o fato de que o *Pacto de San José da Costa Rica* também tem sido, com muita freqüência, amplamente invocado para inviabilizar a realização do teste do bafômetro. Convém observar, então, por absoluta questão de oportunidade, que dentre as garantias judiciais que estão alinhavadas no texto de seu art. 8º, número 2, está a alínea g, assim redigida:

“Art. 8º Garantias Judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;”

Este direito de a pessoa humana não ser obrigada a depor contra si mesma, no entender de Luiz Flávio Gomes<sup>15</sup>, “faz parte do princípio da não auto-incriminação”, o qual, dentre outras garantias, envolve “o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora que

<sup>15</sup> Cf GOMES, MAZZUOLI, *ob. cit.* pp. 112 e 113.

envolva o seu corpo humano (exame de sangue, exame de urina, bafômetro, etc.).” Assim, no entendimento deste notável jurista, todo cidadão estaria ao largo do exame do bafômetro num olhar isolado sobre esta norma de garantia contida no art. 8º do *Pacto de San José da Costa Rica*, protegendo-o de propiciar prova contra si.

No entanto, “todo direito fundamental é restringível”, conforme Virgílio Afonso da Silva<sup>16</sup>, e como tal o princípio da não auto-incriminação não é e nem poderia ser absoluto. Ainda conforme Virgílio Afonso da Silva, “ao contrário do que sustentam teorias baseadas em um suporte fático restrito, não se deve excluir de *antemão*, da proteção dos direitos fundamentais, condutas, estados e posições jurídicas que tenham algum elemento, por mais ínfimo que seja, que justificaria tal posição”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 253 e ss.

<sup>17</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 252.

### 3 A Lei Seca

Questão antiga, e que tantas aflições e dores tem trazido à família brasileira, é a evitável e perigosa prática de dirigir alcoolizado. Consiste na causa de incontável número de acidentes de trânsito por todo o país indistintamente, e cujas conseqüências podem ser, senão mesmo a própria morte, a ocorrência de seqüelas corporais às vezes para o resto da vida, como a perda ou inutilidade de membros ou órgãos do sentido e da capacidade motora. As vítimas, estas se estendem para além da própria figura do condutor alcoolizado, para atingir pessoas inocentes e indefesas, como passageiros do próprio veículo ou de outros automóveis, bem como pedestres ou pessoas que por um motivo ou outro necessitam postarem-se próximas às vias de trânsito, como nas paradas de ônibus.

Com o objetivo de cumprir o seu dever constitucional de promover a defesa da vida e da segurança, e que está insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe que “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 segurança e à propriedade”, o Estado brasileiro houve por bem editar a Lei nº 11.705/08, que “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”.

#### 3.1 Aspectos do texto da *Lei Seca*

Várias normas constantes do texto da Lei Seca, que é a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, têm merecido mais atenção nos feito a este respeito. Dentre tais, convém citar algumas:

a) A proibição de venda de bebidas alcoólicas naqueles estabelecimentos que se encontram às margens das rodovias federais está prevista no *caput* de seu art. 2º, e em seus parágrafos:

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.



Esta proibição, que visa sobretudo a evitar o acesso de motoristas a bebidas alcoólicas, suscita o aspecto econômico dos estabelecimentos comerciais que têm dita localização, e, como tantos outros estabelecimentos congêneres, têm na venda de bebida alcoólica um grande e eficiente atrativo de clientes.

b) A alteração do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro está prevista no seu art. 5º, inciso II:

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

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)

É a previsão do tipo de conduta que se quer evitar, qual seja, dirigir sob a influência de qualquer quantidade de álcool ou substância psicoativa que possa causar dependência. Além da penalidade de multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, ainda há a retenção do veículo até que surja condutor devidamente habilitado a retirá-lo do local.

c) Corroborando o novo texto do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, o inciso III da Lei Seca vem apresentar nova redação para o art. 276 do mesmo Código de Trânsito:

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)

d) E, por fim, o ponto que permite outras formas de aferição de embriaguez, sem ser o teste do bafômetro, que é o inciso IV do art. 5º da Lei Seca, que altera o art 277 do Código de Trânsito Brasileiro:

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)

E a questão, aqui suscitada, sem a aferição pelo teste do bafômetro, é que estes exames tem aspecto subjetivo, e como tal sua eficácia não é absoluta.

Esta Lei, como dito em sua ementa, veio aperfeiçoar a Lei nº 9.503/97, que é a lei que institui o Código de Trânsito Brasileiro, dando seqüência à política pública brasileira de se chegar à paz no trânsito, reduzindo-se a quantidade de acidentes e suas conseqüências, tornando melhor preparados os condutores de veículos automotivos, trazendo punições mais rigorosas aos infratores e coibindo práticas que, por si só, depõem contra a segurança das pessoas, como é a prática que se pretende combater de dirigir sob os efeitos da ingestão de bebidas alcoólicas.

### **3.2 Histórico da “Lei Seca”**

O Código de Trânsito Brasileiro, em sua versão original, já demonstrava preocupação com o uso de bebida alcoólica por motoristas, e tentou inibir esta prática em seu art. 276, seja administrativamente, seja criminalmente.

Como isto se revelou insuficiente, a Lei 11.705/08, conhecida por “Lei Seca”, teve origem na Medida Provisória nº 415, de 21 de janeiro de 2008. Esta Medida Provisória, por sua vez, teve como marco original uma proposta elaborada conjuntamente pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, pelo Ministério da Justiça, pelo Ministério da Saúde, pelo Ministério das Cidades, pelo Ministério da Educação e pelo Ministério dos Transportes, e data do mesmo dia em que a Medida Provisória houve por bem de ter sido assinada pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

### **3.3 Motivos que originaram a Lei**

Na bem ajambrada exposição de motivos<sup>18</sup> que acompanhou a mencionada proposta de Medida Provisória, de chofre já se percebe a justa preocupação que o grupo de Ministros de Estado teve com os malefícios causados pela ingestão de bebida alcoólica, ao mencionar que a “Organização Mundial de Saúde – OMS estima em aproximadamente 2 bilhões o número de consumidores de bebidas alcoólicas no mundo”, ou seja, cerca de um terço da população mundial, e , ainda, menciona que “o álcool causa anualmente 1,8 milhões de mortes, 3,2% do total, e é responsável por 4% dos “anos perdidos de vida útil” no mundo”. E revela ainda um dado alarmante, qual seja, o de que “entre as décadas de 70 e 90 o consumo de álcool

<sup>18</sup> EMI Nº 13 – GSI/MJ/MS/MCIDADES/MEC/MT no site WWW.planalto.gov.br/ccivil.

“cresceu mais de 70% entre os brasileiros”. E indo mais longe a exposição de motivos, revela que “52% dos brasileiros acima de 18 anos consome bebida alcoólica pelo menos uma vez ao ano”, e “também que dois terços dos motoristas já dirigiu depois de ter ingerido bebidas alcoólicas em quantidade superior ao limite legal permitido”<sup>19</sup>.

Note-se, apenas pela leitura inicial da exposição de motivos, a alarmante gravidade da situação originada pelo uso de bebida alcoólica: uma dimensão extraordinária de pessoas consumindo pelo mundo inteiro (cerca de um terço da população mundial), o que é igual a 10 vezes a população brasileira; o número de óbitos daí decorrente, também responsável por um patamar que verdadeiramente não pode ser tolerado; o crescimento vertiginoso do consumo no Brasil, talvez influenciado por propagandas “encantadoras” veiculadas nas mais diversas mídias; e, chegando ao ponto objeto da presente abordagem, o elevado nível de dois terços dos motoristas não se inibem pelo consumo do álcool e dirigem imediatamente após, colocando em risco não apenas sua própria vida e integridade, mas também a de seus semelhantes, sem distinção de idade ou qualquer outra característica que, por vontade própria, em tese os afastariam de qualquer risco decorrente da ingestão alcoólica e da superveniente e imediata prática da direção de veículo automotor.

Este universo de pessoas vítimas indiretamente do consumo de álcool também é encontrado dentre as vítimas do trânsito. A mencionada exposição de motivos prima por demonstrar, através de dados do Ministério da Saúde, que “em 2004, 35.674 pessoas morreram em decorrência de acidentes de trânsito no Brasil”. E prossegue: “pesquisa realizada em 1998 por iniciativa da Associação Brasileira de Departamentos de Trânsito – Abdetran em quatro capitais brasileiras – Salvador, Recife, Brasília e Curitiba – a qual apontou que entre as 865 vítimas de acidentes, quase um terço (27,2%), apresentou taxa de alcoolemia superior a 0,6 g/l, índice limite definido pelo Código de Trânsito Brasileiro”. Este dado, já assustador por si só, pode revelar conseqüências ainda mais nefastas do uso do álcool por motoristas, pois além destas vítimas com conseqüências aferidas de imediato, outras tantas podem ter tido seqüelas só percebida *a posteriori*, o que contribui para o agravamento desta situação que não se pode mais tolerar e que precisa ser combatida, como o Estado brasileiro está exemplarmente tentando conter.

Também há outro fator, de viés econômico que não pode ser desconsiderado: uma quantidade muito grande de recursos é destinada para o tratamento das vítimas do alcoolismo, acometidas que são de doenças renais, hepáticas e outras mais, pessoas que precisam e merecem este cuidado, mas são recursos que, não fosse a tragédia provocada pelo consumo do álcool, poderia ser destinada para outros fins, como a educação, a pavimentação de rodovias, o esporte, campanhas preventivas de doenças evitáveis e tantos outros fins.

O Presidente da República, sensível a estes argumentos e com o objetivo de contribuir para o bem comum, de imediato acolheu a proposta de Medida Provisória amparada pela exposição de motivos mencionada, e a encaminhou ao Congresso Nacional, onde recebeu a numeração de Medida Provisória nº 415, de 21 de janeiro de 2008, para depois de transformar-se na Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que também cuidou de proibir a venda de bebidas alcoólica nas rodovias federais, nas circunstâncias e localizações que especifica, contribuindo para a diminuição do uso do álcool pelos motoristas.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), com as alterações advindas da Lei Seca (Lei 11.705/2008), estabelece, em seu art. 277, as formas de verificação da quantidade de álcool no organismo para “todo condutor de veículo automotor, envolvido em

<sup>19</sup> Este limite legal era o anterior preconizado pelo Código de Trânsito Brasileiro, de 0,6 g/l.

acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool” - ou seja, perigo concreto e não apenas perigo abstrato - e que são “testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado”. *Mutatis mutandis*, tais exames são o teste do bafômetro (que é o feito através do aparelho chamado etilômetro), o exame clínico feito por médico, e o exame de sangue.

### 3.4 Reações à Lei Seca

Sempre que uma lei tem como objeto disciplinar ou coibir uma atividade costumeira, isto provoca um leque de reações, pois toda prática reiterada cria raízes no procedimento da sociedade. Com a Lei nº 11.705/2008 não foi nem poderia ter sido diferente, haja visto que, mesmo sendo um costume contrário à lei, infelizmente uma grande quantidade de motoristas faziam uso da bebida alcoólica e em seguida assumiam a direção de um veículo. E além disto, na parte da lei que proíbe a venda de bebidas alcoólicas nas rodovias federais, encontra-se um componente econômico, pois, a par de ser importante integrante do lucro de tais estabelecimentos, a venda de bebida alcoólica é também um atrativo de clientela, e isto veio diminuir o sensivelmente movimento e a arrecadação destas empresas.

Tais estabelecimentos, em inúmeras unidades da federação, tão logo foi editada a Medida Provisória nº 415/2008 (que posteriormente veio a se transformar na Lei 11.705/2008), buscaram o caminho do Judiciário para afastar os efeitos deste novíssimo diploma legal, no afã de não verem interrompida a venda de bebidas alcoólicas. E como não raro sói acontecer na justiça de primeira instância, grande número de liminares foram concedidas, o quê a princípio trouxe um comprometimento no alcance e resultados pretendidos da lei seca, vez que o acesso dos motoristas a estes pontos de venda é um fator nocivo que aumenta o número de motoristas que fazem uso de bebidas alcoólicas para em seguida dirigirem.

Apenas para ilustrar este aspecto de insurreição comercial contra a Medida Provisória nº 415/2008, foram “concedidas 217 liminares pela Justiça em 16 estados e no Distrito Federal, autorizando a venda de bebidas alcoólicas em várias trechos de BRs”<sup>20</sup>. Ainda segundo o mesmo site, a Polícia Rodoviária Federal viu-se, assim, impossibilitada de exercer plenamente a fiscalização em inúmeros locais do país, achando por bem “concentrar a fiscalização nas regiões em que a MP não foi revogada”, e numa análise estatística, “os estados campeões de liminares são Goiás (60), Santa Catarina (45) e Piauí (32)”. Sem dúvida houve uma mitigação, de início, do alcance da Medida Provisória, em virtude da concessão, por diferentes órgãos da Justiça de Primeiro Grau, de liminares que permitiram a continuidade da venda de bebidas alcoólicas em estabelecimentos localizados às margens das rodovias federais.

A Advocacia-Geral da União, de imediato, buscou reverter a situação, pleiteando pela cassação destas liminares, mas não logrou o êxito que esperava ter. Em Minas Gerais, por exemplo, onde 12 liminares foram concedidas, conseguiu, inicialmente, derrubar não mais que 3 delas. Como resultado, houve queda na atividade fiscalizadora da Polícia Rodoviária Federal, que teve de assistir, em bares e restaurantes de beira de estrada, motoristas ingerindo significativas quantidades de bebidas alcoólicas, os quais, possivelmente, instantes após iriam dirigir, numa conduta de desrespeito e afronta não apenas à Polícia Rodoviária Federal, mas a todos os semelhantes, vítimas potenciais de alguns acidentes que porventura viessem a provocar.

<sup>20</sup> Site cabecadecuaia.com/noticias em 21/03/2008 – 11h00min. Acessado em 05/01/2010.

Outro tipo de reação, esta agora não mais decorrente do aspecto financeiro relativo aos estabelecimentos comerciais que se localizam à beira das rodovias federais, foi e continua sendo a resistência do motorista em submeter-se ao teste do bafômetro, alegando tratar-se de constrangimento ilegal ou mesmo de produção de prova contra si, capaz de incriminá-lo em possível processo judicial que lhe seja movido. Este sentimento de inconformidade tornou-se crescente, e suficiente para também comprometer o alcance e eficácia do combate aos motoristas embriagados.

O art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, tipifica como conduta criminal “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”. No primeira hipótese prevista, só se pode aferir a conduta criminal se for constatado que há o mínimo de 6 (seis) decigramas por litro de sangue no condutor do veículo, e esta verificação é absolutamente técnica, não havendo outra forma de provar a presença mínima de álcool sem a realização de exames ou de sangue ou do ar alveolar (pelo uso do bafômetro).

Administrativamente, contudo, pela nova redação que a Lei Seca trouxe ao § 2º e ao § 3º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, é despidendo o teste do bafômetro para a caracterização da infração. Assim, para se constatar a infração administrativa de dirigir embriagado prevista no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro é suficiente a apresentação de qualquer prova em direito admitida, como demonstrações inequívocas de sinais de embriaguez, excitação ou torpor (conforme §2º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro).

Mais delicada é a comprovação, para a conduta criminal mencionadas acima, da prática de dirigir sob o efeito de álcool superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue, o que só se faz por prova técnica à qual existe a possibilidade do condutor recusar-se. Com o fim de inibir tal recusa, a Lei Seca previu para o § 3º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro a seguinte remissão: “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”. E isto não afasta a incidência do art. 330 do Código Penal Brasileiro, no que se refere à prática do crime de desobediência.

Não obstante os bons propósitos da Lei Seca, na verdade tudo isto mostrou-se ineficaz, pois uma grande plêiade de condutores de veículos não aceita se submeter ao teste do bafômetro, considerando o exame um vexame e vislumbrando que dispositivos constitucionais o abrigam desta exigência. E os órgãos do Judiciários, em variadas instâncias e circunscrições, muitos deles têm dado acolhida a esta recusa, até que se consolide de vez o assunto, seja no sentido da obrigatoriedade do teste do bafômetro, seja no sentido de sua não obrigatoriedade, pondo um fim a disputas judiciais que se espriam por todo o país.

Até mesmo a argumentação contrária ao uso do bafômetro, consubstanciado em aspectos de higiene sanitária foram manejadas, levantando-se à real possibilidade de contaminação pela saliva dos condutores que anteriormente fez uso do aparelho. Este risco é verdadeiro, mas superado pela utilização de bafômetros mais modernos, de uso mais seguro, que não permite eventuais contaminações pelo seu caráter de descartável.

Pois bem, o que ocorre na prática nas situações em que o motorista se recusar a submeter-se ao teste do bafômetro, é que o mesmo é encaminhado à alguma Delegacia de Polícia e em seguida levado para o competente Instituto Médico Legal, onde um médico, valendo-se da possibilidade engendrada pela Lei de aferir o estado de embriaguez através da verificação de seus sinais em exames clínicos, atesta encontrar-se o motorista sob o efeito do

álcool. No entanto, é exame não tanto consistente quanto o teste do bafômetro, pelo aspecto subjetivo que apresenta de refletir a opinião, mesmo que avalizada, de um profissional, sujeita a questionamento judicial. Quanto ao exame de sangue, menos possibilidade terá ainda de ser realizado por ser procedimento invasivo a que jamais se sujeitará alguém que recusou ao simples uso do bafômetro para verificação de seu estado de embriaguez.

Assim, o nó da questão é mesmo a recusa ao teste do bafômetro, sob os já alardeados argumentos de que é um constrangimento e de que ninguém é obrigado a produzir provas que eventualmente possam vir a ser usados contra si mesmo. Este aspecto central das circunstâncias de burla à Lei Seca merece uma ampla consideração à vista dos preceitos da Constituição brasileira atual, e do Pacto de San José, além de uma averiguação das circunstâncias em que se dá a necessidade do motorista submeter-se ao teste do bafômetro, circunstâncias estas previstas no art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, e que são o envolvimento em acidentes de trânsito ou ser alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool.

Convém, por oportuno e para fazer justiça aos fatos envolvidos nas alegações contrárias à Lei Seca, que com sabedoria se diz que lei sem sanção é como sino sem badalo. Ora, esta previsão de uso do bafômetro é anterior à própria Lei Seca e contra ela não havia tanta contestação. Ocorre que, com o advento da Lei 11.705/2008, a conduta de dirigir alcoolizado passou a trazer duras penas, daí a contrariedade em se submeter ao teste do bafômetro.

O direito de não se produzir prova contra si mesmo, expresso em locução latina nos termos *nemo tenetur se detegere*, na verdade não está expresso na Constituição Federal Brasileira. Respeitadas opiniões tem tentado nela vislumbrar sua inscrição através da interpretação harmônica dos incisos LV, LVII e LXIII da Constituição Federal, mas uma interpretação em abstrato, cujo alcance não pode ser o pretendido pelos que esposam tal entendimento no que tange à obrigatoriedade do teste do bafômetro. Neste sentido, há de se recordar que aquele condutor instado a proceder ao referido teste preenche as condições de pelo menos uma de duas hipóteses legais: o envolvimento em acidentes de trânsito ou ser alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool.

Assim, nem em uma nem em outra hipótese, todas referentes a situações de fato que se apresentam diante do agente de trânsito, estará configurada qualquer persecução criminal contra o condutor. Nem mesmo inquérito policial ainda foi instalado, e mesmo se o for, não é neste momento que se apresenta a previsão constitucional do contraditório e da ampla defesa, pois o inquérito policial é procedimento inquisitório, de investigação. Posteriormente é que será encaminhado ao Ministério Público para a apresentação da competente ação penal, de sorte que a realização do teste neste momento não configura produção de prova contra o condutor. Pelo contrário, o condutor, submetendo-se ao teste do bafômetro e nele verificando o que se espera nestas condições, que é ele não ter ingerido bebida alcoólica, só por isto já estará ele com magnífica demonstração de não infração à lei no que tange ao consumo de álcool.

## Conclusão

Ao longo de todo este estudo sobre os aspectos constitucionais da obrigatoriedade do condutor de veículo automotor submeter-se ao teste do bafômetro, foi possível constatar, como não raro sói acontecer no Direito e na Justiça - melhor até dizendo, como freqüentemente acontece -, importantes posicionamentos sobre o tema que revelam ainda não estar o assunto com o seu entendimento pacificado, há muitos entendimentos em um e em outro sentido. Tais entendimentos antagônicos têm uma característica comum: todos são frutos de muito estudo, muita reflexão, e são igualmente opiniões sérias e bem construídas.

Entre os que advogam pela não obrigatoriedade do teste do bafômetro, ou seja, pela inconstitucionalidade da exigência, o argumento mais usado é o de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si, associado ao fato de entenderem que a submissão ao teste configura o fornecimento de meios para que, no transcorrer de eventual processo, o condutor seja prejudicado por ato próprio seu a que foi injustamente compelido a fazer no momento mesmo em que se constatou que dirigia alcoolizado.

Por seu turno, é traço comum naqueles que consideram constitucional exigir do condutor que sim, que faça o teste do bafômetro, o argumento de que existem direitos fundamentais que revelam caráter relativo, que não são absolutos. A maioria dos que pensam assim encontram justificativa no *Pacto de San Jose da Costa Rica*, que é importante texto que, conforme visto no capítulo próprio, já está plenamente integrado ao conjunto de normas do direito brasileiro vigente.

Em apertada síntese, o bem jurídico que se pretende tutelar com a *Lei Seca* é o maior de todos, é a própria vida, que a realidade insiste em mostrar que está permanentemente sob o risco que lhe representa a condução de veículo automotor por quem está assim procedendo sob o efeito da ingestão de bebida alcoólica, em maior ou em menor grau, mas sempre comprometendo sua perícia e colocando em risco sua própria vida e a vida alheia, situação para a qual as autoridades brasileiras têm voltado sua atenção com o intuito de inibi-la.

A problematização originada de ser ou não o condutor obrigado a submeter-se ao teste do bafômetro, à luz do permissivo contido no at. 32 do *Pacto de San José da Costa Rica*, conduz à conclusão de que é possível exigir de condutor de veículo automotor que se presuma estar dirigindo sob o efeito do álcool, que se submeta ao teste do bafômetro.

## Referências

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150.

MORGAN, Lewis H., *La sociedad primitiva*, 3. ed. Madrid: Editorial Ayuso, 1975, pp. 543 e 544, trad. de Editorial Pavolov, México.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 232.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Direitos Fundamentais previstos no Pacto de São José da Costa Rica: sua incorporação ao Direito Brasileiro. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo*, v. 19, n. 27, p. 98-110, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

Site [planalto.gov.br](http://planalto.gov.br), consultado em 10/01/2010.

Site [cabecadecuia.com/noticias](http://cabecadecuia.com/noticias) em 21/03/2008 – 11h00min. Acessado em 05/01/2010.

EMI Nº 13 – GSI/MJ/MS/MCIDADES/MEC/MT no site [WWW.planalto.gov.br/ccivil](http://WWW.planalto.gov.br/ccivil)