

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP  
Mestrado em Direito Constitucional**

**A vinculação do Legislador ao princípio da  
razoabilidade na restrição de direitos  
fundamentais – O caso da Lei Seca (Lei nº  
11.705/2008)**

**Rafael de Oliveira**

**Brasília  
2011**

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP  
Mestrado em Direito Constitucional**

**A vinculação do Legislador ao princípio da  
razoabilidade na restrição de direitos  
fundamentais – O caso da Lei Seca (Lei nº  
11.705/2008)**

**Rafael de Oliveira**

Dissertação apresentada ao  
Programa de Mestrado do Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP  
como parte dos requisitos para  
obtenção do título de mestre.  
Orientador: Professor Dr. Paulo  
Gustavo Gonet Branco.

**Brasília  
2011**

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**A vinculação do Legislador ao princípio da razoabilidade na restrição de direitos fundamentais – o caso da Lei Seca (Lei nº 11.705/2008)**

**Rafael de Oliveira**

Orientador: DR. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Banca Examinadora:

---

Presidente – Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

---

Integrante – Professor

---

Integrante – Professor

A minha Família onde tudo começou. Aos meus pais, Julio Roberto de Oliveira e Maria Elisa Maciel de Oliveira, pelo apoio, pelo amor e pela atenção em todos os momentos difíceis nesta trajetória.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público, agradeço a recepção e a permanente atenção dos alunos do Mestrado. Estendo meu agradecimento ao Professor Dr. Inocêncio Mártires Coelho, ao professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco e ao professor Gilmar Mendes, pela oportunidade de participar de um curso de grande qualidade.

Agradeço ao Professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco pela atenção dispensada em todos os momentos da orientação.

Agradeço ao assistente do mestrado, Fernando Rios, pela paciência e atenção dispensadas em todos os momentos do curso.

“As leis inúteis debilitam as necessárias”.  
Montesquieu

...O cidadão de bem precisa ser alertado de que não se ataca o mal com armas vis. Permitindo-se a invasão no campo dos direitos e garantias fundamentais, amanhã nada impede que se edite lei (já houve situação similar no passado), prevendo que todo réu, valendo do seu direito ao silêncio, seria considerado culpado. Estaria instituída a confissão obrigatória. Mas, em tese, não haveria problema, desde que o índice de criminalidade diminuísse. E, mais, todos poderiam ficar felizes se os jornais noticiassem que após a *Lei da Confissão* a sociedade estaria mais segura. É sempre interessante observar que a menor tentativa de instituir a censura no país, por qualquer modo, fomenta o desespero conjunto dos órgãos de comunicação e de seus empregados. Porém, quando, no campo jurídico, arranha-se direito fundamental, a mesma reação, infelizmente, não é captada. Sofredor é o Estado Democrático de Direito na eterna luta entre o fraco indivíduo e, o forte Estado.

Guilherme Souza Nucci

## RESUMO

A presente pesquisa busca examinar a questão da restrição aos Direitos Fundamentais na atividade do legislador Brasileiro. A aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade na prática legislativa é de fundamental importância, na restrição dos chamados Direitos Fundamentais. O paternalismo jurídico estatal demonstra-se presente no cotidiano das relações Estado – Particular; o que leva o Estado a interferir constantemente na vida das pessoas, por meio da atividade legislativa. A promulgação da Lei 11.705/2008 é a demonstração nítida da atividade desproporcional do legislador, o qual age sem se atentar para os pressupostos básicos garantidos constitucionalmente.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais – Proporcionalidade - Razoabilidade - Paternalismo - Processo Legislativo - Lei 11.705/2008

## **ABSTRACT**

This research seeks to examine the issue of restriction of fundamental rights in the activity of Brazilian legislature. The applications of constitutional principles of proportionality and reasonableness in law practice have overriding importance in the restriction of so-called Fundamental Rights. The state paternalism is demonstrated in this everyday state of relations – particular, which leads the State to interfere constantly in people's lives through legislative activity. The promulgation of law 11.705/2008 is a vivid demonstration of disproportionate activity of the legislature, which acts without attending to basic assumptions constitutional.

**Keywords:** Fundamental Rights – Proportionality – Reasonableness – Legislative Process – Law 11.705/2008.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.1 Considerações Preliminares.....	17
1.2 Um Breve Relato Histórico.....	20
1.3 Gerações de Direitos Fundamentais .....	23
1.4 Características dos Direitos Fundamentais.....	26
1.5 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.....	29
2 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
2.1 Colisões de Direitos Fundamentais.....	32
2.2 Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade.....	35
3 INTERVENÇÃO ESTATAL – PATERNALISMO.....	42
3.1 Interferência Estatal na Vida Cotidiana.....	42
4 LEI 11.705/2008 – REFORMA DO CTB.....	47
4.1 Histórico e Legislação.....	47
4.2 Eventuais Excessos.....	49
4.2.1 Violação do Princípio “ <i>Nemo tenetur se detegere</i> ”.....	50
4.2.2 Violação do Princípio da Ofensividade.....	57
4.2.3 Violação do Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade/Juízo de Ponderação.....	60
5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	62
5.1 Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade.....	62
5.2 Princípio “ <i>Nemo tenetur se detegere</i> ”- Não auto-inscrição.....	65
5.3 Princípio da Ofensividade.....	68
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	75

## INTRODUÇÃO

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.<sup>1</sup>

O presente trabalho tem como objetivo a análise do papel do legislador na restrição dos chamados “Direitos Fundamentais”, mais especificadamente no momento da promulgação das Leis. Tanto a origem quanto a evolução da proteção dos Direitos Fundamentais, sempre estiveram intimamente ligadas à proteção do cidadão contra abusos do Estado e à busca de segurança jurídica.

A inserção do catálogo de direitos e garantias fundamentais entre os primeiros capítulos da Constituição de 1988 revela a intenção do legislador constituinte de assegurar aos mesmos, importância fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Ao configurar-se como um dos mais complexos e densos do mundo, o sistema de direitos e garantias fundamentais insculpido na Constituição Brasileira recomenda ao intérprete a tarefa árdua de descobrir a essência dessa categoria de direitos, assim como de precisar seus limites e restrições.

A máxima efetividade, como expressão *da vis* expansiva dos direitos fundamentais, na acepção de Alonso García, requer, nesse contexto, a delimitação do conteúdo essencial e a identificação e limitação das possíveis restrições dos direitos chamados fundamentais.<sup>2</sup>

No Brasil, apesar do princípio da proteção do conteúdo essencial não ter sido contemplado pela Constituição de 1988 de forma expressa, o estudo do tema assume extrema importância para a completa efetivação dos direitos fundamentais. Destarte, a Constituição “Cidadã” impõe às normas de direitos fundamentais o princípio da máxima eficácia, ao dispor que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º) e, ao mesmo tempo,

---

1 MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do STF. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmarmendes.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmarmendes.pdf)>. Acesso em: 05 de junho de 2010. 2 GARCIA, Enrique Alonso. La interpretación de la constitución. 362.

indica um conjunto de cláusulas pétreas como limite ao legislador de reforma (art. 60, §4º) <sup>3</sup>.

Assim, é evidente que os direitos fundamentais representem, atualmente, a “parte nobre” da Constituição Brasileira, o que impõe o estudo de mecanismos interpretativos cada vez mais eficazes na tarefa de consolidá-los. O conhecimento da essência e do alcance permitido das possíveis restrições aos direitos e garantias fundamentais torna-se parte imprescindível da hermenêutica de concretização desses direitos.

Nesse contexto, tanto o princípio da razoabilidade, quanto o princípio da proporcionalidade se mostram indispensáveis nessa tarefa de concretização e limitação desses direitos. Tais princípios, derivados do devido processo legal (art. 5º, LIV), seja do princípio da igualdade (art. 5º, caput), ou mesmo do §2º do art. 5º, da Constituição Federal, tem aplicação sedimentada na jurisprudência do STF, conforme se pode verificar pelo julgado abaixo:

O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público – tratando-se, ou não, de matéria tributária, devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive “*due process of Law*” (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade.<sup>4</sup>

Podemos observar que ambos são os instrumentos para se verificar a racionalidade do legislador em sua atividade principal, ou seja, na atividade legislativa. Indaga-se se o mesmo se ateve de modo correto à situação concreta a ser normatizada. Carlos Ari Sunfeld, assim define:

...O princípio da racionalidade proscreve a ilogicidade, o absurdo, a incongruência na ordenação da vida privada; fulmina, portanto, os condicionamentos logicamente desconectados da finalidade que legitima a interferência do legislador na matéria ou desproporcionais em relação a ela. As opções legislativas devem se apresentar como escolhas racionais, aptas

---

<sup>3</sup> BRASIL, *Constituição de 1988*. Disponível em: < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) > Acesso em: 03 de abril de 2011.

<sup>4</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 200.844 – AgR. Comercial de Pneus Godói X União Federal. Relator: Celso De Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Julgamento 08.02.2001*. DJ de 16/08/02.

não só a conduzir aos efeitos desejados, como a fazê-lo do melhor modo possível [...] <sup>5</sup>.

Segundo tal raciocínio, pergunta-se: Seria inconstitucional a restrição imposta pela norma jurídica aos indivíduos quando inferirem: “por que foi ela instituída?” ou “por que tem essa intensidade?”<sup>6</sup>. A resposta deveria ser “porque o legislador assim o quis”?, o interesse público e o proveito social – identificáveis a partir de padrões de razoabilidade – são a única justificativa possível para os atos do Estado? O que significa que uma lei restritiva, pode se apresentar adequada e necessária, porém pode ser dotada de vícios de inconstitucionalidade, quando possui em seu conteúdo restrições às liberdades e garantias pré-estabelecidas, ou quando as mesmas se mostrem excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados objetivos.

Verifica-se na história constitucional do Brasil, que a Carta Constitucional do ano de 1988, representava um ideal de “liberdade”, ou seja, ela refletia um rompimento com um passado ditatorial, onde o povo, legítimo titular do poder constituinte originário, tinha como ambição máxima essa nova “atmosfera” de liberdade. Chamada de Constituição Cidadã, uma vez que fora a primeira onde setores populares participaram da sua criação, significava uma redemocratização do país, sendo que os anseios pelos direitos da pessoa humana era um de seus principais pilares. Dessa forma, imperioso fora reconhecer o antagonismo que eventuais restrições à liberdade e às prerrogativas básicas causavam no interior de cada um dos indivíduos, inseridos em um novo ambiente de liberdade.

Quanto à questão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a Constituição Cidadã confere extrema relevância para todo e qualquer sistema de direitos fundamentais. Segundo Alexy, “em qualquer lugar onde existem direitos fundamentais, colocam-se problemas idênticos ou semelhantes”.<sup>7</sup>

Daí a universalidade do tema, que tende a ultrapassar as ordens jurídicas nacionais. O Brasil, não obstante, à problemática da determinação do conteúdo

---

<sup>5</sup> SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. p. 68.

<sup>6</sup> SUNFELD, S. Guilherme. *Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade em questões de matéria ambiental*. Disponível em: < <http://desenvolvimentoambiental.blogspot.com/2008/08/principio-da-proporcionalidade-ou.html> > Acesso em: 27 de abril de 2011.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

essencial dos direitos e garantias fundamentais, assume importância indiscutível. A Constituição de 1988 possui um dos mais extensos e complexos catálogos de direitos fundamentais do mundo, característica que torna imprescindível o esforço hermenêutico de delimitação do âmbito de proteção das normas definidoras desses direitos. A tarefa, no entanto, não foi, nem será fácil. Jorge Miranda categoriza, "trabalho dos mais árduos e melindrosos é estabelecer o que seja o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".<sup>8</sup>

De acordo com o princípio da máxima eficácia, existe a necessidade de dar aos chamados, direitos fundamentais, aplicação total e imediata, segundo o mandamento constitucional do art. 5º, §1º da Constituição de 1988, tornando premente a identificação pormenorizada dos contornos e limites de cada direito.

O estudo do presente trabalho pauta-se, em uma segunda perspectiva, na identificação dos limites, ou melhor, das intervenções restritivas aos direitos fundamentais. A doutrina do direito comparado tem se detido no estudo com enfoque na atividade dos poderes públicos, mormente do legislador. Afinal, o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais constitui diretriz básica de atuação dos poderes públicos e, em particular, deve guiar a ação normativa do legislador.

Sem embargo, a identificação do caráter objetivo dos direitos fundamentais amplia ainda mais os limites de tratamento do problema, sem que isso comprometa a precisa delimitação e identificação do objeto da pesquisa. A doutrina tem se baseado na dimensão objetiva dos direitos fundamentais para defender que esses direitos representam limites e deveres não somente contra os poderes públicos, mas também, em face de entes privados, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, hoje se entende que os direitos fundamentais possuem eficácia vinculante direta, até mesmo no âmbito privado, caracterizando-se como imposições imediatamente aplicáveis nas relações privadas. Canotilho enfatiza que "os direitos fundamentais caracterizam-se, nessa perspectiva, somente como direitos subjetivos, independentemente do caráter público ou privado."<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 340.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 600.

Portanto, ao lado das intervenções restritivas públicas, pode-se também recortar um conceito de intervenção restritiva privada. O conceito de intervenção restritiva que aqui se concebe, abrange os atos, atividades e comportamentos, sejam eles públicos ou privados, que produzam uma redução ou encurtamento no âmbito de proteção de um direito.<sup>10</sup> Trata-se de ousada inovação dentro da dogmática da restrição de direitos fundamentais e do estudo da garantia de seu conteúdo essencial.

Um dos atos que surgiu com a intervenção restritiva foi a questão do paternalismo jurídico estatal, quando o Estado, através de determinadas ações (prática legislativa), restringia a liberdade dos indivíduos, “sinônimo de uma administração paternal, ou, do ponto de vista jurídico, com a intenção de suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação da mesma forma como um pai faz com sua família”<sup>11</sup>. O Estado legisla impondo a vontade do mais forte, porque este entende saber o que é melhor a quem deve proteger o mais fraco.

A questão da falta de proporcionalidade e/ou razoabilidade do legislador no processo da elaboração de leis, ilustra-se na questão da promulgação da Lei 11.705/200, que trata das reformas no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), o que se pretende dialogar ao longo desta dissertação, suas incoerências.

A alteração no art. 277, §3º do CTB, que tem por objetivo sujeitar às penalidades previstas no art. 165 do mesmo instituto (multa, suspensão do direito de dirigir por um ano, retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação) mostra-se incompatível com os preceitos constitucionais de razoabilidade e/ou proporcionalidade.

Neste mesmo viés, o condutor que se recusa a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* do mesmo artigo: testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, tem presumida a sua culpabilidade. Tal disposição padece de inconstitucionalidade material, pois ignora o que prevê o art. 5º, LXIII da Constituição Federal, que assegura a qualquer acusado a prerrogativa de “permanecer calado”, ou seja, o direito fundamental de não produzir prova contra si

---

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e Direito Privado*. p. 344.

<sup>11</sup> ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. p. 38.

mesmo (*nemo tenetur se detegere*). O princípio em questão está contido na convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Pacto de São José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

A realização dos procedimentos, em favor da sua auto-incriminação, atinge de certa forma garantia constitucional consagrada. Sabemos que, o Direito Penal não trabalha com a presunção de culpabilidade (o ônus é para aquele que acusa), dessa forma, a presente norma padece de veemente inconstitucionalidade.

A título de exemplo, registrem-se alguns casos polêmicos, recentemente levados a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, a mais Alta Corte Jurisdicional brasileira.

No HC 83.096<sup>12</sup> (Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.11.03), assentou que:

[...] o privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.

O que seria, portanto, inviável o uso da coerção física e pessoal como meio de produção de prova, especialmente contra a própria pessoa.

Já no Habeas Corpus nº 71.373-4/RS<sup>13</sup>, questionou-se a possibilidade de se compelir coercitivamente o investigando a realizar exame de DNA. No caso, o STF manteve o privilégio supracitado. Por outro lado, estabeleceu que a negativa da autoria, implica presunção de paternidade, entendimento sedimentado na Súmula 301 do STJ<sup>14</sup>.

Sendo assim, a finalidade do presente trabalho é analisar alguns tópicos a respeito dos Direitos Fundamentais perante um Estado democrático de Direito quando houver a interferência do Estado, por meio do processo legislativo ou por meio da atividade paternalista, na vida particular dos indivíduos.

Martinelli pondera sobre a questão do paternalismo:

---

<sup>12</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 83.096. Jaime Barbosa Caccavo X Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ellen Gracie. Órgão Julgador: 2ª Turma. *Julgamento* 18.11.2003. DJ de 12/12/03.

<sup>13</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 71.373-4. José Antônio Gomes Pinheiro Machado X Tribunal de Justiça do RS. Relator: Francisco Rezek. Órgão Julgador: Pleno. *Julgamento* 10.11.1994. DJ de 18/11/94.

<sup>14</sup> Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

[...] Cremos que a discussão vai além de questões meramente morais, dogmáticas ou legais. Existe um objeto fundamental a ser considerado: o próprio ser humano destinatário da norma [...]”<sup>15</sup>

No primeiro capítulo serão abordados o conceito e as premissas dos Direitos Fundamentais, tanto em sua origem, quanto no direito brasileiro, o objeto, o conceito, estrutura das normas, liberdades, características. O domínio de tais conceitos basilares é fundamental para o enfrentamento do tema, por isso estarem essas premissas assentadas no capítulo inicial.

O segundo capítulo destina-se a uma abordagem relativa aos Direitos Fundamentais e suas possíveis restrições. Como serão vistas as imposições Estatais restringindo os direitos garantidos ao que lhe confere de maneira racional. Sendo assim, implicará examinar as possíveis conseqüências do enfrentamento entre dois Direitos Fundamentais opostos em uma mesma situação. Quando da colisão, apenas um deverá prevalecer.

O terceiro capítulo será destinado ao estudo do chamado “paternalismo estatal”, ou seja, os meios e ações pelos quais o Estado visa intervir na vida particular das pessoas, com o objetivo de regularizar determinadas situações inerentes aos desígnios da própria população.

No quarto capítulo será abordada a questão da Lei 11.705 de 2008, demonstrando o excesso do legislador no momento da práxis legislativa. Serão abordados conceitos de proporcionalidade, razoabilidade e eventuais excessos, como também, demonstrados aspectos passíveis de declaração de inconstitucionalidade pelo poder judiciário.

No quinto capítulo será examinada a jurisprudência relativa ao tema, especificadamente aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, e outros princípios correlatos, o paternalismo jurídico, dentre outros aspectos da Lei 11.705/2008 nos tribunais brasileiros.

---

<sup>15</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo na Lei de Drogas*. Disponível em:< [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=15](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=15)> Acesso em: 27 de março de 2011.

# 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Considerações Preliminares

Os direitos fundamentais possuem posição privilegiada em nossa Carta Constitucional. Estão posicionados no título II da Constituição Federal de 1988, mais especificadamente no art. 5º, em setenta e sete incisos e dois parágrafos. Possuem eficácia e aplicação imediata. Podemos localizá-los também em outros pontos do texto constitucional e, ainda, em tratados internacionais recepcionados com *status* de emenda constitucional (quórum de 3/5 em cada casa).

São direitos que se pretende atribuir eficácia superior a das normas constitucionais programáticas (programas e diretrizes para o futuro). Dessa forma, é necessário estabelecer seus limites e suas possíveis delimitações. Essas premissas nos levam à conclusão de que tais direitos possuem posição privilegiada em nosso ordenamento. Sendo assim, o legislador deve ficar atento no momento de sua concretização, ou em eventuais limitações, no momento da prática legislativa. Mendes define a importância de tais direitos:

Corre paralelo nos tempos o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.<sup>16</sup>

A despeito da importância dos direitos fundamentais, ganha especial relevância a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. As decisões da Corte Constitucional Brasileira têm enfatizado a importância dos direitos fundamentais em diversos julgados, no momento da interpretação das leis.

O Supremo Tribunal Federal não estabeleceu ainda um critério uniforme e pacífico para determinação do que sejam direitos e garantias individuais nos termos

---

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. p. 231.

do art. 60, §4º, IV; porém já admitiu na ADIN nº 939-7<sup>17</sup>, a existência, desta categoria de direitos fora do elenco do art. 5º da nossa Constituição.

Podemos determinar a importância que os Direitos Fundamentais possuem em nosso ordenamento, pela impossibilidade de qualquer reforma constitucional que tenha como objetivo modificá-los. Tal previsão está estampada no art. 60, §4º da Constituição de 1988 <sup>18</sup>.

Podem ser caracterizados em um mesmo momento como direitos subjetivos e elementos de ordem constitucional objetiva. Na ordem subjetiva, outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos obrigados. Em sua posição objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado, considerado como Democrático.

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais pode ser percebida no preâmbulo da atual Constituição, onde afirma que a Assembléia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o objetivo de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança”. O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais levam, é indispensável para a interpretação de nossa constituição. Assim, Rawls<sup>19</sup> esclarece:

Os direitos fundamentais, ou melhor, a teoria, a dogmática e a prática dos direitos fundamentais devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerado como elementos estruturantes de uma comunidade jurídico-constitucional bem ordenada.

Podemos classificar os direitos fundamentais como direitos de defesa<sup>20</sup>, os quais são destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público. De outra maneira, os direitos fundamentais

---

<sup>17</sup> No caso, julgou-se inconstitucional a norma por violação do direito individual do contribuinte à anterioridade da norma tributária, assegurada pelo art. 150, III, b, da Constituição, constituindo-se, destarte em cláusula pétreia. O rel. Min. Sydney Sanches – medida cautelar, RTJ 150/68 – no julgamento da ADIN 939-7/DF, entendeu tratar-se de cláusula pétreia a garantia constitucional prevista no art. 150, III, “b”, declarando que a EC 3/93, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva dos destinatários da norma, estaria ferindo o limite material previsto no art. 60, §4º IV, da CF/88.

<sup>18</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>19</sup> RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge, Harvard University Press. p. 348.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. p. 45.

consagram prestações de índole positiva, que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva, quanto a prestações normativas de índole positiva<sup>21</sup>.

Mendes utilizando o conceito de Hesse<sup>22</sup>, afirma:

A garantia de liberdade do indivíduo, que os direitos fundamentais pretendem assegurar, somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe liberdade dos indivíduos cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais do interesse da comunidade [...].

Os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídico-positivos<sup>23</sup> são coisas desejáveis, fins que merecem ser perseguidos. Entretanto, apesar de todo esse objetivo, ainda não foram totalmente reconhecidos.

Imperioso ressaltarmos é o status que os tratados de direito internacional relativo a direitos humanos possuem em nosso ordenamento. Os mesmos, após a aprovação da emenda constitucional nº45, têm posição de norma constitucional, desde que aprovados com quórum de aprovação de emendas Constitucionais.

## 1.2 Um Breve Relato Histórico

A consolidação dos direitos fundamentais como normas de coação obrigatória é resultado de uma evolução temporal, ou seja, não se deu de forma estanque. Dessa forma, podemos chegar à conclusão que nem sempre os direitos fundamentais foram igualmente exercidos na história da humanidade.

Inicialmente, teremos os primeiros traços dos direitos fundamentais nas declarações de direitos nos forais e nas cartas de franquia da Idade Média, nos quais determinam alguns direitos.

No processo de formulação dos direitos fundamentais, o Cristianismo teve papel significativo. A idéia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. p. 550.

<sup>22</sup> HESSE, Bedeutung der Grundrechte, p. 340.

<sup>23</sup> GSCHWENDTNER, Loacir. *Direitos Fundamentais*. Jus Navigandi. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>> Acesso em 03 de junho de 2010. .

Deus levou à concepção de igualdade fundamental, natural entre todos os homens. Maritain assim defendia:

O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a idéia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.<sup>24</sup>

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *Lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das leis justas e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *Lex positiva* com a *Lex divina*.<sup>25</sup>

Independente disso, a descoberta de Deus, seu reconhecimento como criador de todas as coisas não bastaram para impedir que a sociedade humana experimentasse momentos de extrema violência e falta de liberdades, como aconteceu, por exemplo, no período absolutista. Contra esse movimento autoritário, buscou-se uma forma de reconhecimento e positivação de direitos, os quais, mais tarde, se transformariam nos chamados direitos fundamentais.

As conquistas, frente ao poder monárquico, não demoraram a ocorrer. A ideia de que o Estado deveria servir ao cidadão, vem fortalecer a ideia de que o mesmo deveria fornecer aos cidadãos instrumentos básicos para lhes garantirem os direitos básicos.

Tais ideias se solidificaram na promulgação do *Bill of Rights* de Virgínia em 1776, instituto que positivou os direitos, tidos, como inerentes ao homem. Por meio deste, o mais importante dos consagradores dos direitos fundamentais, foi possível submeter à monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional.

---

<sup>24</sup> MARITAIN, Jacques ressalta que “a consciência dos direitos humanos tem, na realidade, sua origem na concepção do homem e do direito natural estabelecida por séculos de filosofia cristã”. p. 69.

<sup>25</sup> Id. *ibid*

Na declaração estão os limites de atuação do monarca. Ele é obrigado a submeter ao Parlamento a aprovação de qualquer aumento de impostos e deve garantir a liberdade de imprensa, a liberdade individual e da propriedade privada.<sup>26</sup>

No campo jurídico e constitucional, foi na Inglaterra que os primeiros passos foram determinantes em direção a estabilização dos direitos fundamentais. Vale citar a *Petition of Right*, que surgiu para a proteção dos direitos pessoais e patrimoniais, de 1628, a Acta de Habeas Corpus, de 1679, que expressamente revogou a possibilidade da prisão das pessoas na falta de um mandamento judicial. Já, em 1689, a *Declaration of Rights*, que sintetizou a confirmação de muitos direitos preexistentes.

As constituições modernas foram apoiadas nas garantias sedimentadas neste período. A constituição de Weimar (1919), assim como a Constituição Mexicana foram as primeiras a trazerem determinações quanto a direitos individuais.

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1.948, vem assegurar, ao indivíduo, o exercício efetivo de direitos inerentes ao nascimento, desde então, individualizados. Nesta Carta, o homem deverá necessariamente ser entendido como um fundamental da sociedade, dotado de personalidade única e, portanto, exclusiva, assegurada a sua individualidade.

Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> SILVA, Gisele Aparecida Pereira da. *Os direitos humanos em relação à realidade contemporânea e a tendência ao universalismo*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1450/Direitos-Humanos-Trajectoria-no-tempo-fragmentos-da-historia>> Acesso em: 05 de junho de 2010.

<sup>27</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. Cit. GSCHWENDTNER, Loacir. *Direitos Fundamentais*. Jus Navigandi. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075) >. Acesso em: 03 de jun. de 2010

Sendo assim, os direitos fundamentais se estabelecem tal como são vistos nos dias atuais, a partir do momento em que se inverte a relação entre Estado e o indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, direitos inerentes a sua condição, e deveres perante o Estado. Já o Estado tem deveres em relação ao indivíduo, no sentido de melhor cuidar das suas necessidades.

Norberto Bobbio<sup>28</sup> define a transformação e ampliação dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – teve como consequência a participação cada vez ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os de bem-estar e da liberdade através ou por meio do Estado.

### 1.3 Gerações de Direitos Fundamentais

Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal (dimensão jusnaturalista-universalista).<sup>29</sup>

Os direitos fundamentais não se consolidaram de maneira uniforme. Podemos dividir em três etapas, as chamadas gerações pelas quais os direitos fundamentais passaram até os dias atuais. Inicialmente, surgiram os chamados direitos fundamentais de primeira geração, os quais abrangem os direitos que surgiram nas revoluções Francesa e Americana. O escopo principal desta geração

---

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. p. 34.

<sup>29</sup> SILVA, Flávia Martins André da. *Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>> Acesso em: 10 de junho de 2010.

era assegurar garantias individuais frente à expansão do poder monárquico e eram chamados de Direitos da Liberdade. Estas liberdades eram de ordem religiosa, política, civil e clássica como o direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), as liberdades de expressão coletiva, etc.

Porém, com o progresso da humanidade, não bastava mais garantir que o Estado não interviesse em todos os sentidos. Não bastava uma atitude de isolamento, mas sim uma atitude Estatal no sentido de garantir aos indivíduos as soluções para as angústias sociais, ou seja, uma justiça distributiva. Os chamados direitos de segunda geração<sup>30</sup> se constituem em prestações estatais no campo da assistência social, saúde, educação e trabalho. Surgiram após a 2ª Guerra Mundial com o advento do Estado-Social. Conforme Silva:

Pedem a igualdade material, através da intervenção positiva do Estado, para sua concretização. Vinculam-se às chamadas "liberdades positivas", exigindo uma conduta positiva do Estado, pela busca do bem-estar social.<sup>31</sup>

Já a chamada terceira geração, ficou caracterizada pela proteção dos direitos da coletividade e não do indivíduo em si. Esta fase foi marcada pela alteração da sociedade, principalmente na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), sendo assim, as relações econômico-sociais se alteraram profundamente.

Novos problemas e preocupações mundiais surgiram nessa fase, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades de proteção dos consumidores. Incluem-se aqui o direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio-ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, entre outros.

Nesse sentido, Bobbio<sup>32</sup> define:

---

<sup>30</sup> O momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Neste sentido, em decorrência das péssimas situações de condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista – Inglaterra e Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). Portanto, os direitos humanos, ditos de segunda geração, privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade (LENZA, Pedro, 2009, p. 670).

<sup>31</sup> SILVA. Flávia Martins André. *loc. cit.*

[...] constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: O direito de viver em um direito não poluído.

Bonavides<sup>33</sup> entende direitos coletivos como:

[...] direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Morais<sup>34</sup>, citando o Ministro Celso de Melo, preceitua:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Alguns doutrinadores defendem a existência de uma 4ª geração dos direitos fundamentais. Essa geração seria decorrente dos avanços da engenharia genética, através da manipulação do patrimônio genético. Bobbio<sup>35</sup>, o defensor desta quarta geração, assim define:

[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo [...].

---

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. p. 6.

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=2732>> Acesso em 10 de junho de 2010.

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. p. 33.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 7.

É importante ressaltar que o processo de aglutinação dos direitos fundamentais não pode ser estanque, ou seja, as gerações se substituíram sendo que os direitos respectivos foram devidamente alvo desse processo.

Mendes<sup>36</sup> defende que não se pode falar que os “direitos fundamentais tenham sido suplantados por aqueles surgidos em um instante seguinte”. No mesmo sentido, Silva<sup>37</sup> e Chiarini Júnior<sup>38</sup>:

Ademais, essa noção de separação dos direitos em gerações, passa uma falsa idéia de que a geração subsequente surgiu porque a anterior já se consolidou, ou da substituição gradativa de uma geração por outra [...]

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

## 1.4 Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais ou direitos dos homens são direitos válidos para toda a humanidade e em todos os tempos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí podemos caracterizá-los pelo seu caráter inviolável, intemporal e universal e absoluto.<sup>39</sup>

O objetivo de estipularmos características comuns aos Direitos Fundamentais em todas as localidades é de extrema dificuldade. Essa dificuldade deriva da não uniformidade de tratamento nos diversos países. Em alguns deles, temos a descrição taxativa destes direitos em Constituições escritas como (da

---

<sup>36</sup> SILVA, Flávia Martins André da. *op. cit.*

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p.103.

<sup>38</sup> CHIARINI JÚNIOR, Enéas. Alguns apontamentos sobre direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>> Acesso em: 10 de junho de 2010.

<sup>39</sup> Esta posição deverá ser vista com ressalvas. Existem determinados Direitos Fundamentais que são resguardados a determinados grupos de pessoas. Ex: Direitos Trabalhistas.

Alemanha), já em outros países existem direitos não-escritos como (da Grã-Bretanha). Existe o caso da França, onde estes mesmos direitos são remetidos a uma Declaração histórica. Hesse<sup>40</sup>, afirma:

O conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos.

Independentemente desta falta de uniformização, podemos estabelecer que as principais características comuns dos direitos fundamentais podem ser enumeradas, quais sejam:

A - Historicidade: os direitos são criados em um contexto histórico, e quando positivados, se tornam direitos fundamentais; “demonstra a índole evolutiva dos direitos fundamentais.”<sup>41</sup> Nascem com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais.

B- Imprescritíveis: os direitos fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes.

C- Irrenunciáveis: os direitos fundamentais não podem ser renunciados pelos indivíduos. A corrente que sustenta a tese da irrenunciabilidade baseia tal predicado na ideia de dignidade humana, decorrentes da potencialidade do homem de ser autoconsciente e livre.<sup>42</sup>

Por outro lado, há quem defenda que uma vez que tais direitos se fundam na dignidade humana e no potencial do homem de se autodeterminar e ser livre, porém nem todos os direitos fundamentais possuem tal característica. Apenas os que têm como objetivo resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar devem ser considerados indisponíveis<sup>43</sup>.

Lenza<sup>44</sup> é categórico em afirmar: “O que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade.”

---

<sup>40</sup> HESSE, Konhad. p. 135.

<sup>41</sup> SILVA, José Afonso da. p. 166.

<sup>42</sup> Cf. Martínéz-Pujalte, “Los derechos humanos como derechos inalienables”. p. 93.

<sup>43</sup> ARAÚJO, Eugênio Rosa. *Uma introdução aos Direitos Fundamentais*. Disponível em: [http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/view/17/90](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/17/90) > Acesso em: 13 de março de 2010.

<sup>44</sup> LENZA, Pedro. p. 579.

Exemplo clássico da liberdade do seu não exercício é a autonomia contratual dos contratantes no setor privado. Em certos casos, é possível esta delimitação em sede de contratos privados.

D - Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa;

E - Universalidade: os Direitos Fundamentais são dirigidos a toda à humanidade. Não há que se falar em restrições, ou seja, raça, credo, nacionalidade ou convicção política. Existem correntes contrárias a esta característica. A primeira é a que afirma que determinados grupos, podem ser alvo de direitos e garantias fundamentais, as quais outras categorias não o são. Em relação à universalidade, não seria preciso este termo, no sentido do pólo passivo destes direitos. Alguns destes direitos teriam como destinatário apenas o particular, e em outros casos, os destinatários seriam os particulares e o Estado.

A ideia de impossibilidade de restrição aos Direitos Fundamentais também se caracteriza como equivocada. Conforme Sanchis<sup>45</sup>: “Não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo de jurisprudência e todos os tribunais competentes em direitos humanos.” É sedimentada a ideia de que os direitos fundamentais possam sofrer limitações, quando enfrentam outros valores constitucionais em conflito. É a chamada colisão entre direitos fundamentais, a ser disciplinada em capítulo específico.

F- Concorrência: podem ser exercidos vários direitos fundamentais de forma concomitante.

G- Efetividade: o Poder Público deve atuar de forma efetiva, para garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais;

H- Interdependência: não pode se chocar com os direitos fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo existir harmonia entre seus objetivos.

I- Complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, não podem ser visto de forma individualizada. Somente através de uma visão integral, teremos sua ampla efetividade.

---

<sup>45</sup> HESSE, Konrad. *op. cit.* p. 137.

J- Constitucionalização: estão consagrados em preceitos da ordem jurídica. Este fato diferencia a expressão 'direitos humanos' de 'direitos fundamentais'. As primeiras se referem a pretensões de respeito à pessoa humana, inseridos em tratados e em outros documentos de direito internacional. Já os direitos fundamentais têm relação com premissas básicas das pessoas, inscritos nos respectivos diplomas normativos. Isto não quer dizer que sejam categorias estanques, porém interligadas.<sup>46</sup>

K- Vinculação ao Poder Público: esta característica se mostra ao legislador no momento da práxis legislativa. Deve este, quando a Constituição lhe resguarda o dever de restrição de certos direitos, respeitar o núcleo essencial do direito, não estando legitimado a criar condições desarrazoadas ou que tornem inviável o direito inicialmente previsto.

Outra questão importante nesse aspecto é a questão da chamada *proibição de retrocesso*. Segundo Canotilho<sup>47</sup>:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação, revogação, ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

L- Aplicabilidade Imediata: características dos direitos fundamentais que visam dar efetividade ao texto Constitucional. Visa combater a inação do legislador. Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação, independentemente da atuação do legislador para esclarecer ou adaptar a norma aplicada.

## 1.5 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

---

<sup>46</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 135.

<sup>47</sup> CANOTILHO, José Joaquim. *op. cit.*, p. 321.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais,” o qual é dividido em cinco capítulos: A) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; B) Dos Direitos sociais; C) Da Nacionalidade; D) Dos Direitos Políticos; E) Dos Partidos Políticos.

Os direitos individuais e coletivos são àqueles direitos ligados diretamente ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, quais sejam: os direitos à vida, igualdade, segurança, dignidade, honra, liberdade e propriedade. São localizados basicamente no artigo 5º e em seus incisos.

Podemos citar o Direito Clássico à vida (art. 5.º, caput); o Princípio da igualdade (art. 5.º, caput, e I) Princípio da legalidade (art. 5.º, II), Proibição da tortura (art. 5.º III), Liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV e V), Liberdade de consciência, crença e culto (art. 5.º, VI e VIII), Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação e indenização em caso de dano (art. 5.º, IX e X), Inviolabilidade domiciliar (art. 5.º, XI), Sigilo de correspondência e comunicações (art. 5.º, XII).

Relativamente à pesquisa em questão, podemos enumerar: O Princípio da legalidade e anterioridade da lei penal incriminadora (art. 5.º, XXXIX e XL), o Princípio da presunção de inocência (não-culpabilidade – art. 5.º, LI e LII). Desses, o último, é de fundamental importância, uma vez que garante ao acusado o direito de não “produzir prova contra si”, princípio que tem sido objeto e violação com a promulgação da Lei 11.705/2008.

Por outro lado, os chamados Direitos Sociais são as liberdades positivadas aos indivíduos, que devem ser garantidas pelo Estado Democrático de Direito. São basicamente eles: a educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Têm por objetivo a melhoria das condições de vida dos indivíduos menos favorecidos, de forma que possa se concretizar a igualdade social, que é um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro. Estão localizados a partir do artigo 6.º da Constituição. Alexy<sup>48</sup> assim os define:

---

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. pp. 391-393.

Em sentido amplo, todo direito a uma ação positiva do Estado pode ser caracterizado como um direito prestacional. Os direitos sociais, portanto, encontram-se entre as espécies de direitos prestacionais em sentido amplo e podem ser considerados como direitos prestacionais em sentido estrito. Ao lado deles, outras duas espécies de direitos prestacionais podem ser elencadas: os direitos de proteção e os direitos à organização e ao procedimento.

Os direitos de nacionalidade: Como dizia Alexandre de Moraes, “Nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos”;<sup>49</sup> Em outras palavras, Cretella Júnior<sup>50</sup> define nacionalidade brasileira como:

Nacionalidade brasileira é o atributo da pessoa a quem a regra jurídica constitucional confere esse status, quer pelo nascimento, quer por fato posterior ao nascimento.

Os Direitos Políticos são os direitos públicos subjetivos que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania participando de forma ativa nas decisões políticas do Estado. Estão localizados no artigo 14 da Constituição Federal. O principal expoente dos direitos políticos é o direito de votar e ser votado. Capacidade eleitoral ativa é a possibilidade do direito de votar. Capacidade eleitoral passiva é a possibilidade de quem preenche as condições de ser votado.

Os direitos relacionados à existência são os direitos relacionados à organização e participação em partidos políticos, e estão localizados no artigo 17. A Constituição garante a autonomia e a plena liberdade de criação dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na participação dos indivíduos na vida política. A liberdade de criação dos partidos políticos é limitada pelo respeito à soberania nacional, ao regime democrático e aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Importante ressaltar que todas e quaisquer candidaturas aos cargos públicos eletivos terão que estar vinculadas, necessariamente, aos partidos políticos (art. 14,

---

<sup>49</sup> MORAES, Alexandre de. p. 43.

<sup>50</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. p. 97.

V – CF), deverão ser constituídos como pessoas jurídicas de direito privado (art. 17, § 2.º da CF).

## 2 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Colisões de Direitos Fundamentais

O crescimento das relações sociais entre os seres humanos juntamente com a mudança na concepção do Estado, aliados a uma aspiração democrática, exigiram a previsão e a proteção, na ordem constitucional do Brasil, pela grande quantidade de direitos fundamentais. De outro lado, novos problemas surgiram para a efetivação destes direitos e para a determinação da correta aplicação de cada um deles.

Por outro lado, os conflitos entre direitos positivados existem, e isto acontece frequentemente. Em uma mesma situação, valores constitucionalmente assegurados podem aparecer em rota de colisão. Nasce destas constatações a problemática da colisão de direitos fundamentais:

Fala-se em colisão entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade.<sup>51</sup>

Na tentativa de solucionarmos eventuais colisões, inicialmente devemos fixar o que se convencionou chamar âmbito de proteção do direito fundamental. Sabemos que existem determinadas parcelas de direitos que devem ser alvo de proteção da garantia fundamental. Este núcleo fundamental, em outras palavras, será fixado pela identificação dos bens jurídicos protegidos e pela amplitude desta proteção. Segundo Mendes<sup>52</sup>:

Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de

---

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional cit. p.643 e s.; PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte: Staatsrecht II, cit, p. 72 e s. em *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. Mendes, Gilmar Ferreira, 2006, p. 343.

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direita Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.212.

proteção somente há de ser obtida em conflito com eventual restrição a esse direito.

Outro passo fundamental nesta tarefa é estabelecer a diferença existente entre regras e princípios. Como diria Alexy, “As regras, ao contrário dos princípios, não podem prevalecer mais de uma, quando contrárias na resolução dos conflitos”. Já os princípios, como são *mandatos de “otimização”*<sup>53</sup>, podem ser aplicados em grau diferenciado na solução do conflito. Otimizar é melhorar, até atingir o ideal ou aproximar-se ao máximo dele.

Os conflitos de direitos fundamentais são caracterizados como conflitos de princípios<sup>54</sup>. Na solução desses conflitos deverá se utilizar de um meio de balanceamento de conflitos, como se pode conferir nestas citações:

Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: "Um 'balanceamento de interesses' torna-se necessário."<sup>55</sup>

Quando os princípios interferem uns nos outros, deve-se resolver o conflito levando-se uma consideração o peso de cada um. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio, numa situação observada.<sup>56</sup>

Para Alexy,<sup>57</sup> a racionalidade da ponderação de valores através do uso de um princípio abrangente: o princípio da proporcionalidade. Tal princípio se divide em três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Todos remetem a ideia da “otimização”.

[...] O princípio da adequação se refere ao que é factualmente possível, avaliando qual das medidas propostas por cada princípio é a mais idônea. O princípio da necessidade requer que, na presença de dois meios para dar

<sup>53</sup> Princípios, diferentemente de regras, são *mandados de otimização* que pretendem que se realize algo na maior medida possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, Robert. 1993, p. 27).

<sup>54</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2002, p.191.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes, pp. 3- 4.

<sup>56</sup> Op.cit. p.5.

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. *Theorie de Grundrechte*, cit. p. 174. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

curso ao mesmo princípio, seja escolhido o menos gravoso ou o que gere menos interferência nos princípios em concorrência. Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa à própria máxima da ponderação, ao pretender a otimização em relação às possibilidades jurídicas: quanto mais intensa for a interferência num princípio, maior tem que ser a realização de outro.

A proposta de Alexy foi reiterada pelo Ministro Gilmar Mendes, no voto do HC 82.424<sup>58</sup>.

O juízo de ponderação há de ser realizado com base no princípio da proporcionalidade, o qual estabelece um sacrifício de um direito em questão, para a solução do problema e que o ônus imposto ao sacrificado não seja maior que o benefício que se pretende obter com a solução no caso concreto. Tal juízo de ponderação deve ser realizado tanto pelo juiz, quanto pelo legislador. Paulo Bonavides<sup>59</sup> esclarece:

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

Outra questão de fundamental importância a ser discutida é a questão dos limites máximos de conteúdo<sup>60</sup>. Não são todas as alegações de violação de direito que acarretam necessariamente a violação de um direito fundamental. “As condutas a serem preenchidas pelos direitos fundamentais hão de ser delimitadas, para que

---

<sup>58</sup> A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986*), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal com o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

<sup>59</sup> BONAVIDES, Paulo. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 1999, pp. 75-83.

<sup>60</sup> ANDRADE, Vieira de. op.cit, p. 215.

haja a efetiva proteção”. É o que defende Mendes<sup>61</sup>: “O âmbito de proteção de um direito é a parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da ponderação (...) da garantia fundamental.”

## 2.2 Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade

Toda a história de evolução dos direitos fundamentais e do Estado de Direito é acompanhada pelo princípio da proporcionalidade. Pode-se ligar a sua origem ao Direito Administrativo e a ideia de que os atos do Poder Público devem ser adequados e proporcionais em relação aos indivíduos. Campos<sup>62</sup> assim o define:

[...] Tem início na França, como princípio do Direito Administrativo, uma vez que inexistia um controle de constitucionalidade repressivo, ou seja, posterior neste país impossibilitou o desenvolvimento da discussão do princípio em sede constitucional. A sua constitucionalização somente se deu com o fim da Segunda Guerra Mundial, na Alemanha [...].

À aplicação do princípio da Proporcionalidade na atividade legislativa, entende-se que determinada Lei, pode estar contaminada por vício de inconstitucionalidade substancial. Essa se manifesta de duas maneiras: A compatibilidade da lei com os seus objetivos e a observância do princípio da proporcionalidade.

E, que, ainda os princípios estão no ordenamento jurídico de forma a proteger os cidadãos frente à violência estatal, à lei e a outros cidadãos, com objetivo de balancear as relações entre eles. Nesse ponto, o Princípio da Proporcionalidade resolverá o conflito entre princípios, tendo uma importância fundamental neste ou em qualquer outro ordenamento.

---

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2006, pp. 150-151.

<sup>62</sup> CAMPOS, Helena Nunes. *Princípio da proporcionalidade: A ponderação dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/02.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf)> Acesso em 25 de março de 2011.

Grau<sup>63</sup> afirma que a proporcionalidade e a razoabilidade são postulados interpretativos, quando afirma:

[...] proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do Direito – um nome dado aos velhos desprezados cânones da interpretação – (...). Sendo assim, ele seria uma condição formal de existência de toda e qualquer norma, bem como seu conhecimento e condição para a sua aplicação.

Portanto, o princípio da proporcionalidade seria parte integrante do processo hermenêutico na interpretação teleológica da norma. No mesmo sentido, declara Bastos<sup>64</sup>: “um guia à atividade interpretativa”.

Uma lei pode ser promulgada contendo determinado excesso de poder legislativo. Neste caso, caberá ao judiciário analisar eventuais excessos da mesma, não cabendo a este a análise da finalidade, pois este se refere ao mérito do ato legislativo. A atividade do legislador deve ser pautada pela discricionariedade, porém sempre ligada à ideia de liberdade e limitação. Não há que se cogitar a ideia de excesso de poder.

Nesse sentido, pode-se determinar como manifestação do excesso de poder legislativo, a violação do princípio da proporcionalidade, ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se mostra claro na contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.<sup>65</sup>

[...] mandamento da proibição do excesso, como também é designado o princípio, a função de ser imprescindível a racionalidade do estado democrático de direito, já que garante o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da acomodação dos diversos interesses em jogo em uma sociedade.<sup>66</sup>

Nas palavras de Guerra Filho, a Proporcionalidade Legislativa<sup>67</sup>, nada mais é do que um influxo do princípio em questão no momento da elaboração do conteúdo, da substância da norma. Dessa forma, a atividade legislativa sofre

<sup>63</sup> GRAU, Eros Roberto. p.181.

<sup>64</sup> BASTOS, Celso Ribeiro apud TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2002, p.551.

<sup>65</sup> SCHNEIDER, *Zur Verhältnismässigkeitskontrolle*, in: STARK, *undesverfassungsgericht*, cit,v.2, p. 390 e s.; CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., pg. 487 em Gilmar Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., pg. 47.

<sup>66</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2002, p. 507.

<sup>67</sup> GUERRA FILHO apud TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2002.p. 509.

limitações no momento da elaboração do conteúdo, devendo respeitar o princípio assinalado, sob pena de padecer de inconstitucionalidade por violação a determinado princípio.

Já no campo jurídico, a ideia de proporcionalidade, foi inicialmente estudada sob perspectivas diversas: constitucional, penal e a administrativa. Segundo Ávila<sup>68</sup>:

[...] Na Alemanha, o Tribunal Constitucional deu a proporcionalidade relevância extraordinária no âmbito constitucional pela via interpretativa. A ele faz alusão a Lei Fundamental alemã em diversos dispositivos, impondo a justa ponderação dos interesses públicos e dos particulares. As decisões tomadas por aquela Corte influenciaram acentuadamente o constitucionalismo continental [...].

Mendes<sup>69</sup> coleciona que o Tribunal Constitucional Alemão, em decisão, assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins, acrescentando-se que “uma providência legislativa não deve ser considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico”.

Canotilho<sup>70</sup> definiu o Princípio da Proporcionalidade como a máxima supra positiva, definindo como exigências: da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*), da exigibilidade ou necessidade (*erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*).

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVII, no direito administrativo como princípio geral do direito administrativo de polícia [...]. Como superconceito (*Oberbegriff*), desdobra-se em várias exigências [...].

*Geeignetheit*<sup>71</sup> significa a determinação do estado de adotar a medida correta, adequada para que os fins últimos da norma jurídica sejam alcançados, sendo no direito penal a relação medida fim, entre a finalidade da cominação da pena e o meio que o estado dispõe para realizá-lo.

---

<sup>68</sup> ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2003, p.52.

<sup>69</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2006, p. 156.

<sup>70</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*.1995, p.382-383.

<sup>71</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2006, p. 156.

*Erforderlichkeit*<sup>72</sup> obriga e vincula o estado na adoção da medida menos gravosa ao cidadão, ou seja, o aplicador deve verificar todas as possibilidades e adotar a que menos cause gravame ao indivíduo, principalmente quando sua atividade for de intervenção nos direitos fundamentais.

Relativamente à inconstitucionalidade de determinada Lei, por infringência ao princípio da proporcionalidade ou da proibição em excesso, diz o tribunal Alemão, que esta somente se configurará “se se puder constatar, inequivocadamente, a existência de outras medidas menos lesivas.”<sup>73</sup>

Importante questão a ser colocada, é a questão da ponderação. Na colisão entre princípios a serem solucionados encontra-se a ponderação. “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação.”<sup>74</sup>

Ao analisarmos a palavra proporcional no dicionário<sup>75</sup> encontramos a seguinte definição: em que há proporção correta, equilíbrio, harmonia. Podemos definir como uma ponderação correta e harmoniosa entre dois interesses que estejam em linha de colisão perante um caso concreto:

[...] para a realização da ponderação de bens requer-se o atendimento de alguns pressupostos básicos: a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro, a inexistência de uma hierarquia abstrata entre direitos em colisão, isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva.<sup>76</sup>

“A ponderação de bens é um método de desenvolvimento do Direito que se presta a solucionar colisões de normas, bem como para delimitar as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar direitos cujo âmbito ficou aberto”, estabelecendo-se uma clara prevalência valorativa dos bens tutelados pela Constituição Federal.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> *id. ibid.* p. 156.

<sup>73</sup> *id. ibid.*, p. 49.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, cit. p.112. Da mesma Forma, Alexy, Constitucionalismo discursivo, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livr. Do Advogado Ed., 2007, p. 132, em que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito “é o campo da ponderação”, em juízo da ponderação na jurisdição constitucional. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2000, p 131.

<sup>75</sup> HOUSSAIS. p. 2313.

<sup>76</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. p. 56.

<sup>77</sup> LARENZ, Karl. p. 587.

Relativamente ao campo do Direito Penal, o legislador, está obrigado a observar normas e princípios reconhecidos, expressa ou implicitamente, no ordenamento jurídico nacional vigente. Medeiros<sup>78</sup> e Sarlet<sup>79</sup> sustentam:

Assim, princípios como o da proporcionalidade (como meio de assegurar a eficácia da tutela penal valorando-se coerentemente o bem jurídico), o da intervenção mínima, da ofensividade, entre outros, devem ser observados pelo legislador de forma a se garantir que o mesmo formule uma lei penal justa e eficaz.

A noção de proporcionalidade em matéria penal não se esgota na categoria de proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, razão pela qual a proporcionalidade também é incompatível com a ausência de proteção ou com uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais, razão pela qual a doutrina passou a advogar a existência de uma dupla dimensão, ou, como preferem Luciano Feldens e Lênio Streck, de uma “dupla face” do princípio da proporcionalidade, operando simultaneamente como proibição de excesso e como proibição de insuficiência.

O legislador é suscetível, muitas vezes, a cometer equívocos, no momento da avaliação de quaisquer bens que devam ser objeto da tutela penal e em sua respectiva valoração. Entretanto, tais equívocos devem ser amplamente corrigidos, pelo juiz no momento da aplicação de determinadas sanções.

O legislador, ao elaborar uma norma penal incriminadora, não pode deixar de observar os preceitos constitucionais, tendo como parâmetro, principalmente, o princípio da proporcionalidade, já que é a pena por ele prevista para um tipo penal que irá delimitar a atuação do juiz na aplicação da mesma. Porém, o legislador ao punir com mais rigor um crime revestido com menor gravidade atuou de forma incongruente, transgredindo, de forma evidente, o princípio ora em comento, cabendo ao juiz corrigir essa desproporção<sup>80</sup>.

O objetivo do princípio da proporcionalidade, especificadamente tratando da Lei 11.705/2008 é a necessidade de se superar a necessidade moral, jurídica e socialmente, a Era dos Extremos (que caracterizou o breve século XX, na precisa

---

<sup>78</sup>MEDEIROS, Juliana Helena Almeida. *A proporcionalidade das penas*. Disponível em:< <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17146/a-proporcionalidade-das-penas/2>> Acesso em: 01 de abril de 2011.

<sup>79</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proporcionais*. p. 39.

<sup>80</sup>MEDEIROS, Juliana Helena Almeida. *op.cit.*.

historiografia de Hobsbawm) <sup>81</sup> de tal sorte a combater – designadamente em matéria criminal – tanto o abolicionismo, quanto à intolerável “tolerância zero”.

[...] Tal perspectiva é tanto mais imperiosa, quanto maiores são os níveis de polarização (inevitavelmente acompanhada de uma boa dose de paranóia em até mesmo – pelo menos em algumas situações – de um sentimento de histeria coletiva) instaurados no seio da sociedade, o que, em matéria penal, aponta a ilegitimidade seja de um abolicionismo irresponsável (este transgredindo a proibição de insuficiência) seja, por outro lado, das políticas de “tolerância zero” (melhor seria falar em criminalidade zero, que justamente exige políticas públicas efetivas em matéria social, cultural e econômica e não a substituição destas por políticas criminais arbitrárias e reprodutoras de exclusão), ou das tentativas de justificar o injustificável “direito penal do inimigo”, que, dentre outras medidas arbitrárias, acaba, no mais das vezes, por violar assim a chamada proibição de excesso <sup>82</sup>.

Quanto à razoabilidade, essencialmente, examina-se a situação pessoal do envolvido, o critério e a medida. Não se trata de um exame abstrato do bem jurídico e da medida adotada para resguardá-lo, mas de se analisar se aquela medida se mostra adequada à coletividade e para a maioria das situações – não importaria na impossibilidade de realização do bem jurídico para determinado indivíduo. Dantas <sup>83</sup> postula que:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade da valia que oferecem a todos; raramente qualificam de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produz ou conforme a repercussão que têm no interesse geral.

Como fora citado, a norma penal não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo hábil e necessário ao atendimento de finalidades constitucionalmente válidas. Barroso <sup>84</sup>, neste mesmo viés, argumenta que:

---

<sup>81</sup> HOBBSAWM, Eric. p. 345.

<sup>82</sup> *op. cit.*

<sup>83</sup> DANTAS, San Tiago. p. 56.

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. p. 145.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.

A ênfase na apreciação de um caso, regida pela razoabilidade, se dirigirá à excepcionalidade do caso concreto. As diferenciações normativas não de ser razoáveis e racionais. Se tal relação de identidade entre meio e fim – “*means-end relationship*”, segundo a doutrina norte-americana da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de “razoabilidade” e de “racionalidade”<sup>85</sup>.

Canotilho defende que foi apenas no início deste século que o critério de razoabilidade passou a ser exigido também dos atos legislativos. Para o autor português, o desenvolvimento teve início no direito norte-americano, onde há muito se utiliza a ideia de “*reasonableness*”, por meio da qual o juiz busca, a partir das particularidades das situações de fato e da regra do precedente, determinar os limites do razoável nos casos concretos<sup>86</sup>.

Conclui-se que a razoabilidade do ato legislativo será determinada pela adequação dos meios e fins utilizados, e ausente estes, não mais será necessário perquirir pela presença dos demais, uma vez que a razoabilidade não estará verificada no ato praticado. Desta forma, o presente ato legislativo será eivado de inconstitucionalidade, sendo inviável a sua validação por meio do judiciário.

---

<sup>85</sup> SIQUEIRA, Roberto de Carlos. p. 157.

<sup>86</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. p 260.

### 3 INTERVENÇÃO ESTATAL - PATERNALISMO

#### 3.1 Interferência Estatal na Vida Cotidiana

Começamos o estudo do paternalismo pela análise da origem do termo. Apesar de a palavra ser formada pela raiz “*pater*” surgir do latim, o termo paternalismo tem origem *anglo-saxão*; e pode ser definido como a prática de uma administração paternal ou, do ponto de vista jurídico, como a intenção de suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação da mesma forma como um pai faz com sua família.<sup>87</sup> Dworkin<sup>88</sup> define o termo “paternalismo”:

[...] de um modo geral a interferência, com liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões referindo-se exclusivamente ao bem-estar, bom, felicidade, necessidades, interesses ou valores da pessoa coagida.

Feinberg<sup>89</sup> publicou artigo na década de 1970, denominado “paternalismo legal”. Neste artigo ele definia a idéia de paternalismo:

[...] “paternalismo legal” como o princípio de que “justifica a coerção estatal para proteger os indivíduos contra danos auto-infligidos ou, em casos extremos, para orientá-los, queira ou não, para seu próprio bem.

Paternalismo, assim pode ser definido como a interferência na liberdade de escolha de alguém<sup>90</sup>, com ou sem coerção, para o bem da própria pessoa, contra sua vontade. Assim, como características do paternalismo podem apontar: (1) a intervenção na liberdade na esfera pessoal do indivíduo; (2) quem interfere quer o

---

<sup>87</sup> ALEMANY, Gárcia Macário. *El paternalismo jurídico*. p. 38.

<sup>88</sup> DWORKIN, Gerald. - “Paternalism”, en Wasserstrom, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, ed. Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971. Macario Alemany García. El concepto y la justificación Del Paternalismo. Universidad de Alicante. 2005, p. 95.

<sup>89</sup> FEINBERG, Joel y Jules Coleman: *Philosophy of Law*, ed. Wadsworth, Belmont, 2000. *op. cit.* ALEMANY, Gárcia Macario. El concepto y la justificación Del Paternalismo. Universidad de Alicante. 2005, p. 90.

<sup>90</sup> Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/27886454/Issn-2175-5280>. *Revista liberdades*. Acesso em: 01 de abril de 2011.

bem da pessoa que sofreu a interferência; porém esta interferência é contrária à vontade do suposto beneficiado.

A título de exemplo, temos as relações do Direito do Consumidor<sup>91</sup> no ordenamento jurídico brasileiro. Com o aumento das críticas à defesa jurídica dos interesses do consumidor, observou-se o aumento das regras legais consumeristas e a sua consequente aceitação pela sociedade civil e pelos tribunais.

O paternalismo jurídico pode ser utilizado como meio de o Estado regulamentar as relações entre Estado e indivíduo. Constitui na adoção legal de critérios redistributivos e da restrição de comportamentos com suposto benefício aos interesses coletivos.

Garzón<sup>92</sup> define paternalismo da seguinte maneira: "O comportamento coercitivo intervém sobre uma pessoa, a fim de se evitar danos a ela mesma".

Um comportamento paternalista, em sentido amplo, é a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida<sup>93</sup>. São duas as partes numa relação paternalista: aquele que age de forma paternal e aquele que tem sua liberdade restringida pela ação paternalista; o primeiro assim o faz porque deseja exclusivamente o bem do segundo. Por bem devemos entender que essa atitude tem como objetivo, a obtenção de um benefício ou a hesitação de um prejuízo. Farnsworth<sup>94</sup> entende que:

Uma regra legal é paternalista se, para o próprio bem do indivíduo, ela o proíbe de fazer algo tal como usar drogas ou requer que ele faça alguma coisa, como usar capacetes ao dirigir motos e talvez reflita um declínio na crença de que o indivíduo sabe e pode cuidar dos seus melhores interesses.

Atualmente, "o foco do paternalismo se deslocou das categorias de pessoas para determinadas situações. Em outras palavras, o paternalismo se fundamentaria

---

<sup>91</sup> SAMPAIO JÚNIOR, Rodolfo Barreto. *A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho\\_barreto\\_sampaio\\_junior.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho_barreto_sampaio_junior.pdf)> Acesso em: 01 de abril de 2011.

<sup>92</sup> GARZÓN, Valdéz Ernesto. p. 280.

<sup>93</sup> DWORKIN, Gerald; FEINBERG Joel (coord.). *Paternalism in Philosophy of Law*, 1986, p. 230.

<sup>94</sup> FARNSWORTH, Allan. pp. 385-409.

na hipótese de que mesmo os mais sagazes, em determinadas situações, não tomariam a melhor decisão”<sup>95</sup>.

Kronman<sup>96</sup>, um dos principais defensores do paternalismo jurídico, justifica-o ao fundamento de que a ordem jurídica contém certos elementos inalienáveis, o que permitiria a proteção do “contratante pela limitação de seu poder, impedindo-o de fazer aquilo que o Direito julga contrário aos seus interesses”.

Por outro lado, Block<sup>97</sup>, acerbo crítico do paternalismo, considera-o:

[...] “ofensivo à dignidade da pessoa humana e um egrégio ataque à liberdade”. A seu sentir, “o comprometimento da liberdade em qualquer nível é inadmissível, assim como a necessidade de se manter o cumprimento dos contratos, base da civilização”. Esse mesmo autor chama a atenção para um dos mais importantes aspectos do paternalismo jurídico, ao indagar “de toda forma, quem seria o mais indicado para fazer a escolha? A própria pessoa, Kronman ou um burocrata?” Aliás, não está destituído de razão quando menciona que “os burocratas que irão tomar o papel principal na tomada de decisões em um processo paternalista também não estão isentos de um mau julgamento. Aliás, o que seria um bom julgamento?”

Essa é, de fato, a questão crucial no que diz respeito ao paternalismo jurídico: pode-se atribuir à coletividade, através de instrumentos legais, o poder de substituir a escolha do indivíduo?

Sob a ótica liberal, a resposta é negativa, e a escolha tomada por indivíduos capazes é necessariamente válida, como afirma Mill<sup>98</sup>:

Quem é capaz tem o direito absoluto de se autodeterminar. A procura do bem estar não é garantia suficiente para comprometer a liberdade do indivíduo. Ele não pode ser compelido a fazer ou não fazer algo porque isso seria melhor para ele, porque isso o faria mais feliz, porque na opinião de outros, fazer tal coisa seria sábio. Essas são boas razões para tentar persuadi-lo, para com ele argumentar, mas não para compeli-lo a seguir certo comportamento ou para ameaçá-lo com os danos que lhe adviriam caso ele agisse de forma contrária.

<sup>95</sup> CAMERER, Colin. p. 1.211-1.244.

<sup>96</sup> KRONMAN, Anthony T. pp. 763-784.

<sup>97</sup> BLOCK, Walter. pp. 351-371.

<sup>98</sup> MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869. Disponível em: <<http://www.bartleby.com/130>>. Acesso em: 14 de setembro. 2010.

Nessa mesma linha de raciocínio destaca-se, ainda, a dificuldade existente para se estabelecer os limites da intervenção, conforme aponta Friedman<sup>99</sup>:

[...] a atividade governamental assentada sobre práticas paternalistas é, por várias razões, a mais complicada para um liberal, porque envolve a aceitação do princípio de que alguns devem decidir por outros. [...] Não existe uma fórmula que possa nos dizer quando parar. Nós devemos confiar em nosso falível julgamento e tendo-o alcançado, em nossa habilidade de persuadir outros de que esse é o julgamento correto ou por eles ser persuadido a mudar nossas visões. [...] Devemos colocar nossa fé, assim no consenso, alcançado por homens imperfeitos, através de livre discussão, tentativa e erro.

Relativamente à lei objeto de estudo pela presente monografia, o paternalismo jurídico é claramente demonstrado na Lei 11.705/2008. A tragédia gerada no Brasil pelos acidentes de trânsito está devidamente quantificada. São registradas cerca de 35 mil mortes por ano, 400 mil feridos, 1,5 milhão de acidentes e 22 bilhões de reais, por ano, só para cobrir os gastos com os acidentes das estradas federais<sup>100</sup>. Acontece que tais números, não podem justificar intervenções irrazoáveis na vida dos cidadãos.

Esta atitude é caracterizada na privação de liberdade dos cidadãos. Deve-se separar a conduta dos motoristas irresponsáveis que provocam acidentes ou dirigem de modo perigoso, daqueles que têm consciência da sua conduta e não causam se quer potencialmente, eventuais danos à coletividade. Liberdade pressupõe que o cidadão faça seu juízo e seja responsável por seus atos. Porém, a presente lei pune a todos os que bebem, mesmo antes de qualquer sinal de direção perigosa ou acidente.

Gomes,<sup>101</sup> enumera alguns equívocos e excessos da presente Lei, nos quais demonstram a atitude paternalista estatal, as quais se mostram equivocadas. Vejamos:

[...] 1º) Quantidade ínfima de álcool no sangue deve ser desconsiderada. Uma pessoa chegou a ser flagrada depois de ter ingerido dois bombons com licor. Por mais que se queira evitar tantas mortes no trânsito brasileiro (mais de 35 mil por ano), não pode nunca a administração pública atuar com falta de razoabilidade. 2º) Um grave equívoco que deve ser evitado

<sup>99</sup> FRIEDMAN, Milton. pp. 33-34.

<sup>100</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei seca: exageros, equívocos e abusos. Disponível em: www.http://www.lfg.com.br/public\_html/article.php?story=20080711180517851* Acesso em: 01 de abril de 2011.

<sup>101</sup> *op. cit.*

consiste em prender em flagrante o sujeito todas as vezes que esteja dirigindo com seis decigramas ou mais de álcool por litro de sangue (0,3 no bafômetro - que equivale a dois copos de cerveja). A existência do crime do art. 306 pressupõe não só o estar bêbado (sob a influência do álcool ou outra substância psicoativa), senão também o dirigir anormalmente (em zig-zag, v.g.). Ou seja: condutor anormal (bêbado) + condução anormal (que coloca em risco concreto a segurança viária). 3º) A prova da embriaguez se faz por meio de exame de sangue ou bafômetro ou exame clínico. A premissa básica aqui é a seguinte: ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo. "O sujeito não está obrigado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova [...].

Uma pergunta fundamental nesse aspecto se faria: Será que não vale mais a pena salvar vidas a que se opor ao excesso da presente Lei? Com certeza, tal inquietação faz-se pertinente. Nesta pesquisa se defende, veementemente, as políticas públicas que visem a redução drástica das mortes no trânsito. O que não se pode permitir é que o legislador, por meio de posições desarrazoáveis, legisle de modo a interferir na vida cotidiana das pessoas. O princípio fundamental do direito à vida deve ser sempre levado em consideração, devendo ser aplicado conforme os outros princípios fundamentais, ponderando de modo razoável e não desproporcional.

## 4 LEI 11.705/2008 – REFORMA DO CTB

### 4.1 Histórico e Legislação

Anualmente, mais de um milhão de pessoas morrem no mundo em decorrência de acidentes de causados pelo uso abusivo de bebidas alcoólicas, o que tem gerado preocupação em organismos como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial da Saúde (OMS). No Brasil, 26<sup>102</sup> mil pessoas morrem nas estradas todos os anos devido ao mesmo motivo, especialmente nos fins de semana e feriados. Esta era a realidade à época da promulgação da presente Lei, após conversão da MP 415.

Essa realidade posiciona o Brasil entre os países com a maior taxa de mortalidade no trânsito. Uma pesquisa realizada por uma equipe do Programa Acadêmico sobre álcool e outras drogas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), com vítimas fatais de acidentes de trânsito, mostrou que o álcool estava presente cerca de 75%<sup>103</sup> dos casos e que, embora o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) estipule o índice de 0,6 gramas como limite máximo permitido de concentração de álcool por litro de sangue para caracterizar infração, esses valores geralmente são superados.

Dentro dessa realidade, em 19 de junho de 2008, o presidente Lula converteu em Lei a MP 415. Nascia assim, a lei 11.705/2008, a chamada “lei seca”.

A redução das mortes, o debate sobre álcool e direção e a mudança de comportamento de pelo menos parte dos motoristas estão entre as transformações mais importantes provocadas pela lei em questão. Podemos enumerar as principais alterações no Código de Trânsito Brasileiro, realizadas pela presente lei:

---

<sup>102</sup> DETRAN. Disponível em: <<http://www.detran.pr.gov.br>> Acesso em: 08 de outubro de 2010.

<sup>103</sup> INOVABRASIL. Disponível em: <<http://inovabrasil.blogspot.com/2007/09/lcool-e-direo-35000-mortos-anualmente.html>> Acesso em: 01 de abril de 2011.

LEI Nº 11.705, DE 19 JUNHO DE 2008<sup>104</sup>

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.

(...)

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

**“Art. 165<sup>105</sup>. 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.**

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

**“Art. 276<sup>106</sup>. 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<sup>107</sup>.**

**§ 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<sup>108</sup> passa a vigorar com as seguintes alterações:

<sup>104</sup> PLANALTO. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 de outubro de 2010.

<sup>105</sup> Na lei anterior, o condutor só era punido quando a concentração de álcool era igual ou superior a 6 decigramas por litro de sangue. O prazo de suspensão da CNH variava de acordo com cada órgão de trânsito.

**Redação atual:** Penalidade de (sete pontos na CNH), multa administrativa de R\$ 957,00, recolhimento da CNH e a suspensão do direito de dirigir por um ano (sanções administrativas). O veículo é retido até a apresentação de condutor habilitado.

<sup>106</sup> Na lei anterior, o limite máximo era de 6 decigramas por litro de sangue.

**Redação atual:** A redação é clara: qualquer concentração de álcool deixa o motorista sujeito às punições. Não importa a quantidade.

<sup>107</sup> Na lei anterior, o agente de trânsito não podia aplicar as punições administrativas por meio do Auto de Constatação. Esse documento é feito quando o motorista tem notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor.

**Redação Atual:** O agente de trânsito (do DETRAN ou da PM) pode aplicar a multa e a suspensão da carteira do condutor alcoolizado com base no Auto de Constatação, mas, para que o motorista seja enquadrado no crime de dirigir alcoolizado, são necessários o teste do bafômetro ou exame de sangue. O condutor pode até contestar o Auto de Constatação (por ser baseado em critérios subjetivos), mas deve produzir provas em contrário.

“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<sup>109</sup>. 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<sup>110</sup>. 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)

## 4.2 Eventuais Excessos

<sup>108</sup> Na lei anterior, todo condutor que provocava acidente de trânsito com vítimas respondia por crime culposo – sem intenção de provocar danos ou vítimas.

**Na redação atual:** A punição ficou mais rigorosa para quem se envolve em acidentes de trânsito com lesão corporal culposa. Antes, o autor só era processado se a vítima o denunciasse. Agora, se ele estiver alcoolizado, participando de corrida, exibindo ou demonstrando perícia em manobra, ou trafegando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h, responderá criminalmente, independente da denúncia da vítima.

<sup>109</sup> Na lei anterior, era facultada ao juiz a suspensão da permissão ou habilitação para dirigir, além das sanções penais.

**Na redação atual:** No caso de reincidência das infrações acima, o artigo 296 diz que o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

<sup>110</sup> Na lei anterior, não havia limite fixado nem o condutor era processado criminalmente.

**Na redação atual:** Trata-se de crime a pessoa dirigir um carro quando tem concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue ou 0,3 miligrama por litro de ar expelido pelos pulmões. Até 0,29 mg por litro de ar, as punições são apenas administrativas. Quem é flagrado com teor acima disso, recebe essas sanções e também é processado, podendo ser condenado à pena de seis meses a três anos de detenção.

Conforme anteriormente analisado, os números “violentos” demonstrados mostram a fundamental importância de tomada de alguma medida, visando à diminuição do número de mortes decorrentes da ‘combinação’ (álcool e direção).

Dessa forma, o legislador brasileiro, no afã de “estancar” ou diminuir? Não é muito forte essa afirmativa? o número de mortes no trânsito, editou a Medida Provisória de número 415, a qual acabou convertida na lei 11.705/2008.

Acontece que, como anteriormente ressaltado, a atividade do legislador, deve ser sempre pautada nos princípios de proporcionalidade, razoabilidade, sob pena de se cometer arbitrariedades. Não basta que o propósito da lei seja “nobre”, ou seja, há de se atentar para os princípios constitucionais preexistentes. Neste sentido, Sabelli<sup>111</sup> e Marangom<sup>112</sup>:

Diante de cenários políticos como este, vemos ressurgindo, mansa e progressivamente, nessa e em outras leis, criadas da mesma forma oportunista, por legisladores inconsequentes, a versão atualizada da *Malleus Maleficarum*, página horrenda da história da “humanidade” (em seu sentido estrito), onde insanos, recalçados em seus instintos naturais, arrogando-se representantes de Deus, em Seu nome, criavam “normas legais” que permitiam aos detentores do poder (político e eclesiástico) submeter o povo, por seus representantes (inquisidores), a processos e julgamentos pelo “Tribunal” da Santa Inquisição.

[...] É notória a intenção positiva do legislador, visto que toda e qualquer ação do poder público que procure resguardar a integridade do cidadão é passível de aplausos e elogios, desde que não afronte de forma latente e direta o texto de nossa Carta Maior, ficando claro, portanto, que o texto normativo trazido pela Lei 11.705/88 é totalmente contrário a toda a fundamentação principiológica e hermenêutica de nossa Constituição Federal, sendo, com isso, inconstitucional.

É esta incoerência, ou mesmo, esta falta de razoabilidade, que se passa a demonstrar.

#### 4.2.1 Violação do Princípio “*Nemo tenetur se detegere*”

<sup>111</sup> SABELLI, Cid. *Quando o cidadão vai entender?* Disponível em:< <http://jusvi.com/artigos/35778> Acesso em: 25 de março de 2008.

<sup>112</sup> MARANGOM, Augusto César. Disponível em:< [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5208](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5208) Acesso em 01 de abril de 2011.

A lei 11.705 de 2008 alterou o artigo 306 do CTB, passando a considerar crime a simples condução de veículo automotor, quando o motorista apresentar quantidade de álcool por litro de sangue, igual ou superior a seis (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Porém, não basta para aplicação dessa medida, a constatação da dosagem estabelecida de álcool (seis dg/l) ou de qualquer outra substância psicoativa. A nova redação da lei em questão, ao estabelecer este patamar de (0,6 dg/L) obriga o agente de trânsito a provar que o condutor atingiu este limite. O modo mais usual e utilizado é o etilômetro, ou seja, o bafômetro. Acontece que o motorista tem seu direito constitucional de não querer produzir esta prova contra a sua própria pessoa. Sem esta prova, não há como se materializar o crime em questão.

[...] Sendo assim<sup>113</sup>, a menos que o motorista produza, voluntariamente, prova de seu estado de físico-mental e esta possa ter nexos causal com a condução anormal do veículo, gerando como resultado a situação de perigo, não teremos crime, mas, no máximo, infração administrativa.

O motorista não está obrigado a produzir a prova de seu estado de (a) normalidade, sendo um direito constitucional garantido. Mais especificamente um direito dito de liberdade, que impõe um dever negativo de atuação ao Estado<sup>114</sup>. Sabe-se que o ônus de provar a acusação incumbe a quem alega.

Tal direito tem base no brocardo latino “*Nemo tenetur se detegere*”<sup>115</sup>, e encontra-se devidamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, na parte mais importante da Constituição Federal de 1988, dentre os direitos e garantias fundamentais.

Como bem colocou Jesus, “se o direito a não auto-incriminação adquiriu um status constitucional, é evidente que nenhuma outra regra, muito menos de cunho

---

<sup>113</sup> SABELLI, Cid. *op. cit.*

<sup>114</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Primeiras impressões sobre as inovações do Código de Trânsito Brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: Em 15 de julho de 2010.

<sup>115</sup> Consagrado pela Constituição da República (art. 5º, LVII e LXIII), pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, 2, g) e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, g). O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - 1969) e suas normas foram recepcionadas em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional, devendo ser cumprida inteiramente (art. 1º do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992).

administrativo, pode servir de instrumento de persuasão para que o indivíduo viole as suas próprias convicções e, especialmente, os seus direitos fundamentais”<sup>116</sup>.

Grinover<sup>117</sup> acrescenta que:

[...] a tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou acusado em submeter-se a exames de partes íntimas, bem como a provas degradantes, como o ‘bafômetro’, até porque ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Em obra sobre a culpa e sua prova nos delitos de trânsito, Greco Filho<sup>118</sup> sustenta que:

[...] desde a Constituição de 1988, onde se acham previstas as garantias de não produção de provas contra si mesmo e de presunção de não-culpabilidade, não se podem colher consequências danosas àqueles que se recusam a se submetem aos testes de alcoolemia.

Dessa forma, fica claro, que nenhuma sanção criminal, seja penal ou processual penal, poderá advir da recusa dos condutores de veículo automotor a se submeter a exames que certifiquem o seu estado etílico. O egrégio STF, já vem decidindo desta maneira, em casos similares<sup>119</sup>. Fica demonstrado que o dispositivo em questão coage o acusado a produzir prova (com consequências penais) contra

---

<sup>116</sup> JESUS, Damásio E. de. *Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 344, 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5338>>. Acesso em: 11 de outubro de 2008.

<sup>117</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. p. 158.

<sup>118</sup> GRECO FILHO, Vicente. p. 146.

<sup>119</sup> Em inúmeros julgados o Supremo Tribunal Federal firmou posição de que ninguém tem o dever de colaborar na produção de provas que exijam a sua participação ativa e que possam importar em assunção de culpa, em observância às garantias constitucionais da não produção de provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII, CR) e da presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CR). Em 1987, o STF considerou constrangimento ilegal a decretação de prisão preventiva em razão da recusa à participação na reconstituição do crime (Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. RHC 64.354, j. 1.7.1987). Em 1991, por maioria, salientou o STF que ninguém pode ser compelido a participar da reconstituição do crime, sob pena do coator incidir em constrangimento ilegal, em razão do direito a não produzir provas contra si mesmo (1ª T. Rel. Min. Celso de Mello. HC 69.026, j. 10.12.1991). Em 1998, decidiu que ninguém pode ser coagido a fornecer padrões gráficos do próprio punho para exames periciais, por ofensa ao *nemo tenetur se detegere* (1ª T. Rel. Min. Ilmar Galvão. HC 77.135, j. 8.9.1998).

si, cujo resultado não poderia ser outro, senão a inconstitucionalidade de tais dispositivos.

Em recente julgamento, proferido pelo Egrégio STJ, no mês de outubro de 2010, no julgamento do HC 166.377/SP, decidiu-se no sentido de trancamento da ação penal, uma vez que o impetrante havia se negado a realizar o exame (bafômetro), ou seja, no caso em que o mesmo se recusou a realizar prova contra si próprio:

**HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.**

1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.
2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas.
3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.
4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.
5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, **é indispensável à prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.**
6. Ordem concedida.

Contrariando o entendimento anteriormente exposto, a Ministra Laurita Vaz, em julgamento, proferido no mês de dezembro de 2010, no julgamento do HC 117.230/RS<sup>120</sup>, entendeu que mesmo sem o cometimento dos exames de alcoolemia e ou sangue, pode-se contestar o potencial perigo a incolumidade pública. Porém, neste caso, vale ressaltar que o estado de embriaguês deve ser positivo. Como se verifica neste *habeas corpus*:

---

<sup>120</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 117.230/RS. Ronaldo da Costa x Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Laurita Vaz. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 23 de novembro de 2010. Publicado no DJ de 13/12/2010.

**HABEAS CORPUS. ART. 306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE OU CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL OU SUBSTÂNCIA DE EFEITOS ANÁLOGOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. FALTA DE EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO (PROVA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NA CORRENTE SANGUÍNEA POR EXAME PERICIAL). ATIPICIDADE DA CONDUTA DO PACIENTE, ANTE A AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA, POR FALTA DE REPRESENTAÇÃO OPORTUNA DAS VÍTIMAS. DOSIMETRIA: PENA-BASE FIXADA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO QUE NÃO SÃO INTRÍSECAS AO TIPO PENAL. ORDEM DENEGADA**

1. Segundo o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, configura-se o crime de embriaguez ao volante ou de condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos se o motorista "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".

2. Demonstrado pelas competentes vias administrativas que a concentração alcoólica no sangue do condutor de veículo automotor é superior àquela que a lei proíbe, resta configurado o crime de embriaguez ao volante, o qual, segundo a melhor jurisprudência, é crime de perigo abstrato, "cujo objeto jurídico tutelado é a incolumidade pública, e o sujeito passivo, a coletividade." (STF, RHC 82.517/CE, 1.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 21/02/2003).

**3. "A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto."**

A Advocacia Geral da União defende posição contrária, ressaltando que, ao determinar a exigência do teste, a lei atua em "legítima defesa de todos os cidadãos". O texto ressalta ainda que quando há recusa em fazer o teste, o policial tem o direito de fazer o auto por tratar-se de uma medida administrativa e não penal.

Para defensores desta corrente, o direito em questão não seria absoluto e que, realizada a devida ponderação, não se deve sobrepor ao direito à vida e à segurança daqueles que vivem diariamente no trânsito. Floriano<sup>121</sup>, afirma que a interpretação do princípio da não auto-incriminação, nos EUA e na Alemanha, não

---

<sup>121</sup> FLORIANO, Eduardo de Souza. *A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool, sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela Autoridade Policial?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37715>> Acesso em: 27 de dezembro de 2010.

se mostra compatível com o que entende a jurisprudência do STF, a qual dá ampla efetividade ao princípio. Diz, portanto, que:

Não parece que a jurisprudência desses países vá tão longe a ponto de dar ao Suspeito/Acusado o direito de eximir-se da coleta de material orgânico ou, menos ainda, de recusar um mero sopro no bafômetro. O motivo é singelo: eles não estão fazendo prova contra si próprio; quem faz essa prova é o Estado. **O STF, contudo, parece conferir dimensão muitíssimo mais ampla ao princípio do *Nemo tenetur*:** ainda que um fio de cabelo ou uma gota de saliva bastem à investigação ou à instrução processual, é preciso que a polícia ou o juiz os catem no chão. Não pode ser “obtidos” contra a vontade do Suspeito, pouco importando o direito de outra pessoa a conhecer sua origem genética (exame de paternidade) ou o interesse da vítima e da sociedade em geral no esclarecimento de crimes (persecução criminal).

Portugal, França e Estados Unidos reprimem a recusa de realização de testes de alcoolemia. Entretanto, tal previsão se encontra na legislação, ou seja, é positivada. O Código da Estrada de Portugal, no art. 158º, prevê<sup>122</sup>:

CÓDIGO DA ESTRADA (Decreto-Lei n.º 265-A/2001 de 28 de Setembro)

Artigo 158.º

Princípios gerais

1. Devem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção dos[...]

**3. As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias legalmente consideradas como estupefacientes ou psicotrópicas, são punidas por desobediência.**

A título de ilustração, o clássico caso *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), no qual, se decidiu que não infringisse o direito a não auto-incriminação, à coleta de sangue de motorista inconsciente envolvido em acidente de trânsito com suspeita de estar embriagado<sup>123</sup>. Os membros do Ministério Público goiano, Edison Miguel da Silva Júnior e Mozart Brum Silva<sup>124</sup>, defendem a obrigatoriedade do uso do bafômetro sob o seguinte argumento:

Nessa linha de raciocínio, tendo por eixo o direito penal democrático (mínimo e garantia), a obrigatoriedade da realização dos exames está

<sup>122</sup> *id. ibid.*

<sup>123</sup> ALCOHOL EDUCATION. Disponível em: <<http://www.lcb.state.pa.us/edu/cwp/view.asp?a=1346&Q=555019#CHEM>> Acesso em: 27 de dezembro de 2010.

<sup>124</sup> JÚNIOR: Edison Miguel da Silva; SILVA, Mozart Brum. *Obrigatoriedade do bafômetro no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1749> Acesso em: 27 de dezembro de 2010.

dirigida à autoridade de trânsito e não ao cidadão-suspeito. O inciso IX do artigo 269 do CTB prevê esse dever da autoridade, ao passo que o mencionado artigo 277 apenas fixa a situação em que deve ocorrer: quando suspeitar que o condutor de veículo automotor se acha impedido de dirigir em decorrência da concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Por outro lado, sem a referida norma, a autuação por embriaguez ao volante ocorreria por mera suspeitada autoridade, com todos os constrangimentos dela decorrente: apreensão da Carteira de Habilitação e do veículo, multa administrativa e prisão em flagrante. Nessa hipótese, a justa causa para a autuação ficaria dependendo apenas do subjetivismo (suspeita) da autoridade, sem nenhuma outra exigência legal. **Assim, o artigo 277 do CTB não é inconstitucional, mas dispositivo que limita o poder do Estado em respeito ao direito individual de liberdade.** Semelhante ao que ocorre, por exemplo, com a exigência do artigo 158 do CPP (exame de corpo de delito) ou, ainda, com a do artigo 22, §1º, da Lei 6.368/76 (laudo de constatação). A novidade é que nestes artigos a prova da materialidade é requisito legal para o início da ação penal e naquele para a autuação.

De lado oposto, Jesus<sup>125</sup> defende a inconstitucionalidade da norma em discussão, a ilegalidade do procedimento, quando não for realizado de forma espontânea.

Sob o ponto de vista penal, considero intransponível, no atual estágio de desenvolvimento das garantias constitucionais, a superação do direito ao silêncio, reconhecido no art. 5.º, LXIII, da Constituição Federal, com o intuito de obrigar o condutor a colaborar na produção de prova contra si mesmo. De fato, é prova reconhecidamente inadmissível a coleta de sangue do condutor contra a sua vontade ou a submissão forçada ao conhecido teste do “bafômetro” (etilômetro). Essa limitação é imposta pela necessidade de tutela a direitos fundamentais, como esclarece Antonio Magalhães Gomes filho: “No Brasil, o direito ao silêncio do acusado, que já era mencionado pelo art. 186 do Código de Processo Penal, embora com a sugestiva admoestação de que poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa, foi elevado à condição de garantia constitucional pelo art. 5.º, LXIII, da Carta de 1988, que determina: ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)’; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também assegura ‘a toda pessoa acusada de delito (...) o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (...)’ (art. 8.º, g). (...) De qualquer modo – e isso é o que interessa ao presente estudo – o direito a não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional” (grifos do autor).<sup>126</sup> Foi acrescentado – e quais são os grifos? Seria o itálico?

Essa rápida visão da doutrina constitucional e processual penal brasileira demonstra claramente os percalços os quais surgiriam em função de

<sup>125</sup> JESUS, Damásio de. *op. cit.*

<sup>126</sup> *id. ibid.*

eventual constrangimento imposto ao condutor para que produzisse prova contra si mesmo. Idêntica conclusão poderia extrair de eventual ilícito administrativo criado para punir a recusa a tal colaboração do condutor. Ora, se o direito a não-auto-incriminação adquiriu um status constitucional, é evidente que nenhuma outra regra, muito menos de cunho administrativo, pode servir de instrumento de persuasão para que o indivíduo viole as suas próprias convicções e, especialmente, os seus direitos fundamentais. Se assim ocorre no campo administrativo, igualmente sucederá no Direito Penal, porquanto inadmissível a configuração de crime de desobediência em razão de o condutor negar a sua colaboração para a realização dos testes de embriaguez.<sup>127</sup>Foi acrescentado

#### 4.2.2 Violação do Princípio da Ofensividade

O Direito Penal atual, fundado em bases constitucionais, é dotado de uma série de garantias. Dentre elas está a da ofensividade<sup>128</sup>, que consiste em exigir, em todo crime, uma ofensa ao bem jurídico protegido. Em razão disso, observa-se que a falta de clareza acerca da interpretação torna, ainda, mais espinhosa a tarefa do aplicador do direito, requerendo uma ponderação mais centrada em critério de justiça individual e social, capazes de traduzir os anseios não só do ofendido, como também de toda a sociedade (KAZMIERCZAK, 2011).

Começamos este tema, diferenciando a infração administrativa e a infração penal. A primeira pode ser caracterizada, quando infringe um perigo abstrato, já a segunda não.

A redação atual do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, estabelece como crime, a conduta de dirigir com concentração de álcool no sangue superior a 0.6 dg/L. Não exige para a sua configuração, que o modo de conduzir o veículo seja temerário e/ou perigoso, podendo causar algum dano à sociedade, ou seja, a atual redação deu a esse crime, a sua forma abstrata de caracterização, o que não podemos concordar.

---

<sup>127</sup> *id. ibid.*

<sup>128</sup> De acordo com o Princípio da ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação demasiado intervencionista do Estado. KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi. Enfoque sobre o conceito material do delito à luz da constituição federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luiz\\_fernando\\_kazmierczak2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luiz_fernando_kazmierczak2.pdf)> Acesso em: 02 de abril de 2011.

Dessa forma, deve o motorista não apenas estar sob consumo de substância proibida, mas também, estar dirigindo sob sua influência, provocando um perigo real e concreto aos outros motoristas e pessoas. É necessária a prova de que estas substâncias estão influenciando seu comportamento, criando uma anormalidade no modo de dirigir, de forma a colocar em risco, ao menos potencialmente, a segurança viária. Se a pessoa dirige de forma correta, sem estar colocando a vida de outros em perigo, não há que se falar em perigo abstrato.

São dois, os requisitos para a configuração do delito em questão: prova de seu estado físico-mental e esta possa ter nexos causal com a condução anormal do veículo, *ocasionando a situação de perigo*. Se esta situação não se configurar, não podemos falar em crime, sob pena de uma intervenção desnecessária do direito penal, sob bens não juridicamente relevantes.

[...] Conceber o Direito Penal como um adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa e, por outra parte, entender que sua intervenção somente **se justifica quando esse mesmo bem jurídico se converte em objeto de uma ofensa intolerável implica, sem dúvida, repudiar os sistemas penais autoritários ou totalitários**, do tipo opressivo, fundados em apriorismos ideológicos ou políticos radicais, como os que já, historicamente, vitimizam tantos inocentes.<sup>129</sup>

O professor Gomes<sup>130</sup> relata que:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade). Destarte, infere-se que a tipicidade passa a contar com um novo requisito, que é justamente o da ofensa ao bem jurídico, o resultado jurídico passa a compor a estrutura do fato típico. Já não é concebível que o juízo de tipicidade se resuma a uma constatação puramente formalista ou literal. Para além desse nível meramente subjuntivo, o fato é típico quando o bem jurídico, revelado pela norma de valoração, vem a ser concretamente afetado ou por uma lesão ou por um perigo concreto de lesão.

Neste sentido, Sarrule<sup>131</sup>:

<sup>129</sup> KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *op. cit.*

<sup>130</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. 2002, p. 89. (Série as ciências criminais no século XXI)

<sup>131</sup> SARRULE, Oscar Emílio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*. SARRULE, Oscar Emílio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*. 1998, p.98.

[...] as proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente os direitos de terceiros; como conseqüências não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.

Por outro lado, não se pode admitir a presunção<sup>132</sup> (contra o réu, que se encontrava com o teor próximo ao permitido, que este automaticamente cometeria a infração penal). Dirigir conscientemente, de forma correta, ainda que com seis decigramas ou mais de álcool, não pode ser caracterizada como infração penal. Haveria de se falar no máximo em infração administrativa. Essa não exige direção anormal, exige apenas “estar sob a influência”.

O diretor do Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais, José Arthur di Spirito Kalil<sup>133</sup>, defende essa posição, acerca do novo art. 306 do CTB.

A imediata conclusão a que se chega a partir das alterações típicas é a de que o crime em apreço deixa de ser classificado como de ‘perigo concreto’, para incluir-se no rol dos crimes de ‘perigo abstrato’. Nesta última modalidade, o perigo ao bem jurídico é presumido a partir da prática da conduta ali incriminada. Assim, à primeira vista, constatado o grau de embriaguez indicado no tipo, estaria configurado o crime. **Todavia, o princípio da Ofensividade não pode ser esquecido. Tal princípio, que limita o poder punitivo estatal, é deduzido em nível infraconstitucional nos artigos 13 e 17 do CP. (...) O princípio da Ofensividade é consentâneo com a noção de tipicidade material. Não havendo a potencialidade lesiva que se quer evitar aos bens de terceiros, não haverá tipicidade (Princípio da ofensividade). A consequência prática de tal afirmação é de suma importância, porque um fato coincidir com o modelo atual de conduta previsto no tipo do artigo 306 do CTP (tipicidade formal), sem que se complete o juízo de tipicidade. Para a ocorrência desta, será necessário algo mais: a verificação ‘in concreto’ da potencialidade lesiva da conduta praticada (tipicidade material).**

**É importante ressaltar que neste estudo não se defende a posição de inexistência dos chamados crimes de perigo abstrato em sua totalidade. Deve-se levar em consideração a possibilidade de proteção preventiva do bem protegido em abstrato, sob pena, uma excessiva intervenção estatal em**

<sup>132</sup>GOMES, Luís Flávio. *Lei Seca,ertos equívocos e impunidade*. Disponível em:< <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11495/embriaguez-ao-volante-lei-no-11-705-2008>> Acesso em: 22 de março de 2011.

<sup>133</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 608.

condutas supostamente perigosas. Como exemplo toma-se o crime de porte e arma, caracterizado como crime abstrato. Neste caso, existe um risco em potencial à coletividade, devendo, portanto, ser alvo de tutela preventiva. O mesmo não se pode dizer, do caso do art. 306 do CTB, que não, necessariamente, provocará um risco efetivo como no exemplo citado.

#### 4.2.3 Violação do Princípio da Proporcionalidade / Razoabilidade / Juízo de Ponderação

A redação da lei 11.705/2008, chamada Lei Seca, adotou a postura de “tolerância zero” relativamente à tolerância nos índices de álcool no sangue para os motoristas de trânsito.

Tal fato se reveste de desproporcionalidade e irrazoabilidade. Afirma Gomes<sup>134</sup>:

[...] Assim é que, pelo novo art. 306 do CTB e à revelia dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, se está punindo gravemente aquele que nem sempre merece tão gravosa e desnecessária repressão, punindo de idêntica forma o motorista totalmente ébrio e que dirige em zigue-zague ou dando “cavalo de pau”, e aquele outro que é sério pai de família pego em blitz de trânsito na saída do campo de futebol após três latinhas de cerveja e ainda plenamente sóbrio e sem influência de álcool na condução de seu veículo automotor [...].

Admitir a postura de “política zero” é admitir ofensa ao princípio da razoabilidade, também orientador dos atos de Estado. Não se mostra viável, por exemplo, a imposição de prisão em flagrante àquele que se encontrar com quantidade irrisória de álcool no sangue.

Nessa seara, observa a questão do “juízo de ponderação” em caso concreto. Deve-se analisar em cada caso, até onde deve ser aplicado o rigor da Lei. Larens<sup>135</sup> define:

---

<sup>134</sup> GOMES, Luis Flávio. Novo Delito de Embriaguez ao Volante. *Jornal Estado de Minas – Caderno Direito e Justiça*. Disponível em: < <http://www.ribeirodasilva.pro.br/julgadosleiseca01.html>.> Acesso em: 30 de junho de 2008.

<sup>135</sup> LARENZ, Karl. *op. cit.*. p. 575.

"Ponderar" e "sopesar" implicam apenas imagens, ou seja, não equivalem grandezas quantitativamente mensuráveis, resultando apenas valorações que não só servem ser orientadas a uma pauta geral como, de idêntica maneira, a situações concretas problematizantes. Desta forma, a ponderação de bens deve ser realizada no caso concreto mediante um problema a ser resolvido.

## 5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

### 5.1 Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade

A aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência pátria é notória. Dentre os princípios que dão suporte para o novo Direito Constitucional, ganha cada vez mais relevo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Segundo Mendes<sup>136</sup>, a primeira aparição da aplicação do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, está relacionado com o direito de propriedade. Se não vejamos, o que fora decidido no julgamento do RE n.º 18.331<sup>137</sup>, de relatório do Ministro Orozimbro Nonato:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado.

---

<sup>136</sup> MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: novas leituras. Disponível em:< [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf).> Acesso em: 15 de outubro de 2010.

<sup>137</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 18.331. Relator: Ministro Orozimbro Nonato. Julgamento 21 de setembro de 1951. **26** RF 145:163. Publicado no DJU de 8.11.1951, p. 10865. Ementário 63/1:283. EMENTA: “O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado. O imposto, ainda que imodesto, é exigível, a não ser que aniquile a atividade particular”.

No ano de 1968<sup>138</sup>, no julgamento da chamada Lei de Segurança Nacional, mais uma vez o Princípio da proporcionalidade fora aplicado de forma a impedir que o acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional, desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada. Neste caso, reconheceu que a restrição se revelará desproporcional (exorbitância dos efeitos da condenação) e era, portanto inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida em combinação com cláusula de remissão referida.

Em dezembro de 1976<sup>139</sup>, o Supremo Tribunal federal reformou decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, na qual se afirmava que a inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inegibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime. Neste julgamento, entendeu-se que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica. Porém, seria proporcional, a restrição legal ao direito do cidadão.

Em relação ao princípio da razoabilidade, vale observar, que o Supremo Tribunal Federal não estabelece distinção precisa entre os princípios em apreço. É o que se infere da ADIMC-1407/ DF, Relator Min. Celso de Mello<sup>140</sup>, *in verbis*:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDDA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. (...) VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - **O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a**

<sup>138</sup> MENDES. *op. cit.*. Um exame mais acurado da referida decisão, com a utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, há de demonstrar que, em verdade, a Corte se valeu da cláusula genérica de remissão contida no art. 7º, 150º, § 35, da Constituição de 1967, para poder aplicar, sem risco de contestação, a idéia de *proporcionalidade* da restrição como princípio constitucional.

<sup>139</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 86297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ, n. 79, p. 671.

<sup>140</sup> SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. p. 374 e 375.

garantia do substantive *due process of Law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. **A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão** normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador" (grifamos).

Neste mesmo sentido, no julgamento da Medida Cautelar na ADI n.º 855-2/PR, o Ministro Celso de Mello entendeu pela aplicação do princípio em questão. Tratava-se de lei que obrigava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor no ato da compra e venda medidas que o Tribunal considerou "onerosas e de duvidosos efeitos úteis". Conforme o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIMC-1407/DF:

A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

O princípio da proporcionalidade, não raro, é invocado para justificar medidas restritivas impostas a tais direitos, com a justificativa de que ditas medidas não seriam desproporcionais aos fins objetivados. É o caso, por exemplo, da decisão do Egrégio STF a respeito do plano de racionamento de energia elétrica, publicada no Informativo STF n.º 234<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10/10/2010. "O Tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade para suspender, com eficácia *ex tunc*, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória 2.152-2 de 1º/6/2001 — que estabelecem metas de consumo de energia elétrica, prevendo a suspensão do fornecimento em caso de descumprimento e a cobrança de tarifa especial aos consumidores que ultrapassem suas metas. À primeira vista, o Tribunal entendeu demonstrada, em face da crise de energia elétrica, **a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas, salientando que a tarifa é preço público de natureza política, permitindo, por conseguinte, a adoção de um regime especial de tarifação com vistas a desestimular o consumo de energia**, nos termos do art. 175, parágrafo único, IV, da CF ("Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:... III - política tarifária;"). ADCCMC 9-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 28.6.2001.(ADC-9)".

No julgamento do AgR n.º 200.844<sup>142</sup>, no ano de 1996, o STF entendeu que deveria existir a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade em questões tributárias.

Em 2003 o Ministro Celso Mello, na ADI-MC-QO 2551/MG, traçou os contornos do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no direito tributário, em consonância com o que aqui expusemos, em julgado que apreciava a abusividade de Taxa de Expediente de seguradoras para o DPVAT:

TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal **acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo**. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. **O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.**

## 5.2 Princípio “*Nemo tenetur se detegere*” – Não auto-incriminação

A aplicação do princípio em questão tem sido assegurada na Corte Suprema Brasileira, conforme se verifica no julgamento do HC 83.960<sup>143</sup>, de 14 de junho de 2005:

<sup>142</sup> E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. - **O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of Law*” (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes.**

<sup>143</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 83.960/RS. Sérgio Valentim Mallmamm x Superior Tribunal Justiça. Relator: Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento 14.06.2005. DJ de 16/06/05.

*HABEAS CORPUS*: COAÇÃO ATRIBUÍDA AO STJ, NA DECISÃO DE RECURSO ESPECIAL: COMPETÊNCIA DO SUPREMO RESTRITA AOS FUNDAMENTOS DO RESP. II. SENTENÇA CONDENATÓRIA: INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA ACRESCEM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL AO PACIENTE PARA AUMENTAR A PENA-BASE. Assente a jurisprudência do Tribunal em que o comportamento do réu durante o processo, na tentativa de defender-se, não se presta a agravar-lhe a pena (cf. HC 72.815, 5.9.95, Moreira Alves, DJ 6.10.95): é garantia que decorre da Constituição Federal, ao consagrar o princípio *Nemo tenetur se detegere* (CF/88, art. 5º, LXIII). III. Redução da pena-base e conseqüente reconhecimento, de ofício, da prescrição retroativa da pretensão punitiva.

No mesmo sentido,

EMENTA<sup>144</sup>: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. **IMPOSSIBILIDADE DE SE EXTRAIR QUALQUER CONCLUSÃO DESFAVORÁVEL AO SUSPEITO OU ACUSADO DE PRATICAR CRIME QUE NÃO SE SUBMETE A EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA**. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: **NEMO TENETUR SE DETEGERE**. INDICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS JURIDICAMENTE VÁLIDOS, NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTARIA EMBRIAGADO: POSSIBILIDADE. LESÕES CORPORAIS E HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE, EM TESE, CONFIGURAM CRIME. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. **1. Não se pode presumir que a embriagues de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo.**

EMENTA<sup>145</sup>: "*HABEAS CORPUS*" - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE CONCUSSÃO ATRIBUÍDOS A POLICIAIS CIVIS - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS [...] - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "*HABEAS CORPUS*" INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "**ex própria auctoritate**", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("**Nemo tenetur se detegere**"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o

<sup>144</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 93.916/PA. David Miranda de Almeida x Superior Tribunal Justiça. Relator: Carmem Lúcia. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 26 de junho de 2008. DJ de 27/06/08.

<sup>145</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 87.610/SC. Gladson de Lima Donola x Superior Tribunal Justiça. Relator: Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 06 de outubro de 2009. DJ de 06/11/09.

conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.).

No egrégio Superior Tribunal de Justiça também encontrou aplicação do mencionado princípio. No julgamento do HC 57.420<sup>146</sup>, ficou assentado o direito da testemunha em permanecer em silêncio, para não ser interpretado em seu desfavor.

**HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LICITAÇÃO. TESTEMUNHA. DIREITO CONSTITUCIONAL A NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.**

1. O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República, corolário do princípio *Nemo tenetur se detegere*, que preceitua 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", há de ser estendidas aos casos em que as testemunhas são arroladas pelo Ministério Público por função de condutas descritas na denúncia, postas em relação com os crimes imputados.

**2. As testemunhas têm o direito de permanecer em silêncio relativamente à pergunta cuja resposta importe em auto-incriminação. Precedentes.**

3. Ordem concedida.

Neste mesmo sentido, em julgamento proferido pelo TRF da quarta região. No julgamento do HC n.º 2005.04.01.023325-6<sup>147</sup>, decidiu-se contra a possibilidade da produção de prova contra si mesmo, o que caracterizaria constrangimento ilegal.

**CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO A QUO DOS PACIENTES PRODUZIREM PROVA CONTRA SI MESMO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO - NEMO TENETUR SE DETEGERE.**

1. A auto-incriminação não encontra guarida na norma penal brasileira, nem na doutrina, muito menos na jurisprudência, o que, legitima a insurgência dos Pacientes contra a determinação da prática de exercício probatório que possa reverter em eventual condenação penal.

2. Através do princípio *Nemo tenetur se detegere*, visa-se proteger qualquer pessoa indiciada ou acusada da prática de delito penal, dos excessos e abusos na persecução penal por parte do Estado, preservando-se, na seara

<sup>146</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 57.420/BA. Fabiano Almeida Rezende x Desembargador Relator da Ação Penal 355462004 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 25 de abril de 2006. Publicado no DJ de 15/05/06.

<sup>147</sup>BRASIL, Tribunal Regional Federal 4ª Reg. HC 2005.04.01.023325-6/BA. Alberto Zacharias Toron e outro x Juízo da Segunda Vara Criminal Federal de Curitiba. Des. Federal Tadaaqui Hirose. Órgão Julgador: Sétima Turma. Julgamento: 19 de abril de 2005. Publicado no DJ de 20/04/05.

dos direitos fundamentais, especialmente neste caso, a liberdade do indivíduo, evitando que o mesmo seja obrigado à compilação de prova contra si mesmo, sob pena de constrangimento ilegal, sanável por habeas corpus. Cuida-se de prerrogativa inserida constitucionalmente nos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) e do direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII).

Em *Habeas Corpus*<sup>148</sup> impetrado na Comarca do Estado de São Paulo, visando à tutela preventiva de livrar-se da obrigação de ser submetido a teste do “bafômetro”, não sofrendo tal constrangimento. O voto do Excelentíssimo relator Franklin Nogueira merece passagem:

De fato, a equiparação de negativa à submissão dos exames à infração administrativa do art. 165 do CTB (embriaguez ao volante) – e é isso que o texto legal está fazendo -, implica em presunção que o condutor estava sob o efeito do álcool. Invertem-se os valores. Ao invés de se presumir a inocência do motorista, presume-se sua culpa em decorrência do fato de se negar a submeter-se àqueles exames.

**Sem falarmos que o procedimento que vem sendo adotado, pelos agentes dos impetrados, ao argumento de cumprimento da lei, implica em violação do princípio “Nemo tenetur se detegere”, ou da não auto-incriminação, ou princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si mesmo.**

Esse princípio é decorrência de outros princípios constitucionais expressos, como o da presunção de inocência e do devido processo legal. A doutrina, de forma unânime, sustenta o acolhimento deste princípio pela Carta Constitucional de 1988. O princípio, além disso, está consagrado no Pacto de San José da Costa Rica, integrado ao nosso ordenamento constitucional.

### 5.3 Princípio da Ofensividade

A aplicação do princípio em questão tem sido assegurada no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o qual tem defendido a posição que para a realização

---

<sup>148</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. HC **801.049-5/1-00**. BA. Alberto Zacharias Toron e outro x Juízo da Segunda Vara Criminal Federal de Curitiba. Des. Federal Tadaaqui Hirose. Órgão Julgador: Sétima Turma. Julgamento: 11 de novembro de 2008. Publicado no DJ de 20/04/05 801.049-5/1-00 – TJSP. 11 de novembro de 2008.

do tipo penal, imperioso é a necessidade do resultado efetivo. Vejamos o que diz a ementa do julgamento do RESP<sup>149</sup> n.º 34.322/RS:

A infração penal não é só de conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiteradamente, negando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se esta não trazer, **pelo menos, probabilidade (não-possibilidade) de risco ao objeto jurídico** (RESP 34.322-0-RS-DJU de 2-8-93, p. 14.295).

Neste mesmo sentido,

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. NULIDADE DA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE.

Tratando-se de crime de porte de arma **de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em direito penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando à simples indicação de perigo abstrato**. 2. Com isso, uma vez anulado o exame balístico, resta atípica a conduta do porte de arma. 3. Agravo provido para o fim de desprover o recurso especial, que visava reformar o trancamento da ação penal<sup>150</sup>.

**HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE, EM SENDO IRRISÓRIO O VALOR SUBTRAÍDO. ORDEM CONCEDIDA.**

1. O Direito Penal, como na lição de Francisco de Assis Toledo, "(...) *por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas.*" (*in* Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, pág. 133). **2. Cumpre, pois, para que se possa falar em fato penalmente típico, perquirir-se, para além da tipicidade legal, se da conduta do agente resultou dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou fazer periclitare o bem na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, acolhido na vigente Constituição da República (artigo 98, inciso I).** 5. Ordem concedida.

<sup>149</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 34.322/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul x Marco Antônio Ortiz de oliveira. Relator: Luiz Vicente Cernichiarro. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 02 de agosto de 1993. Publicado no DJ de 30/08/1993.

<sup>150</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 998.993/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul x Célio Mendes de Oliveira. Relator: Paulo Gallotti. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 05 de junho de 2009. Publicado no DJ de 08/06/2009.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o tema no *decisum* RHC 81.057-SP<sup>151</sup>, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, assim ementado:

EMENTA: ARMA DE FOGO: PORTE CONSEGUE DE ARMA DE FOGO, NO ENTANTO, DESMUNICIADA E SEM QUE O AGENTE TIVESSE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS, A PRONTA DISPONIBILIDADE DE MUNIÇÃO: INTELIGÊNCIA DO ART. 10 DA L. 9437/97: ATIPICIDADE DO FATO:

1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.

**2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade à limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.**

Em recente decisão prolatada pelo Juiz de Direito Ricardo Teixeira Lemos<sup>152</sup> da 1ª Vara Criminal da Comarca de Aparecida de Goiânia, o magistrado, declarou, de ofício, a inconstitucionalidade da chamada “Lei Seca”:

(...) Não fosse só essas violações, mas deparo-me com outra evidente violação dos direitos constitucionais, isto em face do novo texto dos artigos 165, 276, 277, 291 e 306 da Lei 11.705/08, a famigerada Lei Seca. Por entender, como interprete maior e final da lei, logicamente se não houver esgotamento das instâncias recursais, que a dita lei padece de evidentes inconstitucionalidades, daí porque entendo de ofício proceder ao seu controle difuso para este caso que me é dado a apreciar.

Pois bem, filio-me à corrente da teoria do direito penal mínimo, ou seja, legislador não deve elevar à categoria de crimes aquilo que o povo pode resolver de outra forma, é a aplicação do princípio da adequação social, ou seja, elevar à categoria de crime, com severas punições o uso de bebidas alcoólicas, dentre elas, é claro, a cerveja, é o mesmo que incriminar quem gosta de futebol.

**Registre-se, por oportuno não sou contra a punição de quem dirige embriagado e causa acidentes, mas sou contra a punição de quem bebeu sim, socialmente, algumas cervejas com amigos e sofre as punições agora apontadas na Lei 11.705/08. Pois, basta hoje ingerir um copo e se dirigir sofrerá os rigores da Lei Seca.**

<sup>151</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 81057/SP. Lourival Dantas Roteas x Ministério Público Federal. Relatora: Ellen Gracie. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 25 de maio de 2004. Publicado no DJ de 04/06/2004.

<sup>152</sup> BRASIL, 1ª Vara Criminal da Comarca de Aparecida de Goiânia. Ação n.º 200803829811. Genivaldo de Almeida x Ministério Público Federal. Julgador: Ricardo Teixeira Lemos. Julgamento: 02 de setembro de 2008. Publicado no DJ de 04 de setembro de 2008.

Em sede de *Habeas Corpus*<sup>153</sup> proferido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Excelentíssimo Senhor Desembargador de Direito Gilmar Augusto Teixeira, entendeu por bem, conceder a ordem e conseqüentemente trancar ação penal, que se discutia a matéria em questão, com base nos seguintes fundamentos:

[...] Admitir-se que o simples fato do condutor estar com concentração de álcool proibida no sangue que isto venha a ser prova de perigo concreto, ou seja, de uma **presunção absoluta de condução anormal do veículo, é atentar contra o princípio constitucional da ofensividade**. O direito administrativo, que admite o perigo abstrato, não pode ser confundido com o direito penal, já agora com este constitucionalizado, onde, por força do inciso I, do art. 98, da Constituição Federal, se exige, em qualquer infração penal, a existência de uma ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado. Assim entendido, há necessidade, para que haja a infração penal, que o agente esteja conduzindo o veículo “sob a influência” do álcool ou de qualquer outra substância que determine dependência [...].

---

<sup>153</sup> BRASIL, 8ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro. HC 2009.059. 081.15. Impetrante: Ana Cláudia Malvada Marinho X Juízo de Direito da 41ª vara criminal da comarca da capital. Julgador: Gilmar Augusto Teixeira. Julgamento: 18 de novembro de 2009. Publicado no DJ de 20 de novembro de 2009.

## CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo, demonstrar a aplicação dos Princípios da proporcionalidade e razoabilidade na delimitação realizada pelo legislador, no momento da práxis legislativa, dos chamados direitos fundamentais. Embasado na fundamentação anteriormente exposta, chega-se à conclusão que o legislador há de se ater imperiosamente a estes princípios, sob pena de vício de inconstitucionalidade do projeto de Lei a ser promulgado.

Também sabe-se e conforme demonstrado, que os direitos fundamentais não são ilimitados. Estes direitos serão alvo de limitação quando forem confrontados com outros direitos fundamentais impostos pela Constituição. São os chamados conflitos de direitos fundamentais.

Dessa forma, quando tais direitos de encontrarem em rota de colisão, deverá o legislador utilizar-se da razoabilidade e ou da proporcionalidade para coordenar os bens jurídicos envolvidos em conflito, sempre preservando a busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades essenciais. Não podemos eliminar a aplicação nem de um, nem de outro Princípio, pois os mesmos podem ser aplicados simultaneamente.

A promulgação da Lei 11.705 de 2008, nesse aspecto, apesar de louvada de grande aplicação social, em um contexto de dezenas de milhares de mortes ocasionadas pela combinação álcool e volante, mostra-se em desconformidade com os princípios acima mencionados.

Nesse contexto, mereceu ampla análise a questão da intervenção estatal na vida dos indivíduos, especificadamente na atividade paternalista, a qual se mostra maléfica para a sociedade, no sentido de subestimar a liberdade individual e a autodeterminação das pessoas.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que o comportamento paternalista do Estado deve ser um paternalismo penal moderado, com vedações aos excessos legislativos. O cidadão é capaz de saber se um, ou dois copos de cerveja podem causar mal a si próprio ou ao próximo. Não é viável, uma criminalização de determinada conduta, visando à interferência na vida das pessoas.

Ainda, quanto aos excessos da lei ora em comento, manifestamente se observa o não atendimento dos princípios em questão. Concordo que existe a necessidade de punição para os motoristas que dirigem embriagados, mas daí a punir, também com a mesma severidade, quem dirige após ingerir um mero anticéptico bucal, ou um copo de vinho, exemplificativamente, vai uma larga distância.

Quando se pune a embriaguez ao volante está se protegendo a segurança viária e conseqüentemente a vida das pessoas. Porém, esta exposição, este perigo, há de ser real, pois crime em potencial, não haverá. É fundamental no direito penal que a existência de crime promova um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido. O legislador penal não pode incriminar condutas inofensivas, àquelas que não geram grave lesão ao bem jurídico protegido, sob premente ofensa ao Princípio da ofensividade.

No mesmo limiar, não há que se falar em Ação Criminal ou Processo Criminal quando o motorista se recusa a realizar o teste do bafômetro. Tal garantia, é inerente a sua condição de cidadão e é garantida pela nossa constituição. A simples recusa não pode gerar presunção de que o mesmo se encontra em níveis inacessíveis para dirigir, ou que o indivíduo está cometendo crimes.

Conclui-se, portanto, que a Lei Seca tem sua motivação e sua justificativa é válida, tendo em vista tantos benefícios, como combate às mortes no trânsito, como sua principal bandeira. Por outro lado, entendemos que a diminuição deste quadro, seria mais efetiva com a promulgação de campanhas de educação ao povo, sobre os riscos da combinação álcool e direção.

O Estado precisa desenvolver políticas de educação no trânsito e não simplesmente legislar de forma arbitrária e irracional. Os números apresentam dados que as mortes não reduziram de modo significativo com a promulgação da Lei, mas sim, pela efetiva e ostensiva vigilância através das blitz de trânsito.

A Lei Seca deve ser aplicada de forma que as autoridades devam estar preparadas para realizá-las, devendo respeitar o cidadão nos seus direitos fundamentais. O legislador no momento da técnica legislativa há de estar atento para os princípios norteadores constitucionais, sob pena de infringir direitos constitucionalmente consagrados.

## REFERÊNCIAS

ALCOOHOL EDUCATION. Disponível em: <<http://www.lcb.state.pa.us/edu/cwp/view.asp?a=1346&Q=555019#CHEM>> Acesso em: 27 de dezembro de 2010.

ALEMANY, Garcia Macario. *El paternalismo jurídico*. Madri: Iustel. 2006.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, cit. p.112. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livro Do Advogado, 2007, p. 132. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

ALEXY, Robert. *Theorie de Grundrechte*, cit. p. 174. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

ARAÚJO, Eugênio Rosa. *Uma introdução aos Direitos Fundamentais*. Disponível em: [http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/view/17/90](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/17/90). Em 13 de março de 2010.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. In: *Curso de direito constitucional*. TAVARES, André Ramos. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Op. Cit. GSCHWENDTNER, Loacir. *Direitos Fundamentais. Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Em: 03 jun. de 2010.

BLOCK, Walter. *Alienability, inalienability, paternalism and the law*: reply to Kronman. American journal of criminal law, v. 28, n. 3, 2001.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=2732>. Em 10 de junho de 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 2002.

BRASIL, *Constituição de 1988*. Disponível em: < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) > Acesso em: 03 de abril de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 86297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ, n. 79, p. 671.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. HC **801.049-5/1-00**. BA. Alberto Zacharias Toron e outro x Juízo da Segunda Vara Criminal Federal de Curitiba. Des. Federal Tadaaqui Hirose. Órgão Julgador: Sétima Turma. Julgamento: 11 de novembro de 2008. Publicado no DJ de 20/04/05 801.049-5/1-00 – TJSP. 11 de novembro de 2008

BRASIL. Lei 11.705/2008, de 19 junho 2008. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm) > Acesso em: 03 agosto de 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Primeiras impressões sobre as inovações do Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Em 15 de julho de 2010.

CAMERER, Colin. *Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for "asymmetric paternalism": preferences and rational choice: new perspectives and legal implications*. *University of Pennsylvania law review*, v. 151, n. 3, 2003.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: A ponderação dos direitos fundamentais. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/02.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf)> Acesso em: 25 de março de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina; 1999.

\_\_\_\_\_. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional cit. p.643 e s.; PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte: Staatsrecht II, cit, p. 72 e s. em *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. Mendes, Gilmar Ferreira, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional cit. p.643 e s.; PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte: Staatsrecht II, cit, p. 72 e s. em *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. Mendes, Gilmar Ferreira, 2006.

MARTÍNÉS-PUJAKTE, "Los derechos humanos como derechos inalienables". Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas. *Alguns apontamentos sobre direitos humanos*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>). Em 10 de junho de 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

DANTAS, San Tiago. *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DETRAN. Disponível em: <<http://www.detran.pr.gov.br>> Acesso em: 08 de outubro de 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/27886454/Issn-2175-5280>. *Revista liberdades*. Acesso em: 01 de abril de 2011.

DWORKIN, Gerald. - "Paternalism", en Wasserstrom, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, ed. Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971. Macario Alemany García. El concepto y la justificación Del Paternalismo. Universidad de Alicante. 2005.

\_\_\_\_\_. Paternalism in *Philosophy of Law*. Belmont: Wadsworth. 1986.  
FARNSWORTH, Allan. *Promises and paternalism*. *William and Mary law review*. v. 41, n. 2, 2000.

FEINBERG, Joel y Jules Coleman: *Philosophy of Law*. Ed. Wadsworth, Belmont, 2000. *op. cit.* ALEMANY, García Macario. *El concepto y la justificación Del Paternalismo*. Universidad de Alicante. 2005.

FLORIANO, Eduardo de Souza. *A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool, sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela Autoridade Policial?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37715>> Acesso em: 27 de dezembro de 2010.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GARZÓN, Valdéz Ernesto. *És éticamente justificable el paternalismo jurídico?* In: *El concepto y la justificación Del Paternalismo*. Universidad de Alicante. 2005, p. 280.

GOMES, Luis Flávio. *Novo Delito de Embriaguez ao Volante*. Jornal Estado de Minas – Caderno Direito e Justiça. Disponível em: <<http://www.ribeirodasilva.pro.br/julgadosleiseca01.html>> Acesso em: 30 de junho de 2008.

\_\_\_\_\_. *Lei seca Naufragou*. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/campanha-educativa-contra-a-violencia-no-transito/lei-seca-naufragou-mortes-aumentaram>. Em 03 de abril de 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei seca: exageros, equívocos e abusos*. Disponível em: [www.http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080711180517851](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080711180517851) Acesso em: 01 de abril de 2011.

\_\_\_\_\_. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Fadusp, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUERRA FILHO. In: *Curso de direito constitucional*. TAVARES, André Ramos. 2002.

HESSE, Bedeutung der Grundrechte, In BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HANDBUCH des Verfassungsrechts. Berlin, 1995, v. 1, p. 127 (134). In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidad*, 2006.

HESSE, Konhad. “Significado de los Derechos Fundamentales”. Manual de Derecho Constitucional. Madri, Marcial Pons, 1996, p. 84-85. In: *Hermenêutica Constitucional*

e *Direitos fundamentais*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 2002.

HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

HOUSSAIS, 2001.

INOVABRASIL. Disponível em: <<http://inovabrasil.blogspot.com/2007/09/lcool-e-direo-35000-mortos-anualmente.html>> Acesso em: 01 de abril de 2011.

IZQUIERDO, Débora Friedrich. *O Paternalismo no Sistema Jurídico-Penal Contemporâneo*. Disponível em: [http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaolC/Ciencias\\_Sociais\\_Aplicadas/Direito/70335-DEBORA\\_FRIEDRICH\\_IZQUIERDO.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaolC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/70335-DEBORA_FRIEDRICH_IZQUIERDO.pdf). Em 01 de abril de 2011.

JESUS, Damásio E. de. *Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 344, 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5338>>. Em: 11 de outubro de 2008.

JÚNIOR: Edison Miguel da Silva; SILVA, Mozart Brum. *Obrigatoriedade do bafômetro no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1749> Acesso em: 27 de dezembro de 2010.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi. Enfoque sobre o conceito material do delito à luz da constituição federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luiz\\_fernando\\_kazmierczak2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luiz_fernando_kazmierczak2.pdf)> Acesso em: 02 de abril de 2011.

KRONMAN, Anthony T. *Paternalism and the law of contracts*. The Yale law journal, v. 92, n. 5, 1983.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamago. 3. ed. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Esquematizado*. 2008, 12ª edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Saraiva, 2008.

MARANGOM, Augusto César. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5208](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5208)> Acesso em 01 de abril de 2011.

MARITAIN, Jacques. *Los derechos Del hombre*. Madrid: Biblioteca Palabra, 2001.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo na Lei de Drogas*. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=15](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=15). Em 27 de março de 2011.

MEDEIROS, Juliana Helena Almeida. *A proporcionalidade das penas. As incongruências existentes no ordenamento jurídico-penal pátrio e a atuação do Poder Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2595, 9 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17146>>. Acesso em: 7 de abr. de 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. - São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direita Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 2008.

MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: novas leituras.* Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf). Acesso em 15 de outubro de 2010.

MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869. Disponível em: <<http://www.bartleby.com/130>>. Acesso em: 14 de setembro. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

PLANALTO. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 de outubro de 2010.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press. In: *“Estudos sobre direitos Fundamentais”*. Canotilho, José Joaquim Gomes. Coimbra Editora, 2004.

SABELLI, Cid. *Quando o cidadão vai entender?* Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/35778>. Em 11 de outubro de 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolfo Barreto. *A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico*. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho\\_barreto\\_sampaio\\_junior.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho_barreto_sampaio_junior.pdf). Em 01 de abril de 2011.

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Destaca dois precedentes (RE 192.568-PI e RE 211043-SP) nos quais o STF faz uso do princípio da razoabilidade como sinônimo do princípio da proporcionalidade. São Paulo: Lumen Júris, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Proporcionalidade. Notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. ANO XXXV – 109. *Ajuris*. Porto Alegre: *Ajuris*, v.35, n.109, mar. 2008. Associação de juízes do Rio Grande do Sul.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 2009.

SARRULE, Oscar Emílio. *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

SCHNEIDER, Zur. *Verhältnismässigkeitskontrolle*. In: STARK, undesverfassungsgericht, cit., v.2, p. 390 e s.; CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 487 em Gilmar Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 47.

SILVA, Flávia Martins André da. *Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Em 10 de junho de 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 2006.

SIQUEIRA, Roberto de Carlos. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Forense, 1989.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNFELD, S. Guilherme. *Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade em questões de matéria ambiental*. Disponível em: <http://desenvolvimentoambiental.blogspot.com/2008/08/principio-da-proporcionalidade-ou.html>. Em 27 de março de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 10/10/2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 10. ed. - São Paulo: Malheiros, 1995.

## **Jurisprudência**

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 83.960/RS. Sérgio Valentim Mallmamm x Superior Tribunal Justiça. Relator: Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento 14.06.2005. DJ de 16/06/05.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 93.916/PA. David Miranda de Almeida x Superior Tribunal Justiça. Relator: Carmem Lúcia. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 26 de junho de 2008. DJ de 27/06/08.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 87.610/SC. Gladson de Lima Donolax Superior Tribunal Justiça. Relator: Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 06 de outubro de 2009. DJ de 06/11/09.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP 998.993/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul x Célio Mendes de Oliveira. Relator: Paulo Gallotti. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 05 de junho de 2009. Publicado no DJ de 08/06/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 57.420/BA. Fabiano Almeida Rezende x Desembargador Relator da Ação Penal 355462004 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 25 de abril de 2006. Publicado no DJ de 15/05/06.

BRASIL, Tribunal Regional Federal 4ª Reg. HC 2005.04.01.023325-6 /BA. Alberto Zacharias Toron e outro x Juízo da Segunda Vara Criminal Federal de Curitiba. Des. Federal Tadaaqui Hirose. Órgão Julgador: Sétima Turma. Julgamento: 19 de abril de 2005. Publicado no DJ de 20/04/05.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 34.322/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul x Marco Antônio Ortiz de oliveira. Relator: Luiz Vicente Cernichiarro. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 02 de agosto de 1993. Publicado no DJ de 30/08/1993.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 81057/SP. Lourival Dantas Roteas x Ministério Público Federal. Relatora: Ellen Gracie. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento: 25 de maio de 2004. Publicado no DJ de 04/06/2004.

BRASIL, 1ª Vara Criminal da Comarca de Aparecida de Goiânia. Ação n.o 200803829811. Genivaldo de Almeida x Ministério Público Federal. Julgador: Ricardo Teixeira Lemos. Julgamento: 02 de setembro de 2008. Publicado no DJ de 04 de setembro de 2008.

BRASIL, 8ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro. HC 2009.059. 081.15. Impetrante: Ana Cláudia Malvada Marinho X Juízo de Direito da 41ª vara criminal da comarca da capital. Julgador: Gilmar Augusto Teixeira. Julgamento: 18 de novembro de 2009. Publicado no DJ de 20 de novembro de 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 83.096. Jaime Barbosa Caccavo X Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ellen Gracie. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julgamento 18.11.2003. DJ de 12/12/03.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 71.373-4. José Antônio Gomes Pinheiro Machado X Tribunal de Justiça do RS. Relator: Francisco Rezek. Órgão Julgador: Pleno. Julgamento 10.11.1994. DJ de 18/11/94.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 117.230/RS. Ronaldo da Costa x Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Laurita Vaz. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 23 de novembro de 2010. Publicado no DJ de 13/12/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 200.844 – AgR. Comercial de Pneus Godói X União Federal. Relator: Celso De Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento 08.02.2001. DJ de 16/08/02.