

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS DE NATAL
CURSO DE DIREITO**

LUIZ CARLOS DE OLIVEIRA

**LEI Nº 12.760/2012: OS CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NOS NOVOS MEIOS DE PROVA ADMITIDOS NA
EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA.**

NOVA CRUZ-RN

2015

LUIZ CARLOS DE OLIVEIRA

**LEI N° 12.760/2012: OS CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS
NOVOS MEIOS DE PROVA ADMITIDOS NA EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA.**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito do Núcleo de Nova Cruz da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Glauber de Lucena Cordeiro

NOVA CRUZ-RN

2015

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Oliveira, Luiz Carlos de
Lei nº 12.760/2012: os conflitos entre os direitos fundamentais nos novos
meios
de prova admitidos na embriaguez alcoólica. / Luiz Carlos de Oliveira. – Nova
Cruz,
RN, 2015.

A)

108 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Glauber de Lucena Cordeiro

Monografia (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito. Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte.

1. Direitos fundamentais. 2. Colisão de direitos fundamentais. 3. Embriaguez
Alcoólica. I. Cordeiro, Glauber de Lucena. II. Universidade do Estado do Rio
Grande do Norte. III. Título.

LUIZ CARLOS DE OLIVEIRA

**LEI Nº 12.760/2012: OS CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS
NOVOS MEIOS DE PROVA ADMITIDOS NA EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA.**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito do Núcleo de Nova Cruz da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Glauber de Lucena Cordeiro

Apresentado oralmente e aprovado no dia 05 de fevereiro de 2015.

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO:

Prof. Ms Glauber de Lucena Cordeiro
Orientador

Prof. Ms Lídio Sânzio Gurgel Martiniano
Examinador(a)

Prof. André Luiz Barros de Lira
Examinador(a)

Aos meus pais, por sempre se esforçar em poder oferecer as melhores condições para a nossa educação.

À minha esposa, pela compreensão, apoio e incentivo à conclusão deste Curso.

Aos meus filhos, dádivas e herança de Jeová Deus.

A Jeová Deus, criador dos céus, e da terra, e de todos os seus exércitos.

À família, ambiente de amor e refúgio para os sábios.

Ao professor Ms Glauber de Lucena Cordeiro, pela paciência e sábias orientações.

As professoras Aurélia Carla e Patricia Moreira, pelos esforços dispensados no transcorrer do Curso e, principalmente, na disciplina ora concluída.

Aos demais professores da UERN (Núcleo Nova Cruz), pelos saberes nos repassado.

Ao colega Jose Roberto da Silva, tanto pelo apoio no decorrer do Curso como no auxílio nas correções bibliográficas.

A colega Vilma Helayne, tanto pelo incentivo no decorrer do Curso como pelo auxílio na correção ortográfica.

Aos demais colegas de turmas, pelo companheirismo e solidariedade nos momentos mais difíceis.

A todos aqueles que, diretamente ou indiretamente, motivaram ou colaboraram para a conclusão do Curso e deste trabalho.

E prossegui, mandando aos vossos juizes naquele tempo específico, dizendo: 'Quando houver uma audiência entre os vossos irmãos, tendes de julgar com justiça entre o homem e seu irmão ou seu residente forasteiro. 17 Não deveis ser parciais no julgamento. Deveis ouvir o pequeno do mesmo modo como o grande. Não deveis ficar amedrontados por causa dum homem, pois o julgamento pertence a Deus; e o caso que for difícil demais para vós deveis apresentar a mim, e eu terei de ouvi-lo'. 18 E passei a ordenar-vos naquele tempo específico todas as coisas que deveis fazer. (Deuteronômio 1:16-18)

LISTA DE SIGLAS

ABRAMET – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DO TRÁFEGO
ABRASEL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESTAURANTES E EMPRESAS DE ENTRETENIMENTO
ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
AGU – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CNH – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO
CONTRAN – CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO
CTB – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
DENATRAN – DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO
DG/L – DECIGRAMA POR LITRO
DUDH – DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS
HC – HABEAS CORPUS
ITB – INSTITUTO TRÂNSITO BRASIL
MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
MS – MINISTÉRIO DA SAÚDE
OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE
ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
OPS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE
PARADA – PACTO NACIONAL PELA REDUÇÃO DE ACIDENTES
PM – POLÍCIA MILITAR
POT – POLICIAMENTO OSTENSIVO DE TRÂNSITO
PR – PARANÁ
PRF – POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL
RESP – RECURSO ESPECIAL
RHC – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
RS – RIO GRANDE DO SUL
SP – SÃO PAULO
STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TAS – TAXA DE ÁLCOOL NO SANGUE

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA

RESUMO

A temática da embriaguez alcóolica associada à incidência de crimes de trânsito com resultado morte tem se tornado motivo frequente de discussão nas mais diversas áreas do conhecimento, haja vista organismos internacionais como a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização das Nações Unidas (ONU), afirmarem que esse tipo de ocorrência tem gerado grandes impactos na saúde e, por conseguinte, na segurança viária e no orçamento financeiro dos países afetados. Em vista disso, a legislação brasileira (CTB) foi novamente alterada através da Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012 (Nova Lei Seca) a qual, além de aumentar a taxação de valores nas multas administrativas para o crime de embriaguez ao volante delegou, também, poderes ao agente de fiscalização da autoridade de trânsito para se utilizar de quaisquer meios legais e disponíveis, a exemplo do vídeo e de testemunhas, para constatar a embriaguez alcóolica de condutores de veículos, causando uma série de questionamentos a respeito da colisão entre os interesses estatais em detrimento dos direitos individuais (direitos fundamentais) de não produzir prova contra si. Assim, a presente pesquisa sintetiza um estudo sobre os conflitos entre os direitos fundamentais decorrentes das diversas interpretações apresentadas perante a “Nova Lei Seca”, no intuito de compreender a jurisprudência predominante a esse respeito. Nesse sentido, observou-se que a admissão desses novos meios de prova tem motivado a impetração de diversas medidas jurídicas junto às Instâncias, ora sendo alegado constrangimento ilegal, por o paciente entender que não é obrigado a produzir provas contra si mesmo; o princípio da irretroatividade da lei, em virtude da lei anterior (Lei nº 11.705/2008) se mostrar ser mais benéfica ao paciente, a exemplo de decisões afirmadas pela 2ª Câmara Criminal dos Tribunais do PR, SP e RS, entendimento esse que foi superado quando da confirmação da admissão dos novos meios de prova pelo STJ, conforme o julgamento do RHC: 51528 PE 2014/0232454-9; a interpretação pela fusão dos dois tipos penais, de modo a exigir para a condenação do acusado tanto a prova do excesso de alcoolemia como também a alteração da capacidade psicomotora, pleito atendido na Apelação Crime Nº 70057966780, Terceira Câmara Criminal, do TJRS; decisões em que o julgador exige como prova de validade e eficácia do exame realizado pelo etilômetro os laudos de calibragem inicial e laudo de verificação anual do equipamento. No entanto, cabe salientar que a lei possui uma base teórico-científica sólida, sendo necessária para preservar o interesse público em conservar a paz e a ordem social, através de uma maior “segurança viária”, sendo proporcional, razoável e adequada para salvar vidas no trânsito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Colisão de direitos fundamentais. Embriaguez Alcoólica.

ABSTRACT

The theme of alcoholic intoxication associated with the incidence of traffic crimes with death result has become frequent subject of debate in several areas of knowledge, given international bodies like the World Health Organization (WHO) and the United Nations (UN), stating that this kind of event has generated great impact on health and therefore on road safety and the financial budget of the affected countries. In view of this, the Brazilian legislation (CTB) was further amended by Law No. 12,760, of December 20, 2012 (New Prohibition) which, in addition to increasing the tax values in administrative fines for the crime of drunk driving delegated also powers the supervisory agent of the transit authority to use any legal and available means, such as the video and witnesses to verify the alcoholic drink-drivers of vehicles, causing a series of questions about the collision between state interests at the expense of individual rights (fundamental rights) not to produce evidence against them. Thus, this research summarizes a study on conflicts between fundamental rights arising from different interpretations presented to the "New Prohibition" in order to understand the prevailing case law in this regard. In this sense, it was observed that the acceptance of that new evidence has motivated the filing of several legal arrangements with the appropriate instances, now being alleged illegal constraint, for the patient understand that it is not required to produce evidence against himself; the principle of non-retroactivity of the law, because the previous law (Law 11,705 / 2008) turn out to be more beneficial to the patient, such decisions affirmed by the 2nd Criminal Chamber of the Courts PR, SP and RS, understanding that this was overcome upon confirmation of the admission of new evidence by the Supreme Court means, as the judgment of the RHC: 51528 PE 2014 / 0232454-9; the interpretation by the merger of the two criminal types, to require for conviction of the accused both evidence of excess alcohol as well as the change in psychomotor ability, election met in Appeal No. 70057966780 Crime, Third Criminal Chamber of TJRS; decisions in which the judge requires as proof of validity and effectiveness of the examination by the breathalyzer initial calibration reports and annual audit report of the equipment. However, it should be noted that the law has a solid theoretical and scientific basis, is necessary to preserve the public interest in maintaining peace and social order, through increased "road safety", being proportional, reasonable and adequate to save lives in traffic.

Palavras-chave: Fundamental rights. Fundamental rights of a collision. Alcohol intoxication.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À VIDA E À LIBERDADE FRENTE À PROBLEMÁTICA DA NOVA LEI SECA	12
2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	17
2.3 CLASSIFICAÇÃO	26
2.3.1 O DIREITO À VIDA	31
2.3.2 O DIREITO À LIBERDADE	34
3 A LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO E A FISCALIZAÇÃO DOS CONDUTORES EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ ALCÓOLICA	41
3.1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO BRASILEIRA	41
3.2 O CTB E SUAS DISPOSIÇÕES ACERCA DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE	45
3.3 AS FORMAS DE FISCALIZAÇÃO ESTATAL	49
4 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA LEI SECA	53
4.1 O LIMITE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	63
4.2 A TEORIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	66
4.3 A LEI SECA	69
4.4 OS MEIOS DE PROVA NA APLICAÇÃO DA LEI E O CONFLITO COM OS DIREITOS INDIVIDUAIS DO CIDADÃO EM NÃO FAZER PROVA CONTRA SI	79
5 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	102

1 INTRODUÇÃO

A temática da embriaguez alcóolica associada à condução de veículos automotores e a incidência de crimes de trânsito tem se tornado motivo frequente de discussão nas mídias, nas escolas, universidades e órgãos legislativos, quando consideradas as estatísticas que registram que grande parte do número de mortes por acidentes de trânsito pode está relacionada com motoristas que dirigem embriagado, sendo motivo de preocupação mundial expressado por organismos internacionais como a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização das Nações Unidas (ONU). Segundo dados da OMS, só no ano de 2009 foram registrados em 178 países mais de 1,3 milhão de mortes por acidentes de trânsito, podendo esse número chegar a 1,9 milhão de casos até 2020, caso nenhuma ação preventiva seja efetivada pelas autoridades governamentais e não-governamentais.

O Brasil, de acordo com as estatísticas da OMS, se encontra entre um dos cinco países mais violentos em acidentes de trânsito com vítimas fatais, precedido apenas pela Índia, China, Estados Unidos e Rússia. Somente no ano de 2008, dados do Ministério da Saúde e do Ministério das Cidades registraram a ocorrência de aproximadamente 39 mil óbitos e 619 mil vítimas não fatais no Brasil, estando muitas destas últimas com sequelas irreversíveis em decorrência desses acidentes.

Diante dessa conjuntura nacional o Ministério da Saúde considera que o álcool é uma das drogas que mais dão causa aos acidentes de trânsito. Geralmente, os condutores envolvidos em acidentes de veículos apresentam algum estado de embriaguez alcóolica, causando consequências mais graves que vão desde as simples lesões até a morte, onerando vários setores do serviço público, principalmente o da saúde.

Nesse interim o assunto “segurança no trânsito” ou “segurança viária” deixa de ser um problema de caráter meramente administrativo, tendo reflexos nas áreas da saúde, da educação, da segurança pública e, principalmente, no campo das ciências jurídicas.

A criação da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, atual Código de Trânsito Brasileiro (CTB), alterado pela Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006; Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008 (Lei Seca) e a Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012 (Nova Lei Seca), trouxe as primeiras polêmicas sobre o tema da embriaguez alcóolica ao volante, especialmente as introduzidas pela Lei nº 11.705/2008, que impôs sérias restrições à venda de bebidas alcóolicas por estabelecimentos comerciais situados na faixa de domínio das rodovias federais ou terrenos contíguos à faixa desse domínio, com acesso direto à rodovia, no intuito

de inibir a compra por parte de condutores de veículos automotores e instituiu a “tolerância zero” para as infrações do art. 165, CTB.

Desde então, os condutores flagrados nas fiscalizações de trânsito começaram a demandar nos Tribunais reivindicando que direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, inclusive ratificados em Tratados e Convenções internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 - Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), restariam desrespeitados em virtude dos novos meios de provas para constatar a embriaguez alcoólica ao volante a que eram submetidos pela nova lei.

O fato da “Lei Seca” obrigar os condutores a “soprar” o bafômetro, realizar um exame ou submeter-se outras provas constatadas pelo Agente da Autoridade de Trânsito se revelou para aqueles prejudicados a violação de princípios constitucionais como a presunção de inocência, o direito da não autoincriminação “*nemo tenetur se detegere*”, a proporcionalidade, a razoabilidade e a equidade, sendo razão, inclusive, para uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº4103 impetrada pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), a qual ainda aguarda julgamento.

Por fim, a mais recente alteração introduzida no CTB pela Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012 (Nova Lei Seca), que impôs a taxaço de altos valores nas multas para o crime da embriaguez alcoólica ao volante e poder ao Agente da Autoridade de Trânsito de se utilizar de quaisquer meios de provas legais disponíveis, tais como vídeo e testemunhos, continua alimentando a questão da afronta aos direitos fundamentais do cidadão.

Se por um lado o Estado busca assegurar o bem comum, qual seja a “segurança viária”, visto que tais medidas dizem respeito à própria garantia do direito à vida, à saúde e à segurança de todos os usuários do trânsito, assegurando que a “Nova Lei Seca” se faz necessária para reduzir os altos índices de mortes por acidentes no trânsito, noutra face aqueles flagrados nas fiscalizações de trânsito dirigindo em desacordo com a norma questionam os novos meios de provas admitidas pela lei, por acreditarem que a norma entra em conflito com os direitos fundamentais de liberdade individual, notadamente o direito de não produzir provas contra a si mesmo.

Nesse diapasão, a presente pesquisa sintetiza um estudo sobre os conflitos entre os direitos fundamentais decorrentes das diversas interpretações apresentadas perante a “Nova Lei Seca”, no intuito de compreender a jurisprudência predominante a esse respeito.

O estudo se justifica não só pela atualidade do tema, mas também pela notoriedade do assunto que tem invadido a seara não só dos Tribunais, mas se erguido às instâncias superiores do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Essas e outras questões pertinentes que necessitam de maior aprofundamento jurídico com respeito às alterações trazidas pela Lei nº 12.760/2012 “Nova Lei Seca”, que ampliou os meios de provas admitidas para a comprovação da embriaguez ao volante, são assuntos que a pesquisa visa investigar com a perspectiva de fomentar um entendimento jurídico-constitucional do tema.

No intuito de atingir o objetivo buscou-se na pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial a base para a fundamentação legal do conteúdo. Através da pesquisa exploratória histórica, legal e doutrinária foi possível se estabelecer os subsídios e saberes necessários para um conhecimento jurídico-constitucional mais aprofundado a respeito do tema.

Para tanto, a monografia está dividida em quatro Capítulos, incluindo este introito.

No Capítulo dois intitulado “Direitos Fundamentais: o direito à vida e à liberdade frente à problemática da nova lei seca” é abordada uma conceituação histórica, evolutiva e classificatória dos direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados ao conflito com a nova lei, quais sejam: a vida e a liberdade.

O Capítulo três “Aplicação da nova lei seca na fiscalização aos condutores em estado de embriaguez alcoólica” faz referência à evolução da legislação de trânsito brasileira, às disposições sobre a embriaguez no CTB e as formas de fiscalização estatal.

Já o Capítulo quatro “A colisão entre os direitos fundamentais e a nova lei seca” aborda o tema específico da pesquisa, discorrendo sobre a questão dos limites dos direitos fundamentais, notadamente na aplicação do princípio da proporcionalidade na solução dos conflitos, um breve histórico da lei seca e os conflitos surgidos com os novos meios de prova perante os direitos individuais do cidadão em não produzir provas contra si.

E, por fim, o Capítulo cinco faz uma síntese a respeito dos conflitos surgidos entre os direitos fundamentais e aplicação dos novos meios de prova da “Nova Lei Seca”.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À VIDA E À LIBERDADE FRENTE À PROBLEMÁTICA DA NOVA LEI SECA

Para melhor compreender os direitos fundamentais, se faz necessário conhecer a sua concepção no decorrer da história da humanidade. Esse entendimento, maioria das vezes, se confunde com a própria evolução histórica da humanidade, cercada de lutas e conquistas sangrentas para assegurar à pessoa humana a dignidade, as liberdades e as garantias contra o papel opressor estatal.

Como bem assevera Moraes (2013, p. 1) eles surgem da necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, buscando o princípio da igualdade e da legalidade.

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Várias denominações são utilizadas para expressar a terminologia “direitos fundamentais”: direitos humanos, liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos individuais, direitos fundamentais, entre outras.

Entretanto, embora não haja consenso doutrinário, a nomenclatura que tem se tornado mais aceita e adequada para a maioria é a de direitos fundamentais, posição adotada pelos doutrinadores Dirley da Cunha Júnior, Alexandre de Moraes, Paulo Bonavides, dentre outros.

Nesse sentido, passemos então a discorrer sobre algumas dessas terminologias no intuito de uma melhor compreensão do significado do termo, conhecimento esse que proporciona o embasamento para alguns doutrinadores expressarem sua preferência por esse ou aquele termo.

Inicialmente, encontramos a expressão “direitos do homem” ou “direitos humanos”, que seriam os direitos inerentes à própria natureza humana (teoria jusnaturalista), por isso teriam um caráter universal e inviolável. Nesse conteúdo estão incluídos os direitos de toda a raça humana, independente da distinção de sexo, religião, cor, nacionalidade, dentre outros.

Os direitos humanos incluem o direito à liberdade e à vida, ao trabalho digno e à educação, à liberdade de opinião e expressão, etc. Por fim, compreende todos aqueles direitos que denotam o respeito à dignidade da pessoa humana, restando assegurados nos mais

diversos tratados e documentos, tendo grande contribuição para a sua internacionalização o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948.

A expressão “liberdades públicas” surgiu primeiramente na Constituição francesa e tinha por escopo designar um conjunto de direitos em defesa do homem contra o Estado. No entanto, a denominação liberdades públicas é termo limitado, pois nela não estão compreendidos os direitos sociais e econômicos, o que a torna inexpressiva perante a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Cunha Júnior (2014, p. 445) retrata muito bem essa função da multifuncionalidade quando trata da teoria dos quatro *status* de Jellinek¹, segundo a qual o indivíduo está vinculado ao Estado em quatro situações jurídicas ou *status*: passivo, negativo, positivo e ativo.

No caso específico, as liberdades públicas estariam ligadas a um *status* negativo, haja vista que por meio delas é que o indivíduo busca se defender da ingerência estatal, demonstrando assim seu caráter estritamente jurídico-positivo, dimensão menor do que aquela a ser atingida pelos direitos fundamentais.

Embora alguns autores apoiem que direitos fundamentais e liberdades públicas tenham mesmo significado, Cunha Júnior (2014, p. 439) assegura que há segmentos doutrinários que apresentam divergências, a exemplo de Claude-Albert:

Assim, para Claude-Albert Colliard, as liberdades públicas são direitos positivos que tendem a reconhecer uma esfera de autonomia em favor dos indivíduos, negando esse autor a existência de qualquer direito superior à ordem jurídica positiva: “La théorie des libertés publiques, c’est-à-dire la reconnaissance à l’individu de certains droits, relève du droit positif et non du droit naturel: il n’y a pas de droit supérieur à la législation positive”.

E continua Cunha Júnior (2014, p. 439) discorrendo sobre esses doutrinadores, tendo Jean Rivero afirmado que:

Jean Rivero, contudo, embora concordando que as liberdades públicas são poderes de autodeterminação reconhecidos pelo direito positivo, afirma que,

¹ Georg Jellinek trata que as relações dos indivíduos para com o Estado resultariam em quatro *status*: *status subjectionis* ou *status* passivo, ou seja, de prestação para com o Estado, obrigando o indivíduo à obediência estatal, sujeitando-lhe a um conjunto de deveres e não de direito; *status negativus* ou *status libertatis*, o indivíduo, por ser dotado de personalidade, está imune à intervenção estatal na sua esfera individual de liberdade, devendo o ente interferir apenas para garantir o exercício do próprio direito; *status civitatis* ou *status* positivo, ao indivíduo é permitido buscar em certas instituições estatais determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de certas necessidades; e, por último, o *status activus*, que permite ao indivíduo participação na política estatal, desfrutando dos direitos políticos ativos e/ou passivos, ou seja, de votar e ser votado. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 445-446).

a despeito disso, as liberdades públicas também se vinculam às exigências do direito natural: “Les libertés publiques sont des droits de l’homme que leur consécration para l’Etat a fait passer du droit naturel au droit positif.

Assim, poderíamos citar o exemplo do art. 6º da Constituição Federal de 1988, onde encontramos um leque de direitos sociais, característicos das liberdades públicas, quais sejam:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Já os “direitos subjetivos”, compreenderiam certas prerrogativas outorgadas ao indivíduo das quais poderia se dispor ou renunciar livremente, não caracterizando assim um direito fundamental, visto que este último tem caráter inalienável e imprescritível.

No termo “direitos individuais” há uma restrição dos direitos ao indivíduo, isoladamente, menosprezando assim a característica social do ser. Desse termo, depreendem-se exemplos de direitos à vida, à proteção, à segurança, à liberdade, dentre outros, o que excluiria os chamados “direitos sociais”.

Igualmente, numa concepção mais moderna, a utilização do conceito de direitos individuais seria negar o direito de existência às sociedades de pessoas jurídicas, cujo reconhecimento de sua personalidade social não é motivo para a exclusão dos benefícios dos direitos e garantias individuais.

Dessa forma, não restam dúvidas de que a terminologia seria conceitualmente inapropriada. É por assim dizer, se estaria excluindo desse contexto, direitos tão igualmente importantes como os direitos sociais, amplamente discutidos durante a segunda geração de direitos, sendo, inclusive, merecedor de capítulo em destaque na nossa Carta Magna de 1988.

Já o termo “direitos fundamentais” seriam aqueles positivados (teoria positivista) numa ordem jurídica vigente de um Estado. Tratam-se daqueles direitos reconhecidos objetivamente dentro do ordenamento jurídico-institucional dos quais o homem jamais poderá dispor em virtude do seu caráter intransponível.

Moraes (2013, p. 15) argumenta que os direitos humanos fundamentais não podem ser explicados por qualquer das teorias existentes, visto sua incomparável importância. Do contrário, deve ser um complemento dessas teorias, visto que:

[...] pois somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baseada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista), é que o legislador ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de

determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista).

Para o constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet *apud* Siqueira e Piccirillo:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Do enunciado, se percebe que Sarlet diferencia os direitos fundamentais dos direitos humanos por referir-se que os primeiros estão positivados no ordenamento jurídico de cada Estado, no caso as Constituições, enquanto o segundo se encontra disperso nos mais diversos documentos de direito internacional, com validade universal.

Segundo Cunha Júnior (2014, p. 441), as diversas mutações tornam difícil a conceituação do que sejam direitos fundamentais, mas, em linhas gerais, é o termo mais criterioso, inclusive, arraigado na Constituição Federal de 1988 quando denomina de Direitos e Garantias Fundamentais. E segue definindo:

[...] podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas *posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas*. De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico.

Para Pérez Lúno *apud* Moraes (2013, p. 20) a definição completa considera:

“um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.

De acordo com Moraes (2013, p. 20), também se tenta estabelecer um conceito genérico para o que seja os direitos fundamentais. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), estabelecendo que:

“[...] considera-os por um lado uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para estabelecerem condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

Sendo assim, o reconhecimento dos direitos fundamentais por parte de uma sociedade exerce grande poder sobre o controle do Estado na vida de cada indivíduo, servindo como uma espécie de mecanismo de freio às arbitrariedades de governos e funcionários.

Nesse contexto e diante das múltiplas funções dos direitos fundamentais na ordem jurídica, sustentam alguns doutrinadores que suas principais funções estariam relacionadas à defesa ou liberdade, que permite ao indivíduo exigir do Estado os direitos de defesa contra os abusos pelo ente cometidos, tornando-se uma competência negativa; a função de prestação, garantia estatal da prestação de condições jurídicas e materiais favoráveis ao exercício das liberdades; a função de prestação perante terceiros, consistente na obrigação de adotar medidas positivas e eficientes para proteger o exercício dos titulares dos direitos perante a terceiros; e ainda uma função não discriminatória, que trate em condições de igualdade todos os cidadãos, vedando a discriminação de qualquer caráter. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 447)

Assim como certas funções definidas, os direitos fundamentais também apresentam certas características que os identificam entre si e os distinguem das demais categorias jurídicas.

Dentre essas características, Moraes (2013, p. 22) cita:

imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;

inalienabilidade: não há a possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;

irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem as discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;

inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações constitucionais ou atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;

interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

complementariedade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

Essas características são importantes sob o ponto de vista de delimitarem a força de atuação do Estado, ente garantidor dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que fornecem, também, elementos de conhecimento a todos aqueles alcançados por esses direitos: os seres humanos.

Reforçam ainda que os direitos fundamentais não são passíveis de negociação, revogação ou transferência, pois, por serem inerentes à pessoa humana, esses direitos se complementam e se perpetuam por todas as gerações e nacionalidades, devendo o Estado garantir a sua efetividade e inviolabilidade, através de seus mais diversos órgãos e instituições governamentais.

Cunha Júnior (2014, p. 491) acrescenta ainda outras características tidas como fundamentais nessa classificação, tais como: a) *historicidade*, na qual afirma que os direitos fundamentais resultam não apenas de um acontecimento histórico, mas também de todo um processo afirmação que envolve antecedentes, evolução, reconhecimento, constitucionalização e até a universalização; b) *limitabilidade*, pois os direitos são, na essência, relativos e, conseqüentemente, limitáveis, podendo essa limitação ser recíproca de modo que, no caso concreto, um direito poderá limitar o exercício do outro; c) *concorrência*, ou seja, um direito não exclui o outro, podendo ser exercido, cumulativamente, vários direitos, a exemplo do direito de liberdade de manifestação do pensamento com o direito de reunião ou associação; d) *proibição do retrocesso*, os direitos fundamentais jamais poderão ser abolidos, suprimidos ou enfraquecidos, característica que impõe o óbice do retrocesso de políticas públicas de enfraquecimento dos direitos fundamentais, bem como a revogação de normas que consagram os direitos fundamentais, ou ainda a substituição dessas normas por outras menos generosas com tais direitos; e) *constitucionalização*, os direitos fundamentais são superiores e anteriores a qualquer Estado, pois são inerentes à condição humana, mas para a sua proteção e perfeita observância, necessária se faz sua positivação em normas de hierarquia constitucional.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para uma melhor compreensão da evolução histórica dos direitos fundamentais é preciso compreender a luta iniciada pelo homem desde a Idade Antiga na busca de assegurar a proteção dos seus direitos básicos na relação com o Estado. É sabido que a existência desses direitos é inerente à pessoa humana estando, portanto, arraigado desde o início dos tempos em

toda a humanidade. No entanto, sua efetivação faz parte de uma construção contínua ao longo dos tempos, geralmente cercada de batalhas contra um sistema de poder.

Como bem assevera Ihering (2007, p. 27):

Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar ataques daqueles que a eles se opunham; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende.

Nesse mesmo sentido, Cunha Júnior (2014, p. 452) ressalta:

Mas o homem não se abateu, não se retraiu por completo. Foi à luta, e sua história de vida é uma história de lutas, ou seja, de perdas e sacrifícios, mas também de conquistas. É nesse contexto que se situam a gênese e a evolução dos direitos fundamentais, porquanto está evidenciado que estes direitos não são tão somente o resultado de *um* acontecimento histórico determinado, mas de todo um processo, que compreende várias fases, como os antecedentes, o reconhecimento, as declarações, a positivação constitucional, a generalização, a universalização e a especificação.

Compreender os antecedentes históricos torna mais fácil entender os diferentes momentos e variações sofridas ao longo do tempo dos direitos fundamentais, fruto dos fenômenos sociais, políticos, filosóficos, econômicos e religiosos vividos pela humanidade, cujo cerne dessas lutas buscava adquirir o respeito à dignidade da pessoa humana, fator primordial para o convívio social e político.

Para Altavila (2001, p. 13), desde que o homem conheceu a existência do direito, começou a converter em leis as suas necessidades sociais e essa composição escrita inicial vem a se perpetuar nos princípios de direito. Desta forma, esses princípios seriam, na sua grande maioria, procedentes do direito que surgia entre os homens por dávidas divinas, seja através dos profetas-estadistas ou dos soberanos tocados de esclarecimentos jurídicos.

Nesse sentido, relata Altavila (2001, p. 14) que numa sequência cronológica poderia ser esquematizada a gênese desses direitos da seguinte forma: Legislação Mosaica, Código de Hamurabi, Código de Manu, Lei das XII Tábuas, o Alcorão, a Magna Carta, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dos Delitos e das Penas, Direitos diversos (Código de Napoleão, Ordenações do Reino, Código de Bustamante, A Consolidação e o Esboço, de Teixeira de Freitas) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Passemos então a um breve relato sobre alguns desses escritos considerados pelos doutrinadores como precursores da consolidação dos direitos fundamentais que hoje conhecemos.

No que se refere à Legislação Mosaica, a história destaca a grande contribuição nas mais diversas áreas do conhecimento trazida pelos escritos do profeta Moisés, o qual dedicou toda a sua existência na fé às promessas de Deus. Autor do chamado Pentateuco, um dos códigos fundamentais da humanidade, Moisés escreveu cinco livros: Gênese, Êxodo, Números, Levítico e Deuterônimo que compõe os primeiros livros da Bíblia Sagrada. Por todo o conteúdo desses livros, o autor discorre sobre os princípios de justiça, educação, assistência social, regras gerais de direito e normais processuais, enfim, todas as áreas do direito que hoje conhecemos, demonstrando assim um entendimento muito avançado nas questões de direito para a sua época.

Apesar de nascer no Egito e ser criado pela filha de um Faraó, Moisés sempre demonstrou personalidade distinta do pensamento egípcio, acreditando que Jeová, Deus, o guiava em busca de propósitos melhores para o povo de Israel, os hebreus, que viviam sobre a escravidão das leis de soberanos iníquos, cruéis e amantes de deuses falsos. E assim, por mais de quarenta anos, guiou seu povo pelo deserto em rumo a Canaã, a terra prometida, fugindo da perseguição do Faraó:

Congrega o povo, os homens e as mulheres, e os pequeninos, e teu residente forasterio que está dentro dos teus portões, para que escutem e para que aprendam, visto que têm de temer a Jeová, vosso Deus, e cuidar em cumprir todas as palavras desta lei. (De, 31:12)

E ainda prossegue Altavila (2001, p. 19), enfatizando a importância da Lei Mosaica:

[...] legislador, quando, desprezando os textos papíricos do seminário teológico de Heliópolis, redigiu uma nova lei, compatível com a massa humana em cuja consciência trabalhou para incluir os fundamentos de um direito; estadista, quando proveu o seu povo, reprimiu os descontentamentos, edificou tabernáculos, sagrou os sacerdotes, estabeleceu regras legais para o culto, para a economia e para a higiene; [...].

Entretanto, o primeiro monumento preservado de codificação jurídica escrito que se tem notícias se trata do Código de Hamurabi (1810 a.C. - 1750 a.C.), que se encontra guardado no museu do Louvre, em Paris.

Hamurabi, sexto rei da primeira dinastia Babilônica, dentre seus grandes feitos instituiu o Código que levou seu próprio nome. Esse Código tratou de diversos assuntos, incluindo o direito à vida, a honra, a dignidade, a família, o direito dos menores, o direito de propriedade e a supremacia das leis em relação aos governantes.

Bonfante *apud* Altavila (2001, p. 57), relata algumas palavras do sábio Rei Babilônico a despeito da criação do Código:

As justas leis que Hamurabi, o sábio rei, estabeleceu e com as quais deu base estável ao governo: - Eu sou o governador guardião. Em meu seio trago o povo das terras de Sumer e Acad. Em minha sabedoria eu os refreio, para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai-o lera inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso. Posse ele folgar o coração, exclamando: - *Hamurabi é na verdade como um pai para o seu povo; estabeleceu a prosperidade para sempre e deu um governo puro à terra.* Nos dias a virem, por todo tempo futuro, possa o rei que estiver no trono observar as palavras de justiça que eu trarei em meu monumento.

Dez séculos depois do Código de Hamurabi, surge na Índia o Código de Manu. Criado pela classe sacerdotal dos brâmanes, civilização mística e convencional dominante, consagrava, preponderantemente, a vida nacional, abrangendo a religião, a moral e as leis civis.

Para os críticos, o Código de Manu não tem muita notoriedade fora dos limites hindus, pois sua legislação autoritária trata desigualmente a classe média ou inferior, tornando-a desmerecedora dos mesmos privilégios da casta superior – os brâmanes.

No Direito Ocidental, destaque à Grécia clássica, que através do espírito democrático de seus pensadores contribuiu significativamente com suas idéias inovadoras para as concepções de direitos e liberdades do homem.

Como bem afirma Klabin (2004, p. 186):

A filosofia ocidental nasceu na Grécia. Aí se formularam, pela primeira vez, os grandes pensamentos que continuaram a desenvolver-se na civilização européia. Como era natural, também, no campo do direito, foi na Grécia onde pela primeira vez se estudou o fundamento filosófico da ciência jurídica e de seus problemas. Aí se começa a analisar o que é o estado, o que é a justiça, o que é a Lei.

A cidade-estado de Atenas, berço comercial e marítimo do Mediterrâneo, surge como principal centro desses pensadores. Em face da dinâmica das mais variadas classes sociais nesse centro, logo surgem os problemas concernentes ao convívio social, desencadeando a necessidade da evolução política e, conseqüentemente, a busca de melhores condições de igualdade entre os cidadãos.

Assim, Clístenes (séc. VI a.C.) e Aristides (550-467 a.C.) foram os primeiros a propor reformas políticas mais populares, tendo mais tarde esse trabalho continuado com Péricles (500 a.C.), sobrinho de Clístenes. Clístenes outorgou a cidadania a todos os atenienses e tornou a participação do cidadão mais popular no governo. Criou as comissões especiais de cidadãos com jurisdição penal e os tribunais dos heliastas para tratar das questões

civis. Aristides complementou sua revolução e democratizou as difenças entre os cidadãos, em razão do montante do imposto que pagavam. (KLABIN, 2004, p. 177)

Já Péricles govenou por mais de 30 anos Atenas e foi considerado um dos chefes com maior popularidade, em virtude dos seus méritos de honestidade e eloquência vigorosa, dando grande contribuição para o sugimento da verdadeira justiça, inspiração do pensamento juríico morderno. (KLABIN, 2004, p.180)

No direito romano, destaque para a Lei das XII Tábuas. Tratam os estudiosos da legislação romana que sua confecção pode ter sido inspirada após a viagem de três patrícios no ano 300 ao centro da cultura Grega, cujo objetivo era se aperceber dos preceitos legais da reforma de Sólon. (ALTAVILA, 2001, p. 83)

A *Leges Duodecim Tabularum* ou *Lex Decemviralis*, depois de organizada por um decenvirato (grupo de dez homens) e escupida em tábuas de bronze foi posta em votação na parte do foro destinada aos comícios, sendo, de pronto, aprovada. Ela foi considerada a primeira legislação escrita consagradora da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos dos cidadãos, podendo ser consultada e invocada por todos os romanos.

Para Altavila (2001, p. 117), “[...] a Lei das XII Tábuas outorgou ao mundo um aspecto legal que somente foi igualado pela *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, da Revolução Francesa [...]”.

Já em 15 de junho de 1215 surge na Inglaterra a *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo rei João Sem Terra, quarto filho de Henrique II. A *Magna Charta* foi um documento firmado pelo Rei João Sem Terra com os barões e bispos ingleses, cujo conteúdo, visivelmente, se tratava de mais uma outorga de privilégios aos nobres ingleses, pois dos sessenta e sete artigos ou proposições, apenas doze beneficiam diretamente o povo. Apesar disso, pode ser considerada como um marco referencial para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia de propriedade. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 457)

Entretanto, segundo relata Altavila (2001, p. 165) a redação da *Magna Charta* é considerada mais um documento de apologia às velhas leis, tanto dos antigos soberanos como do Rei Henrique II, cujo objetivo maior era por um freio às investidas das autoridades judiciais.

A *Magna Charta*, apesar de significado histórico, não foi considerada de natureza constitucional, por se tratar mais de uma carta feudal que reunia privilégios para os barões e a minoria dos homens livres. Porém, constitui um documento ímpar quanto às liberdades

públicas, pois seu poder limitador do estado, a exemplo da judicialidade e da proporcionalidade da pena à gravidade da transgressão cometida, são passos fundamentais para a construção da democracia moderna. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 458).

Avanço considerável nos direitos e liberdades advém com a petição de direito de 07 de junho de 1628, a *Petition of Rights*. Na verdade, o documento tratava-se de uma cobrança do Parlamento ao monarca, do reconhecimento e, por conseguinte, a extensão dos direitos e liberdades previstos na *Magna Charta* a todos os súditos do reino, como bem descreve Cunha Júnior (2014, p. 459):

Pela *Petition of Rights*, os lordes espirituais e temporais comuns, reunidos em parlamento, suplicaram ao Rei que ninguém fosse obrigado a contribuir com qualquer dádiva ou empréstimo e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ao do Parlamento, bem como que ninguém fosse chamado a responder ou prestar juramento ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra, molestado ou inquietado por causa desses tributos, ou da recusa em pagá-los, e que nenhum homem livre ficasse preso ou detido, em razão dessas causas.

No campo do direito individual, podemos destacar o avanço dos ingleses quando da instituição do *Habeas Corpus Act*, em 1679, pois, reforçou as reivindicações das liberdades individuais tão desvalorizadas na *Magna Charta*. Através do *habeas corpus*, o preso poderia peticionar, junto às autoridades o benefício de responder, em liberdade, a prisão tida como injusta e arbitrária, com o compromisso de comparecer ao tribunal competente quando solicitado.

Mesmo diante do surgimento dessa variedade de documentos, sua efetivação e reconhecimento necessitam, ainda, de formulação jurídica apropriada, o que vem a ocorrer através das primeiras Declarações de Direitos solenes e, em seguida, com as Constituições de cada Estado.

Nesse sentido, destaque para a Declaração de Direitos, de 13 de fevereiro de 1689, denominada *Bill of Rights*. Essa Declaração representou o fim da monarquia absoluta, pois garantiu ao Parlamento supremacia para defender os súditos perante o rei, iniciando assim o processo da monarquia constitucional. Além de instituir a separação dos poderes no Reino Unido, fortaleceu a instituição do júri e reafirmou direitos fundamentais como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

Ademais, outro importante momento dos ingleses foi o Ato de Sucessão no Trono, o *Act of Settlement*, de 12 de junho de 1701. Apesar de se configurar numa complementação do *Bill of Rights*, reforçou a necessidade do princípio da legalidade e da responsabilização

política dos agentes públicos prevendo, inclusive, o impeachment de magistrados quando do seu descumprimento.

Sem dúvidas, o ápice da consolidação dos direitos fundamentais para os ingleses provém da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776. Ela marca a fundação de um governo democrático limitando o poder estatal, sugerindo a existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem. Além de reconhecer a separação das funções legislativa, judicial e executiva como garantia das liberdades públicas, afirma que o poder é inerente ao povo e em seu nome deve ser exercido pelos magistrados e servidores instituídos pelo governo, devendo estes procurar zelar pelo proveito comum, proteção e segurança do povo.

Trata ainda a Declaração de Direitos de Virgínia que a eleição para os representantes do povo deveriam ser livres, podendo qualquer um que desse prova suficiente de interesse permanente pela comunidade ou vinculação com esta, ter o direito de sufrágio, não podendo ser submetido a tributação nem privado de sua propriedade por razões de utilidade pública, sem o seu consentimento ou dos representantes eleitos.

Inova no direito de defesa quando define que em todo processo criminal em que se pede a pena capital, o acusado tenha direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e ser julgado por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade. Assegura ainda que ninguém seja obrigado a testemunhar contra si próprio ou privado de sua liberdade sem o devido mandado legal do país ou julgamento dos seus pares. Já no campo das liberdades, se preocupa a Declaração de Direitos de Virgínia em conhecer a liberdade de imprensa como baluarte da liberdade de um povo, não devendo jamais ser restringida e a liberdade de religião ou os deveres para com o Criador como um ato regido pela razão e convicção e nunca pela força ou violência.

Em síntese, a Declaração de Direitos de Virgínia tratou de diversos assuntos, dentre os quais proclamou o direito à vida, à liberdade, à propriedade, o princípio da legalidade, do devido processo legal, do tribunal do júri, do princípio do juiz natural e imparcial, da liberdade de imprensa e religiosa.

Como bem assevera Cunha Júnior (2014, p. 463), a Declaração de Direitos de Virgínia serviu de inspiração para as demais Declarações das ex-colônias inglesas na América, tais como Pensilvânia, Maryland, Carolina do Norte, Massachussets e New Hampshire, terminando por influenciar a incorporação de direitos fundamentais à Constituição norte-americana de 1787.

Contudo, inspirada nos pensamentos iluministas e nas Declarações inglesas e americanas, nasce na Revolução Francesa o documento que vem a universalizar os direitos fundamentais: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Aprovada a 26 de agosto de 1789, em Assembléia Nacional, sendo composta dezessete artigos, a Declaração Francesa trazia no seu escopo um sentimento consitucionalista de igualdade e liberdade, estabelecendo que a finalidade da associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.

A universalização das idéias da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão para Cunha Júnior (2014, p. 464) tem três caracteres fundamentais:

a) *intelectualismo*, por resultar de uma ordem de ideias, no plano intelectual, de fundamento filosófico e jurídico; b) *mundialismo*, porque as suas ideias são universais, difundindo-se além fronteiras, e c) *individualismo*, porque só se empenha em prol das liberdades dos indivíduos, não consagrando as liberdades coletivas, como as da associação e de reunião.

A Declaração Francesa abordou uma série de direitos fundamentais, tratando do princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, liberdade religiosa e livre manifestação do pensamento. Seu conteúdo foi de suma importância para o povo francês e para o mundo, pois suas previsões teóricas a respeito de liberdades e direitos humanos foram o alicerce para futuras Declarações e Constituições, a exemplo das Constituições francesas de 1791 e 1793.

Todavia, o marco no avanço nas questões universais dos direitos fundamentais se deu após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. A partir desta data, os direitos humanos deixaram de ser uma questão interna de cada Estado e passaram a ser matéria de interesse internacional. Assim como um dos objetivos da ONU de promover a paz mundial, coube-lhe também promover a internacionalização dos direitos, principalmente, os direitos humanos, criando mecanismos judiciais internacionais como a Corte Interamericana e Corte Européia de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, capazes de exigir a sujeição do Estado às normas internacionais.

Nesse diapasão, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), adotada a 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, constitui o que há de mais moderno no campo dos direitos individuais e coletivos, cívics, políticos, econômicos, sociais e culturais, imprescindíveis à dignidade da pessoa humana. Ela é uma fonte de direito

material inesgotável que serve de inspiração para a elaboração de cartas constitucionais e tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

Composta por trinta artigos, a Declaração prevê que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, com capacidade para gozar esses direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, independente da nacionalidade ou qualquer outra condição (art. 1º e 2º).

E prossegue estabelecendo o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º), a liberdade de locomoção (art. 9º), a presunção da inocência e da ampla defesa (art. 11), o direito à privacidade (art. 12), o direito de proteção da família (art. 16), da propriedade (art. 17), a liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 18), o direito à educação (art. 26) e o direito à cultura (art. 27), dentre outros.

A Declaração Universal de Direitos Humanos é considerada um documento modelo na luta universal contra a opressão e a discriminação, pois defende a igualdade e a dignidade das pessoas e reconhece que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta.

Nesse contexto, em face da falta de caráter jurídico dessas Declarações, a ideia de constitucionalismo exigida nelas se tornou o pilar inspirador da consolidação dos direitos fundamentais nas Constituições dos Estados, servindo de parâmetro e referencial obrigatório para a atuação do Estado moderno, desencadeando o fenômeno denominado constitucionalização dos direitos fundamentais, principal característica do Estado Democrático de Direito.

Diante de todas essas Declarações, merece destaque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que embora tenha culminado num instrumento de ascensão política e econômica da burguesia francesa, seus ideais de liberdades e garantias individuais se tornou fonte de inspiração para todas as nações, inclusive, atualmente, se encontra em pleno vigor no preâmbulo da Constituição francesa, de 05 de outubro de 1958, integrando o chamado *bloc de constitutionnalité*, como um conjunto de regras de controle de constitucionalidade. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 463-4)

Nesse mesmo compasso, a primazia do Estado liberal, caracterizado por uma ação exclusivamente política, passa a sofrer consideráveis modificações, principalmente, no transcorrer do século XX, decorrentes das transformações econômicas e sociais que se aceleraram a partir da primeira Guerra Mundial, dando espaço ao surgimento de um novo

estado: o Estado social, novo modelo que serviu como primeiras fontes inspiradoras a Constituição mexicana, de 1917, seguida da Constituição russa, de 1918.

Destaque ainda para a Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, que se tornou o paradigma do constitucionalismo pós-guerra, representando o marco de transição do estado liberal para o estado social.

A Constituição alemã de Weimar representou um modelo de avanço constitucional na evolução histórica dos direitos fundamentais, tendo dedicado toda a segunda parte aos novos direitos econômicos e sociais, sob a denominação genérica de “Direitos e deveres fundamentais dos alemães”, sendo mais tarde grande fonte inspiradora da Constituição brasileira de 1934.

Hodiernamente, podemos citar a Constituição Federal de 1988, que se constitui num marco da democracia brasileira, trazendo em seu Título II cinco capítulos tratando especificamente dos direitos e garantias fundamentais: direitos individuais e coletivos (Capítulo I, art 5º); direitos sociais (Capítulo II, arts. 6º a 11); direitos de nacionalidade (Capítulo III, arts. 12 e 13); direitos políticos (Capítulo IV, arts. 14 a 16); e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (Capítulo V, art 17). (MORAES, 2013, p. 23-4)

Trata-se de uma Carta constitucional cujo teor dos direitos fundamentais estão espelhados pelos mais diversos artigos, mas que mesmo assim adotou uma cláusula aberta (art. 5º, § 2º) de recepcionar a existência de outros direitos fundamentais, tais como aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, demonstrando assim que os direitos fundamentais não se exaurem totalmente, consequência direta do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III).

2.3 CLASSIFICAÇÃO

Para uma melhor compreensão e entendimento da evolução dos direitos humanos, alguns autores sistematizaram didaticamente o momento histórico em “gerações” ou “dimensões”, caracterizando assim o momento de lutas e conquistas da raça humana na busca da universalização dos direitos fundamentais de igualdade, liberdade e fraternidade do homem.

No contexto, atual alguns autores se utilizam da expressão “dimensão de direitos” em vez de “geração de direitos”, argumentando que a expressão geração possa trazer uma falsa

impressão e, por conseguinte, um entendimento errôneo do termo, haja vista sugerir que uma geração possa ser substituída sucessivamente pela outra geração, gerando uma interpretação equivocada da verdade, pois o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais é marcado, principalmente, pela característica de complementariedade ou cumulabilidade.

Para Cunha Júnior (2014, p. 474), Willis Santiago Guerra Filho reforça com argumento convincente a adequação do termo *dimensão*, quando declara:

[...] é mais adequado o termo “dimensões”, não só porque as gerações anteriores não se extinguem pelo advento das novas, mas, notadamente, porque os direitos reconhecidos em uma geração assumem uma outra *dimensão* quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente, como ocorreu, por exe., com o direito individual de propriedade, típico direito de primeira geração, assumindo uma *dimensão* que exige o respeito à função social da propriedade e, ante os direitos de terceira geração, adotando *dimensão* que lhe impõe a apreço à sua função ambiental.

E ainda segue Cunha Júnior (2014, p. 475), acrescentando o conceito proposto por Willis Santiago Guerra Filho para o termo *dimensão* de direitos:

Que ao invés de ‘gerações’ é melhor se falar em ‘*dimensões de direitos fundamentais*’ [...], não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desapareceram como surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração sucessiva, assumem uma outra *dimensão*, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda *dimensão* dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira *dimensão*, observando-se igualmente a sua função ambiental.

Nesse diapasão, o primeiro a propor esse esquema didático foi o jurista tcheco-francês Karel Vasak, em 1979, durante uma conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Inicialmente, inspirado nos ideais da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade, Vasak dividiu os direitos fundamentais em três gerações de direitos, a saber: primeira, segunda e terceira gerações.

Surgidos no final do século XVIII, os direitos de primeira geração apresentam como característica o florescimento das liberdades públicas, apoiado nas Declarações do século XVIII e nas primeiras constituições escritas no constitucionalismo ocidental.

São basicamente direitos individualistas que foram reconhecidos solenemente através de Declarações, as quais marcaram a época de enfrentamento de um povo em defesa contra o Estado, principalmente, inspirados nos ideais de liberdade da Revolução Francesa (1789-

1799), cujo movimento representou a luta contra o Estado pelas garantias individuais e políticas e o nascimento do constitucionalismo moderno. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 475)

Nessa geração de direitos, se destacam os direitos civis, notadamente, o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, e os direitos políticos, a exemplo do direito de voto, ativo e passivo. Portanto, se percebe que a preocupação nessa fase estava voltada para impedir a ingerência do Estado nas relações individuais, obrigando-o à tutela exclusiva das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política, correspondendo assim a um *status* negativo enunciado na teoria de Jellinek.

Assim, para Cesar Lafer *apud* Nunes (1988, p. 126):

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que esses direitos têm como limite o reconhecimento do direito de outro [...].

Na segunda geração de direitos, aquela concepção liberalista do Estado, que se mantinha indiferente à vida econômica e social dos indivíduos, preocupado somente com a parte política, é deixada de lado, passando este a ter papel fundamental nas relações socioeconômicas.

De acordo com Cunha Júnior (2014, p. 478), surge então um Estado do Bem-Estar Social e da Justiça Social, cuja função intervencionista na sociedade e na economia por ela praticada se fazia necessário para que os direitos econômicos e sociais fossem indistinta e genericamente assegurados.

Essa nova concepção dos direitos fundamentais surge, principalmente, após a primeira Guerra Mundial, decorrente do desequilíbrio socioeconômico implantado com o caos da guerra que fez desabrochar o movimento socialista, cujo princípio da solidariedade social buscava trazer para o Estado a ideia de responsabilidade sobre todas as carências ou necessidades dos indivíduos ou do grupo social. Nesse contexto, surgem então os direitos denominados de igualdade, cujo propósito fundamental é invocar o Estado a assumir a sua prestação jurisdicional no campo dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Dentre os documentos reconhecedores desses direitos podemos citar a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição russa de 1918, com destaque à Constituição da República de Weimar.

A Constituição alemã, assinada em Assembleia na cidade de Weimar em 11 de agosto de 1919, pelo então membro do Partido Social-Democrata e presidente provisório do Reichstag (parlamento alemão), Friedrich Ebert, criava oficialmente a primeira democracia parlamentar republicana na Alemanha pós-guerra.

A Constituição era composta pelas disposições transitórias e mais 165 artigos, divididos em dois livros: Livro I, relativo à "Estrutura e Fins da República" e o Livro II, pertinente aos "Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão".

Para Pinheiro (2006), podemos citar as seguintes garantias da Constituição de Weimar, dentre os direitos de segunda dimensão:

proteção e assistência à maternidade (arts. 119, § 2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a "bolsa estudos", ou seja, à "adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, afim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos" (art. 146, § 2º); função social da propriedade^[74]; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1º); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (arts. 157 e art.162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (Art. 161 - previdência social); direito da classe operária a "um mínimo geral de direitos sociais" (art. 162); seguro desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).

Em síntese, a segunda geração de direitos fundamentais se firmou em buscar a proteção do Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles, o direito ao trabalho, à saúde, à educação.

Na terceira geração, estão representados os direitos reivindicados não pela proteção do homem em sua individualidade, mas do ser coletivo. São denominados de direitos da fraternidade ou solidariedade, de titularidade coletiva ou difusa.

Nessa geração estão compreendidos: o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito ao desenvolvimento e a comunicação, o direito à solidariedade universal, a autodeterminação dos povos, dentre outros.

Para Bulos (2008, p. 104), os fundamentos dessa geração estão no meio ambiente equilibrado, na vida saudável e pacífica, no progresso e no avanço das novas tecnologias.

Representa essa geração um passo importante na conquista da titularidade dos direitos fundamentais a todas as formações sociais, consagrado pelo princípio da solidariedade ou fraternidade, que se complementa com os direitos de liberdade de primeira dimensão (direitos civis e políticos) e igualdade de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais).

Contudo, a afirmação dos direitos fundamentais se proclama, gradualmente, na proporção das carências do ser humano, surgidas em função das condições sociais. Nesse contexto evolutivo do ser humano, o contínuo desenvolvimento da técnica e das transformações das condições econômicas e sociais causam poderosas mudanças nas relações sociais, vez que novas aptidões vão surgindo tanto no plano biológico quanto no plano cultural. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 474)

Dentro desse sentido de concepção evolutiva, os doutrinadores classificaram mais duas dimensões ou gerações de direitos, a saber: a quarta e quinta geração. Na quarta geração, os direitos assumem a dimensão democrática e biotecnológica, enquanto que na quinta geração compactua com o direito fraternal da paz mundial.

Assim sendo, a quarta geração se identifica com o direito relacionado à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia, compreendendo a prenúncia das alterações na vida e no comportamento dos homens com a universalização dos direitos fundamentais, correspondendo à fase final da institucionalização do Estado social, segundo assevera Bonavides (2008, p. 571).

Nesse contexto, na quarta geração estão compreendidos o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Podem ainda ser incluído nesse rol os direitos sociais das minorias, os relativos à informática, biotecnologia, manipulação genética, eutanásia, clonagem, mudança de sexo, dentre outros.

Já os direitos de quinta dimensão ou geração constituem classificação proposta pelo constitucionalista Paulo Bonavides, que faz uma trasladação da terceira para a quinta dimensão de um direito fundamental: a paz. Ao contrário de Karel Vasak, que inclui o direito à paz nos direitos fraternais de terceira geração, o autor relaciona-o como um direito ímpar, indispensável ao progresso de todas as nações, merecedor de destaque e visibilidade dos demais direitos fundamentais.

Para Bonavides (2008, p. 579), Karel Vasak não desenvolveu amplamente as razões que elevam o direito à paz à categoria de norma, propiciando assim certo esquecimento, o que talvez o tenha feito em virtude do próprio momento histórico de menor ênfase a esse direito.

Assim, após criteriosa fundamentação teórica, no 9º Congresso Internacional Ibero-Americano de Direito Constitucional, realizado em Curitiba, Estado do Paraná, no ano de 2006, o autor elevou a paz ao grau de direito fundamental de quinta geração ou dimensão, declarando:

[...] em fazer da paz axioma da democracia, designadamente a democracia participativa, com seus instrumentos, com sua teoria, com seus valores de igualdade e justiça social, já inscritos por direito positivo pelos legisladores constituintes que promulgaram no Brasil, em 1988, a Carta republicana em vigor. (BONAVIDES, 2008, p. 592-3)

E segue discorrendo o autor, relatando que até aquele 9º Congresso Internacional Ibero-Americano de Direito Constitucional, as considerações teóricas da literatura jurídica e da ciência constitucional contemporânea a respeito do direito de paz eram bastante desconhecidas. (BONAVIDES, 2008, p. 582-3)

A partir de então, ressalta a importância de dar a visibilidade merecida ao direito à paz, sugerindo a colocação nas declarações de direito, nas cláusulas constitucionais e na didática constitucional, a fim de torná-lo positivo e normativo, a exemplo do já ocorrido na nossa Carta Magna de 1988, no art. 4º, inciso VI: defesa da paz.

2.3.1 O Direito à Vida

Não restam dúvidas de que o direito à vida se configura no legítimo direito de defesa da própria existência humana, da dignidade do ser. Nele pode se incluir uma série de atributos relacionados à condição da dignidade da pessoa humana, quais sejam, o direito à alimentação, à educação, à saúde, à cultura, ao lazer, à assistência social, à habitação, dentre outros.

Para Cunha Júnior (2014, p. 535), o direito à vida envolve a preservação de atributos físico-psíquicos (elementos materiais) e espirituais-morais (elementos imateriais) da pessoa humana, se tornado assim, o mais fundamental de todos os direitos e condição, *sine qua non*, para a existência dos demais.

É dever do Estado garantir a efetividade do direito à vida. Para tanto, Moraes (2013, p. 87) aponta uma dupla obrigação do ente federativo:

- obrigação de cuidado a toda a pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios;
- efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, através de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos

adequados que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um *nível mínimo de vida da pessoa humana*.

Para as ciências biológicas, a vida se inicia no interior do colo uterino logo após a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, quando se forma o ovo ou zigoto. Desde então, a vida está formada e aí já entra a competência estatal em assegurar o respeito e o direito ao futuro nascituro, o que o está fazendo quando promove o direito da saúde e apoio alimentar à gestante.

Embora o feto não seja um ser sujeito de direitos materiais, tem assegurado o direito à vida quando a lei protege e garante as condições de saúde de sua genitora. É ela que representa a titularidade dos direitos do infante, o qual ao nascer com vida assume essa pretensão de direito material, que até então era mera expectativa resguardada. (BULOS, 2008, p. 113)

No Brasil, a consolidação dos direitos individuais foi consagrada no texto da Constituição Federal de 1988. De forma genérica, está assegurado no artigo 5º, caput, a regra da igualdade jurídico-formal que norteia o direito à vida:

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

E segue o constituinte valorizando esse direito quando proíbe, inclusive, a possibilidade de qualquer tratamento indigno ou cruel, excluindo a possibilidade de pena de morte no Brasil, em tempos de paz tornando-a, deveras, uma cláusula pétrea da Carta Magna:

Art. 5º, XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Máxima a importância dada ao direito à vida que o constituinte brasileiro não se furtou em tratar do tema em outros artigos, quais sejam:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o **direito à vida**, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o **direito à vida**. (grifo nosso)

A primazia do direito à vida se faz presente em todos os momentos da existência humana, o que garante que ninguém seja privado, arbitrariamente, de sua vida, cuja efetividade está acima de qualquer efeito de relatividade.

Destaque no Brasil para recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3510/DF, em 2008, proposta pela Procuradoria-Geral da República em impugnação ao art. 5º da Lei nº 11.105/2005, que trata da utilização de células-tronco embrionárias produzidas por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia, quando considerou a constitucionalidade do referido artigo, por entender que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida ou o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se depreende da decisão do Relator:

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica ‘a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais que tudo ‘fraterna’. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Min. Celso de Mello). (...) A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010)

Na decisão o relator Min. Ayres Britto entendeu que a autonomia de vontade (liberdade), o direito ao planejamento familiar e à maternidade estão igualmente fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não podendo o casal ser juridicamente responsabilizado por aqueles embriões que, por ventura, não tenham aproveitamento reprodutivo.

2.3.2 O Direito à Liberdade

Do termo latim *libertas-atis*, liberdade significa o respeito à faculdade natural que possui o homem de agir de uma maneira ou de outra, e de não agir, pelo que é responsável por seus atos; estado ou condição de quem não é escravo; estado de quem não está preso; falta de sujeição e subordinação; prerrogativa, privilégio, licença; isenção de etiquetas.

Defere-se pelo significado da palavra que o termo liberdade abrange um campo muito vasto de aplicação, indo desde a simples liberdade de locomoção ou de agir até o *status* de uma prerrogativa.

Montesquieu, na obra *Do Espirito das Leis* (1748), já discorria a despeito do termo, esclarecendo a dificuldade para a sua definição exata (2007, p. 163):

Não existe nenhuma outra palavra que tenha recebido significações tão diferentes, e que de tão variadas maneiras tenha impressionado os espíritos, que a palavra *liberdade*. Alguns tomaram-na pela facilidade em depor aquele a quem tinham dado um poder tirânico; outros, pela faculdade de eleger aquele a quem deveriam obedecer; outros, pelo privilégio de somente serem governados por um homem de sua nação ou por suas próprias leis.

Para Gerhard Oestrich *apud* Greco (2013, p. 88), o direito à liberdade é inerente a todo ser humano, tendo a liberdade de ser e de chegar a ser livre:

A ideia dos direitos humanos converge, hoje, de forma unitária para o aspecto de considerar que todo ser humano é livre por nascimento, quer dizer, que nasce com o direito moral à liberdade. O ser humano unicamente pode realizar-se a si mesmo em liberdade pessoal, liberdade de ser e de chegar a ser livre. Todo ser humano tem o mesmo direito à liberdade. Cada um dos direitos baseados na dignidade e liberdade do ser humano garante a vida, sua segurança, a propriedade e sua liberdade religiosa e de pensamento – para somente citar as consequências mais importantes da vida política. Tais direitos formam a base da que deriva a multiplicidade dos direitos fundamentais, social, política e economicamente inalienáveis, que fazem possível a vida de acordo com cada uma das concepções do ser humano.

Não é de se admirar que muitos pensadores, filósofos, estudiosos, doutrinadores e outros abastados de conhecimento tenham tratado desses temas, pois desde a origem, o

nascer, o homem tem buscado o significado da existência e enfrentado dissabores quando confrontado com o governo dos sistemas humanos que, muitas das vezes, age de forma totalmente arbitrária e desumana.

Nessa premissa, podemos citar os pensamentos a respeito de liberdade enunciados pelo escritor suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), que exerceu grande influência com seus pensamentos políticos da época (*O Discurso sobre a origem da desigualdade*, 1755), sendo considerado um prenunciador das grandes mudanças políticas da Revolução Francesa de 1789, quando retratava na sua obra *O Contrato Social*, de 1762, o modelo das primeiras sociedades, discorrendo que o sentimento de liberdade é natural do ser humano (ROUSSEAU, 2008, p. 24):

A mais antiga de todas as sociedades e a única natural é a da família. Mesmo assim, os filhos só estão ligados aos pai enquanto precisam dele para sobreviver. Tao logo cessa tal necessidade, esse vínculo natural se dissolve. Os filhos, isentos da obediência que devem ao pai, o pai, isento dos cuidados que deve aos filhos, voltam a ser igualmente independentes. Se continuam unidos, não é mais naturalmente, é voluntariamente, e a própria família só se mantém por convenção.

Essa liberdade comum é a consequência da natureza do homem. Sua primeira lei é zelar por sua própria conservação, seus primeiros cuidados são os que deve a si mesmo; assim que a alcança a idade da razão, sendo ele o único juiz dos meios apropriados para garantir a sua sobrevivência, torna-se com isso seu próprio mestre.

Portanto, a família é, se quiserem, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo, a imagem dos filhos, **e todos, tendo nascido iguais e livres, só alienam sua liberdade em proveito próprio.** A diferença é que, na família, o amor dos pais pelos filhos vale pelos cuidados que dispensa a eles, enquanto, no Estado, o prazer de comandar substitui esse amor, que o chefe não tem por seu povo. (grifo nosso)

Para Rousseau (2008, p. 24), a família é a sociedade única e natural. Tendo como modelo a família, o homem constituiu as sociedades, porém não mais com mesmo amor e afeto desta. E aí essa liberdade natural do homem ver-se cerceada pelos déspotas, na maioria das vezes, que impondo a falsa ideologia de tranquilidade civil obriga os seus súditos a se tornarem escravos do poder.

E segue discorrendo que, embora o pai exerça o domínio sobre o filho, jamais poderá dispor desse a liberdade, direito natural do ser (ROUSSEAU, 2008, p. 28):

Ainda que cada um pudesse alienar-se a si mesmo, não poderia alienar seus filhos; **estes nascem homens e livres, sua liberdade lhes pertence, ninguém mais tem o direito de dispor dela.** Antes de chegarem à idade da razão, o pai pode em nome deles estipular condições para a sua conservação, para o seu bem-estar, porém não dá-las de maneira irrevogável e

incondicional, pois tal doação é contrária aos fins da natureza humana e vai além dos direitos de paternidade. (grifo nosso)

Já Montesquieu (2007, p. 164) apontou muito bem a respeito da liberdade política do ser, que deve estar atrelada ao direito de fazer tudo o que a lei faculta, caso contrário incorreria no erro de permitir que todos também pudessem fazer aquilo que quisesse, causando um estado de independência e não de liberdade.

Nesse aspecto, assim como a luta pelo respeito da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade sempre foi um direito fundamental encorajador de muitas nações ao longo dos tempos na batalha contra as classes poderosas e dominantes que exerciam um papel opressor contra as classes inferiores.

Das Escrituras Sagradas, a Bíblia, podemos tirar os primeiros prenúncios no Livro de Êxodo, quando o profeta Moisés iniciou a jornada que duraria mais de quarenta anos na retirada dos filhos de Israel, os hebreus, que estavam sob a escravidão e tirania dos Faraós egípcios Pitom e Ramsés, exercendo trabalho forçado no campo e nas construções de tijolos.

Por isso puseram sobre eles chefes de trabalho forçado, com o objetivo de oprimi-los nos seus fardos; e eles foram construir cidades como lugares de armazenamento para Faraó, a saber, Pitom e Ramsés. (Êx. 1-11)

E no final de sua jornada a promessa de Jeová, Deus, a Moisés e aos filhos de Israel, de que na terra prometida, Canaã, habitaria a paz e liberdade tão almejada por aqueles cristãos:

E tendes de santificar o quinquagésimo ano e proclamar liberdade no país, a todos os seus habitantes. Tornar-se-á para vós um jubileu, e tendes de retornar cada um à sua propriedade e deveis retornar cada um à sua família. (Le. 25-10)

Como vimos, a Bíblia, com livros escritos há milhares de anos antes do nascimento de Cristo, já tratava do tema da liberdade, do amor, da propriedade, da igualdade, do respeito entre homens e mulheres e de muitos temas relacionados à dignidade da pessoa humana. E se personificam e intensificam mais ainda esses ensinamentos com a vinda do Messias Jesus Cristo, como se pode ver nas referências do apóstolo Paulo, nas novas escrituras, quando relata que todo homem despojará de vida em abundância, principalmente, de liberdade, se seguirem aqueles ensinamentos sagrados:

Fostes, naturalmente, chamados à liberdade, irmãos; apenas não useis esta liberdade como induzimento para a carne, mas, por intermédio do amor, trabalhai como escravos uns para os outros. (Gál. 5-13)

Noutro prisma, pautado no respeito à liberdade e à ordem, surge na Revolução Francesa, em 1789, o movimento cujo lema inspirado na tríade liberdade, igualdade e fraternidade assinalou um momento histórico ímpar que revolucionou o campo dos direitos fundamentais.

O ideal de liberdade desses revolucionários do século XVIII fez consignar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão as premissas que mais tarde encorajariam as demais nações a transcrever nas suas Constituições o corolário de direitos fundamentais que principiam a dignidade do ser humano, como se pode observar nos seguintes artigos:

Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Já numa visão moderna, alguns autores vem classificando o termo liberdade em algumas subdivisões, a saber: liberdade positiva e liberdade negativa, liberdade formal e liberdade material (real).

Na esfera da liberdade positiva está a autonomia de vontade, manifestada de acordo com as normas e regras impostas pelo ordenamento, ou seja, o sujeito se subordina a fazer o que a lei assim determina. Já na liberdade negativa, o sujeito atua segundo a sua vontade, sem interferências, dentro da esfera do que vem a ser legalmente permitido, embora não esteja normatizado.

Por liberdade formal ou prática, a doutrina entende a liberdade de natureza jurídica da ausência de normas impeditivas da prática de determinado comportamento. Por exemplo, no Direito Penal, em que é lícito praticar qualquer conduta, desde que não seja expressamente proibida por lei.

Já a liberdade material ou real, também conhecida por liberdade prática, diz respeito à carência ou impedimento de caráter pessoal para o indivíduo satisfazer algo, podendo ser de ordem econômica, social, cultural, dentre outras.

No direito pátrio, a Constituição Federal de 1988 consagrou essa prerrogativa nas mais diversas formas: liberdade de ação; liberdade de locomoção; liberdade de opinião ou pensamento; liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; liberdade de informação; liberdade de consciência e crença; liberdade de reunião; liberdade de associação e liberdade de opção profissional.

Previsto no art. 5º, inciso II, a liberdade de ação está intimamente ligada ao princípio da legalidade. Fazer ou deixar de fazer alguma coisa será uma obrigação se, e somente se, estiver expresso em lei. Assim, a liberdade de agir, de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa será vedada apenas quando infringir qualquer dos ordenamentos jurídicos válidos no território nacional.

O direito de ir e vir, liberdade tão presente na consciência da sociedade em geral, também está contemplado no art. 5º, inciso XV. Por esse dispositivo, é vedada qualquer conduta que vise cercear o trânsito das pessoas, exceto quando o Estado visa resguardar interesses de ordem pública ou paz social, essas restando sob graves ameaças e iminência de provocar a instabilidade institucional.

Vedado o anonimato, a Constituição tratou do direito de liberdade de opinião e pensamento como prerrogativa de exprimir todo e qualquer juízo, conceito, convicção ou conclusão sobre alguma coisa. A manifestação do pensamento é livre de qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística, salvo o direito de resposta a quem se sentir ofendido ou atingido pela opinião de outrem.

Ainda nesse sentido, cuidou o legislador de proteger o indivíduo da chamada *delação apócrifa*, evitando assim a prática de abusos e o tolhimento do direito de resposta do ofendido proibindo, inclusive, a abertura de qualquer investigação formal.

No direito de liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação quis o legislador complementar a liberdade de manifestação do pensamento, acrescentando que é livre o direito de manifestação de sensações, sentimentos ou criatividade do indivíduo, incentivando a produzir e revelar suas realizações.

Embora algumas atividades necessitem de regulamentação e fiscalização do poder público não significa dizer sejam censuradas, pois se trata mais de caráter de classificatória, a exemplo da regulação de espetáculos, programas de rádio e televisão, diversões públicas, dentre outros.

A despeito da liberdade de informação, devem ser considerados três aspectos essenciais, a saber: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

O primeiro consiste em transmitir as informações pelos meios de comunicação, o segundo a faculdade do indivíduo buscar as informações pretendidas sem quaisquer obstáculos e, por derradeiro, a faculdade de ser completa e adequadamente informado, sendo esse mais destinado aos órgãos públicos, conforme se depreende do art. 5º, inciso XXXIII.

Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 5º, LXXII– conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Art. 5º, XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

No que se refere ao direito de informar, cabe ressaltar o direito de veicular ideias, conceitos e opiniões e o direito de transmitir notícias atuais sobre fatos relevantes e de interesse coletivo, com comentários ou críticas a eles pertinentes. Dessa forma, a liberdade de informação jornalística, como espécie desse gênero, goza de todo poder de transmitir a notícia e o direito de sobre ela tecer comentários ou críticas, conforme assevera Cunha Júnior (2014, p, 546).

Nesse mesmo entendimento, a Corte já decidiu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 130/DF, que a liberdade de imprensa só pode ser restringida pela lei em casos excepcionais, em que conflite com outros valores constitucionais igualmente relevantes, tais como a honra, a imagem, a privacidade ou a personalidade em geral.

A respeito da liberdade religiosa, exteriorizada pela manifestação de liberdade de consciência e de crença e liberdade de culto religioso, a Constituição assegurou o livre exercício dos cultos, da proteção dos locais da realização destes, bem como de suas liturgias, inovando no sentido de permitir que o indivíduo, mesmo não tendo crença alguma, possa se orientar pela sua consciência nos conceitos e valores morais e espirituais que julgar corretos.

A liberdade de reunião e associação, de igual forma, mereceu tratamento diferenciado. Pode assim dizer que se trata de uma expressão coletiva da liberdade do pensamento, quando assiste às pessoas o direito de se reunir livre e pacificamente em locais públicos, bem como assegura o direito de se associarem as pessoas, para fins lícitos, em torno de um interesse comum.

Art. 5º, XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Art. 5º, XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

Art. 5º, XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

Art. 5º, XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

Art. 5º, XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Art. 5º, XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente;

E, por último, a Constituição tem assegurado a liberdade de opção profissional, ensejando a qualquer um o direito da livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que o cargo requerer.

Art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Como não poderia ser diferente, a Constituição democrática de 1988 trouxe à baila vários direitos de liberdade, assegurando a todos os seus detentores o gozo e fruição desses direitos, demonstrando com isso o verdadeiro papel do Estado moderno, qual seja, garantir o Estado Democrático de Direito.

3 A LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO E A FISCALIZAÇÃO DOS CONDUTORES EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ ALCÓOLICA

3.1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO BRASILEIRA

No ano de 2010 o Ministério das Cidades por meio do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) e o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) lançou a edição comemorativa dos “Cem anos de Legislação de Trânsito no Brasil: 1910 – 2010”. A publicação traz uma retrospectiva da legislação nacional que trata sobre o trânsito no país. O objetivo da publicação foi tornar acessível aos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Trânsito e ligados a área de trânsito, bem como a população em geral, uma consulta completa das principais publicações de trânsito no período de 1910 a 2009.

No seu introito a publicação declara que a legislação de trânsito sofreu inúmeras revisões no decorrer do tempo em função da dinamicidade do tema:

A legislação de trânsito brasileira é vasta e rica em leis, decretos, resoluções, portarias que, publicados no decorrer de 100 anos, nos permitem compreender o dinamismo do tema e sua necessidade de revisão e de atualização permanentes. Isso porque, com o passar do tempo, os costumes, as pessoas, as sociedades mudam e novas demandas devem ser atendidas. (2010, p. 5)

Os primeiros registros sobre o trânsito constam do Decreto nº 8.324, de 27 de outubro de 1910, no então governo do Presidente Nilo Peçanha, o qual tratava sobre o regulamento para o serviço subvencionado de transportes por automóveis.

Em seu artigo único, destaca o Decreto:

Art. 1º E' aprovado o regulamento que com este baixa assignado pelo Ministro e Secretario de Estado da Viação e Obras Publicas, para o serviço subvencionado de transporte de passageiros ou mercadorias por meio de automoveis industriaes, ligando dous ou mais Estados da União ou dentro de um só Estado.

O art. 1º do Regulamento instituído pelo Decreto demonstrava que a finalidade principal dessa legislação era assegurar a construção de estradas, por particulares, para o transporte de passageiros interestadual e intermunicipal, tendo como contrapartida do governo o incentivo financeiro da “[...] subvenção de quatro contos de réis por kilometro de estrada construída [...]”.

Prestava-se o Regulamento em grande parte a definir os critérios para construção das estradas e a respectiva concessão estatal. Mas já mostrava, também, uma primeira preocupação em inserir questão relativa à segurança viária, conforme pode se ver no seu art. 18, que exigia o exame do engenheiro fiscal nos veículos postos em circulação, a fim de constatar se não apresentavam nenhuma causa de perigo no tráfego da estrada, instituindo a penalidade de multa financeira ou caducidade da concessão dos serviços:

Art. 18. Nenhum automovel poderá ser posto em serviço sem prévio exame do engenheiro fiscal, que deverá proceder às experiencias que julgar convenientes, afim de verificar que não apresenta nenhuma causa de perigo, sendo empregado no trafego da estrada. A infracção deste artigo sujeita o concessionario á penalidade estatuida pelo art. 33.

Entretanto, de acordo com Robledo Moraes (2009, p. 13) a cidade de São Paulo, durante o período monárquico de D Pedro II, em 1853, teria sido a cidade brasileira a institui o primeiro regulamento sobre o uso do automóvel, embora não se tenha registro de que tal regulamento tenha influenciado a respeito da legislação de trânsito nacional, a partir do Decreto 8.324/1910.

A primeira legislação de trânsito que se conhece no Brasil é de 1853, período monárquico de D. Pedro II. Em 1900, o então prefeito da cidade de São Paulo, Antônio Prado, instituiu leis regulamentando o uso do automóvel na cidade, criando uma taxa para o uso da via pública. Em 1903, a prefeitura paulistana tornou obrigatória a inspeção de veículos para o fornecimento de uma placa de identificação, que seria afixada na parte traseira. Naquela época a velocidade máxima permitida nos lugares onde havia acúmulo de pessoas era de um homem a passo. Além disso, em nenhum local a velocidade poderia ser superior a 30 km/h.

Sobre a mesma temática outras legislações esparsas trataram sobre o assunto do trânsito, a exemplo do Decreto nº 4.460, de 11 de Janeiro de 1922, que tratou da autorização de concessão de subvenção ao Distrito Federal e aos Estados que construíssem e conservassem estradas de rodagem nos respectivos territórios, assim como o Decreto nº 5.141, de 5 de janeiro de 1927, que instituiu um fundo especial para a construção e conservação das rodagens federais.

No entanto, o primeiro Código Nacional de Trânsito do Brasil só foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 2.994, de 28 de janeiro de 1941, que dentre os vários assuntos tratados nos seus 154 artigos, destacou a criação do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) (art. 137), a criação dos Conselhos Regionais de Trânsito (art. 140), o estabelecimento dos limites de velocidades (art. 7º), a sinalização das vias (art. 20), a criação da carteira de motorista (art.

88), o estabelecimento das regras gerais de trânsito (art. 1º), a especificação da terminologia própria empregada no trânsito (art. 143), dentre outros.

Todavia, a vigência desse Código Nacional de Trânsito teve curta duração. Em 25 de setembro de 1941, através do Decreto nº 3.651 o Código foi revogado. A nova legislação se ocupava em atribuir maiores responsabilidades aos Estados na organização dos seus respectivos trânsitos, através dos seus Conselhos Regionais, sempre em obediência à normal federal.

Art. 1º O trânsito de veículos automotores de qualquer natureza, nas vias terrestres abertas a circulação pública, em todo o território nacional, regular-se-á por este Código.

As leis estaduais, relativas ao trânsito e aos condutores dos demais veículos, aos pedestres, aos animais e à sinalização local, devem adaptar-se às disposições deste Código, no que for aplicável. Os Estados baixarão, para esse fim, regulamentos e instruções complementares.

Art. 2º Cada Estado organizará, de acordo com as suas necessidades, os serviços administrativos destinados ao cumprimento dos dispositivos deste Código, obedecendo às normas gerais da legislação federal.

Alguns anos depois, uma segunda edição do Código Nacional de Trânsito é publicada através da Lei nº 5.108, de 21 de Setembro de 1966.

De acordo com Gondim (2010, p. 17) a elaboração do anteprojeto desse novo Código Nacional de Trânsito teve início durante o II Congresso Nacional de Trânsito, realizado em 1958, em Quintandinha-PR, sendo posteriormente remetido pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional através da Mensagem nº 329/60, em 1960.

O novo ordenamento jurídico já trazia no seu art. 3º importante informação, pois relacionava todos os órgãos integrantes da administração do trânsito, com suas respectivas incumbências:

Art 3º Compõem a Administração do Trânsito como integrantes do sistema nacional de trânsito.

- a) o Conselho Nacional de Trânsito, órgão normativo e coordenador;
 - b) os Conselhos Estaduais de Trânsito, órgãos normativos;
 - c) os Conselhos Territoriais de Trânsito, órgãos normativos;
 - d) os Conselhos Municipais de Trânsito, órgãos normativos;
 - e) os Departamentos de Trânsito e as Circunscrições Regionais de Trânsito, nos Estados, Territórios e Distrito Federal órgãos executivos;
 - f) os órgãos rodoviários federal, estaduais e municipais, também executivas.
- Parágrafo único. Os Conselhos de que tratam as alíneas c e d deste artigo são de criação facultativa.

De acordo com a territorialidade abrangida pelo órgão (federal, estadual, municipal), cada qual deveria exercer a incumbência de organizar a sua estrutura de trânsito, buscando o cumprimento da legislação federal.

Todavia, a crescente frota e o número de acidentes de trânsito levaram os legisladores a revisarem a legislação, face a inexistência da criminalização no código anterior.

Nas décadas de 70, 80 e 90, o número de acidentes no trânsito cresceu assustadoramente, ceifando muitas vidas, e fazendo com que a sociedade exigisse mais rigor nas penas impostas aos infratores das leis de trânsito. Num contra-senso, o CNT não previa nenhum crime de trânsito, fazendo que, sempre que necessário, fosse utilizado o Código Penal Brasileiro (CPB) para qualificar os crimes mais graves cometidos no trânsito, tais como homicídio e lesão corporal. (MORAES, R., 2009, p. 14)

Por mais de trinta anos a legislação referenciada disciplinou o trânsito brasileiro, tendo em 1997 sido substituída com a criação do atual Código de Trânsito Brasileiro (CTB), através da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

O direito do trânsito brasileiro trouxe inúmeras inovações no seu conteúdo, tratando desde temas como a educação para o trânsito até o meio ambiente, assegurando no seu art. 1º, § 2º que “[...] o trânsito é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito [...]”, cuja prioridade é a defesa da vida, incluindo aí a preservação da saúde e do meio ambiente.

Com uma vasta legislação, o novo Código buscou a modernização do trânsito e a consonância de suas normas segundo os princípios constitucionais da proteção da vida e da segurança, conforme pode se depreender do enunciado no seu artigo 1º, *in fine*:

Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

§ 1º Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito. (grifo nosso)

Mesma posição, nesse sentido, frisa Robledo Moraes (2009, p. 17), cujo entendimento é de que o trânsito deve ser interpretado como uma norma universal:

Assim, essa norma deve ser interpretada como um princípio, notadamente o princípio da universalidade do direito ao trânsito seguro, uma vez que cria um direito aplicável a todos indistintamente. Entretanto, isso não significa que por ser um direito, não represente igualmente uma obrigação, pois a segurança do trânsito depende da participação de toda a sociedade, não sendo possível esperar que apenas os órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito se responsabilizem pela garantia a esse direito.

Embora o CTB trate dos mais diversos temas, maior ênfase daremos à questão da embriaguez ao volante, tema da corrente pesquisa.

3.2 O CTB E SUAS DISPOSIÇÕES ACERCA DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Com o atual Código de Trânsito Brasileiro (CTB), foram tratadas as mais diversas questões, desde as normas gerais de circulação e conduta até a engenharia de tráfego, operação e fiscalização do trânsito, reservando ainda a distinção das infrações administrativas e dos crimes de trânsito, sendo atribuindo a cada um deles as respectivas punições.

No tocante às infrações de trânsito, tipificadas dos arts. 161 ao 255, instituiu as penalidades de advertência por escrito, multa, suspensão do direito de dirigir, apreensão do veículo, cassação da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), cassação da Permissão para dirigir e frequência obrigatória em curso de reciclagem, além de outras medidas administrativas elencadas no art. 269 do mesmo diploma.

Aos crimes de trânsito, tipificados dos arts. 291 ao 312, são aplicadas as penalidades previstas no próprio CTB, sem prejuízo de outras medidas administrativas e, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e a Lei nº 9.099/95.

A preocupação com a embriaguez alcoólica ao volante já era singular desde a edição do segundo Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108/1966), como se denota através do art. 89, *in fine*:

Art. 89. É proibido a todo o condutor de veículos: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 912, de 1969)

III - Dirigir em estado de embriaguez alcoólica ou sob o efeito de substância tóxica de qualquer natureza.

Penalidade: Grupo 1 e apreensão da Carteira de Habilitação e do veículo. (grifo nosso)

De acordo com Honorato (2013), as primeiras margens de tolerância ao álcool no Brasil foram regulamentadas pelas Resoluções nº 413/69 e 476/74, do CONTRAN. A Resolução nº 413/69 estabelecia que uma concentração de 8 decigramas de álcool por litro de sangue constituía prova de que o condutor de veículo se achava sob a influência do estado de embriaguez alcoólica, portanto impedido de dirigir.

Com a revogação da Resolução nº 476/74 por meio da Resolução nº 737/89, embora prevendo a mesma faixa de tolerância de 8 dg/l de álcool no sangue, incluiu a questão da equivalência de resultados, fixando o valor de 0,4 mg por litro de ar expelido dos pulmões,

obtidos por meio dos testes com o aparelho sensor de ar alveolar (etilômetros ou bafômetros)², igual ao valor de 8 dg/l de álcool no sangue.

Art. 2º Fica estabelecido que a concentração de oito decigramas de álcool por litro de sangue, ou de 0,4 mg por litro de ar expelido dos pulmões, comprovam que o condutor de veículo se acha sob a influência do estado de embriaguez alcóolica.

Parágrafo único. O teste com o aparelho sensor de ar alveolar (bafômetro) o exame clínico, com laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador ou outros quaisquer meios técnico-científicos que possam certificar o teor alcóolico constituirão provas para todo e qualquer efeito. (Res. nº 737/89, de 12/09/1989)

No atual Código de Trânsito Brasileiro (CTB) a embriaguez alcóolica ao volante é enfatizada no sentido de estabelecer uma aferição quântica do teor álcool durante as fiscalizações de trânsito, principalmente, nos casos de condutores envolvidos em acidentes de trânsito, face os mesmos incorrerem nas penalidades constantes nos artigos 165 (infração) ou 306 (crime) do mesmo diploma.

Outra inovação do CTB diz respeito à redução do estabelecimento da faixa de tolerância permitida, reduzindo-a de oito (8) para seis (6) decigramas de álcool por litro de sangue (dg/l).

Nesse sentido, a redação do 276 (CTB) define:

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

Parágrafo único. O CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.

O artigo 277 (CTB) estabelece quais os procedimentos a que serão submetidos os condutores alvo de fiscalização de trânsito ou envolvidos em acidente de trânsito:

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

Parágrafo único. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

Assim sendo, de acordo com o CTB, a embriaguez alcóolica seria identificada sob dois aspectos: o exame de sangue e outros testes de alcoolemia a serem especificados pelo

² **Etilômetro** – também chamado de **Bafômetro** ou **Balão** - é um aparelho que permite determinar a concentração de bebida alcóolica em uma pessoa, analisando o ar exalado dos pulmões. É um equipamento utilizado por policiais para verificar o nível de álcool etílico presente no ar expirado por motoristas. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Baf%C3%B4metro>. Acesso em: 31 mar 2013.

CONTRAN. No exame de sangue a concentração de 6 dg/l (seis decigramas por litro) de álcool no sangue comprovaria o estado de embriaguez, por conseguinte a tipificação do crime capitulado no artigo 306 do mesmo diploma:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

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

Noutro diapasão o condutor flagrado na fiscalização de trânsito dirigindo veículo em estado de embriaguez nas mesmas condições (6 dg/l de álcool no sangue), porém sem estar envolvido em acidente de trânsito incidiria não mais em crime e sim numa infração administrativa tipificada no artigo 165, *in fine*:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;

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

Face as alterações trazidas pelo CTB necessitarem da normatização pelo órgão competente (CONTRAN), a Resolução nº 81, de 19 de novembro de 1998, regulamentou os índices de equivalência nos procedimentos para a comprovação da embriaguez alcoólica por meio do teste de alcoolemia, equiparando 6 dg/l de álcool no sangue ao valor de 0,3 mg/l de álcool no ar expelido pelos pulmões:

Art. 1º. A comprovação de que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor, sob suspeita de haver excedido os limites de seis decigramas de álcool por litro de sangue, ou de haver usado substância entorpecente, será confirmado com os seguintes procedimentos:

I - teste em aparelho de ar alveolar (bafômetro) com a concentração igual ou superior a 0,3 mg por litro de ar expelido dos pulmões;

II - exame clínico com laudo conclusivo e firmado pelo médico, examinador da Polícia Judiciária;

III - exames realizados por laboratórios especializados indicados pelo órgão de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de uso da substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos, de acordo com as características técnicas científicas.

Art. 2º. É obrigatória a realização do exame de alcoolemia para as vítimas fatais de trânsito.

No concernente a regulamentação do Parágrafo único do art. 276, CTB, a despeito de estipular a equivalência entre distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado no artigo 306, foi instituído o Decreto nº 6.488/2008, que regulamentou os

respectivos artigos (276 e 306, todos do CTB), disciplinando que a concentração de tolerância de álcool no sangue de seis decigramas (6 dg) tinha a equivalência de concentração de álcool igual a três décimos (0,3 mg) de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, através do exame realizado pelo etilômetro (bafômetro):

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

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

De acordo com Honorato (2013) parece essa presunção legal incorporada ao Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n. 12.760/2012 encontra fundamento científico na exposição de SIMONIN, o qual afirma que a Taxa de Álcool no Sangue (TAS) acima de 0,37 dg/L constitui uma intoxicação não aparente, capaz de apresentar “*trastornos tóxicos*” mais ou menos graves, que incidem diretamente sobre o comportamento humano, alterando a capacidade psicomotora e gerando grave risco à segurança viária:

la cantidad de alcohol en sangre no tiene más que un valor indicativo; no es más que un elemento de diagnóstico médico-legal, el cual debe tener en cuenta los datos de información y las indicaciones siguientes: - alcoholemia inferior a 0,5c.c. por 1.000 (o 0,37g): *intoxicación inaparente*. - alcoholemia comprendida entre 0,5 y 2c.c. por 1.000 (o 0,37 y 1,5g.): presunción de *trastornos tóxicos* más o menos graves. - alcoholemia superior a 2c.c. por 1.000 (o 1,5g.): *borrachera* en la mayoría de casos.

Cuffa apud Honorato (2013) revela que, em pessoas com concentração de 6 dg/L (seis decigramas de álcool por litro de sangue), o julgamento e crítica encontram-se prejudicados; a avaliação das capacidades individuais e o processo de tomada de decisões racionais são afetados, a exemplo da capacidade de dirigir, gerando uma conduta humana capaz de causar grave risco à segurança viária e aos bens jurídicos (vida e integridade física) de todos os participantes do fenômeno trânsito.

Contudo, mesmo diante de todo aparato jurídico trazido à baila pela legislação de trânsito no sentido inibir o uso de bebidas alcólicas por condutores de veículos automotores, as estatísticas continuavam comprovando que as medidas adotadas não surtiam o efeito desejado, necessitando ainda maior rigor. Diante de tais evidências os legisladores sentiram o dever legal de adotar novas medidas que pudessem vir a reduzir ou minimizar os dados

estatísticos negativos nesse sentido, incorrendo na criação da lei de “tolerância zero”, também chamada “Lei Seca”.

3.3 AS FORMAS DE FISCALIZAÇÃO ESTATAL

Em vista da necessidade de fiscalização específica para o cumprimento da legislação de trânsito, o Código de Trânsito Brasileiro trouxe no seu escopo a denominação dos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Trânsito, responsável em planejar, administrar e fiscalizar todas as atividades relacionadas ao trânsito brasileiro (art. 5º, CTB).

Art. 5º O Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades.

Já o art. 7º do CTB discrimina a composição e distribuição de competências entre os órgãos:

Art. 7º Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

- I - o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;
- II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;
- III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- V - a Polícia Rodoviária Federal;
- VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e
- VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI.

Atendendo as políticas dos órgãos e entidades executivos do Sistema Nacional de Trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a fiscalização do trânsito é desempenhada pela Polícia Rodoviária Federal (PRF), a nível das rodovias e estradas federais (art. 20, CTB), pela Polícia Militar (PM), a nível das rodovias e estradas estaduais (art. 23, CTB) e pelos próprios municípios, através de convênios com a Polícia Militar ou por meio de profissionais concursados, efetivados e treinados pelo município para tal finalidade (art. 24, CTB).

Para a execução da fiscalização de trânsito as Polícias Militares deverão ser conveniadas com os órgãos estatais ou municipais responsável por cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições.

Art. 23. Compete às Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal:

I - (VETADO)

II - (VETADO)

III - executar a fiscalização de trânsito, quando e conforme convênio firmado, como agente do órgão ou entidade executivos de trânsito ou executivos rodoviários, concomitantemente com os demais agentes credenciados;

IV - (VETADO)

V - (VETADO)

VI - (VETADO)

VII - (VETADO)

Parágrafo único. (VETADO)

Essa atividade de fiscalização de trânsito é desenvolvida pelas Polícias Militares através policiamento ostensivo de trânsito (POT) que, segundo Valla (2004, p. 129) “[...] é o único ramo do serviço policial e do serviço público cuja responsabilidade praticamente não tem limites”.

A delimitação e conceito do que seja policiamento ostensivo está especificada no art. 2º, do Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), publicado através do Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983:

Art. 2º - Para efeito do Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969 modificado pelo Decreto-lei nº 1.406, de 24 de junho de 1975, e pelo Decreto-lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983, e deste Regulamento, são estabelecidos os seguintes conceitos:

27) **Policiamento Ostensivo** - Ação policial, exclusiva das Polícias Militares em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública.

São tipos desse policiamento, a cargo das Polícias Militares ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, os seguintes:

- ostensivo geral, urbano e rural;

- **de trânsito**;

- florestal e de mananciais;

- rodoviária e ferroviária, nas estradas estaduais;

- portuário;

- fluvial e lacustre;

- de radiopatrulha terrestre e aérea;

- de segurança externa dos estabelecimentos penais do Estado;

- outros, fixados em legislação da Unidade Federativa, ouvido o Estado-Maior do Exército através da Inspeção-Geral das Polícias Militares. (grifo nosso)

De igual modo a definição de policiamento ostensivo de trânsito está conceituada no Anexo I, da Lei nº 9.503/97 (CTB):

POLICIAMENTO OSTENSIVO DE TRÂNSITO - função exercida pelas Polícias Militares com o objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública e de garantir obediência às normas relativas à segurança de trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes.

Para efeito do CTB, os policiais militares empregados na fiscalização de trânsito recebem a denominação de Agente da Autoridade de Trânsito (Anexo I, CTB), a qual por si só não afasta a natureza da função policial militar permanecendo os agentes públicos (policiais militares) com os cargos pertinentes, seja postos (oficiais) ou graduações (praças).

AGENTE DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO - pessoa, civil ou policial militar, credenciada pela autoridade de trânsito para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento.

Dessa forma, as Polícias Militares atuam como órgão de execução da fiscalização das infrações e crimes de trânsito cometidos por condutores de veículos nas vias de circulação sob sua circunscrição, realizando as devidas orientações e, quando necessário, as notificações de trânsito (autos de infração) que serão analisadas, julgadas e processadas, de acordo com as devidas penalidades de advertência, multas e/ou medidas administrativas pertinentes pelo órgão responsável.

No âmbito municipal a legislação em vigor (CTB) possibilitou que a própria administração municipal se encarregasse de organizar e executar a fiscalização do trânsito, o que a ser chamado de “municipalização do trânsito”, embora tenha limitado a atuação e aplicação de medidas administrativas apenas aos casos de infrações de circulação, estacionamento e parada.

Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de polícia ostensiva de trânsito, as diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito;

Em virtude do contido na norma os municípios são obrigados a diversas atribuições pertinentes a planejar, projetar, regulamentar e operacionalizar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, promovendo o desenvolvimento da circulação e da segurança de todos os usuários, mantendo um sistema de sinalização, de dispositivos e equipamentos de controle viário adequados a um trânsito de fácil fluidez e seguro dentro da circunscrição do município.

A maioria dos centros urbanos atua na fiscalização do trânsito com um quadro próprio de funcionários concursados, que exercem as funções de Agente da Autoridade de Trânsito, orientando e/ou notificando os infratores das leis de trânsito. No entanto, na maior parte dos municípios essa função é desempenhada pela Polícia Militar, haja vista esses municípios não terem implementado sua municipalização do trânsito.

4 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA LEI SECA

Considerando que os direitos fundamentais permeiam a vida de todos os indivíduos, é dever do Estado dotar-se de uma estrutura política-administrativa capaz de garantir as condições mínimas necessárias para proporcionar a toda pessoa humana uma vida digna, assegurando-lhes a efetivação dos direitos positivados na norma e o respeito mútuo a esses direitos tanto pelos órgãos estatais, ou a ele vinculados, quanto pelos particulares, dispondo de uma estrutura jurídica capaz de atender a toda essa demanda (particular e/ou estatal).

Nesse mesmo sentido, corrobora o pensamento do jurista português Canotilho, enfatizando a complexidade do tema e o pouco estudo da problemática, sugerindo como ponto de partida uma tipologia de conflitos de direitos constitucionais, subdividindo-o em dois grupos que, tendo como base a titularidade dos direitos e a natureza dos bens em conflito (direitos, posições, interesses), estariam assim dispostos: grupo 1 - colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais e grupo 2 - colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado (1993, p. 643).

E nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) traz no seu arcabouço um conjunto de normas asseguradoras desses direitos fundamentais, priorizando no princípio da dignidade da pessoa humana a dúplici dimensão de sua abrangência: subjetiva e objetiva.

Para Soares (2010, p.144), a dimensão subjetiva da dignidade da pessoa humana assume dois *status*: o negativo e o positivo. No *status* negativo o titular se reserva o direito de resistir à intervenção estatal na sua esfera de liberdade individual, enquanto que no *status* positivo o Estado tem a obrigação de agir para implementar uma condição mínima de subsistência aos seus cidadãos. E já na sua dimensão objetiva está baseada a percepção de que os direitos fundamentais independem de seus titulares, apresentando-se como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

Podemos vislumbrar perfeitamente estas duas vertentes no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), o qual estampa um conjunto de regras direcionadas ao direito do trânsito, as quais afetam tanto o indivíduo como a sociedade. Seu objetivo prioritário, a preservação da vida encerra, por assim dizer, na preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. No o *status* positivo está o próprio código voltado para garantir a cada indivíduo uma maior segurança viária, estabelecendo as diretrizes que, individualmente cumpridas, contribuem para uma maior proteção da vida e da incolumidade das pessoas. Por outro lado, bastante perceptível o seu caráter de *status* negativo, principalmente, no tocante aos temas relacionados com a chamada “Lei Seca”, passivo de várias demandas judiciais.

Honorato (2011, p. 3) afirma que é preciso reconhecer o trânsito seguro como um Direito Humano e Fundamental de “segunda dimensão” (Direito da Segurança), ou seja, uma garantia essencial à proteção da vida e da incolumidade física de todos os usuários das vias terrestres, prevista em nível constitucional, a ser promovida pelo Estado, declarando não apenas a liberdade de circulação (como espécie de direito individual), e sim o trânsito seguro como um conjunto de deveres coletivos a todos imposto, sob o manto da igualdade de todos perante a lei e com arrimo nas “justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”.

E nesse sentido, Honorato (2013, p. 27) reforça:

A interpretação das normas de trânsito não pode ser realizada exclusivamente sobre o aspecto individual das Liberdades Públicas (ou Direitos de Primeira Dimensão). Faz-se necessário que o Estado, por meio de todos os órgãos e instituições democráticas (aqui incluídos o Poder Judiciário e o Ministério Público), promova segurança viária, na forma dos artigos 6º e 144 da Constituição da República.

Discorrendo sobre a interferência do Estado na dignidade da pessoa humana, Robert Alexy frisa que esta só poderá ser considerada afetada quando ocorrer uma lesão não justificada:

A dignidade humana possui, como todo direito que ao mesmo tempo engloba e fundamenta tudo, uma estrutura diferente da estrutura dos outros direitos fundamentais. No caso de direitos fundamentais normais uma interferência não significa ainda uma lesão. Um interferência transforma-se então em uma lesão somente quando ela não é justificada. À dignidade da pessoa humana falta essa estrutura interferência/restrrição. Nessa medida ela possui o caráter de regra. Toda interferência na dignidade humana significa uma violação a ela. (ALEXY, 2014, p. 285)

Nesse diapasão, enfatiza Soares (2010, p. 146) que a interpretação infraconstitucional de qualquer dos direitos fundamentais deve ser entendida em conformidade com a Constituição Federal, buscando o intérprete sempre valorar o alcance da que melhor se harmonize com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, condição fundamental do Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, via de regra, os direitos fundamentais não são absolutos, há situações em que o exercício de um direito fundamental por um indivíduo pode colidir, conflitar ou embaraçar a titularidade desse ou outros direitos ou valores constitucionais por parte de outrem, ocasionando o que os doutrinadores denominam de conflito ou colisão de direitos fundamentais, o que não poderia ser diferente na legislação de trânsito em vigor.

Isso se tornou ainda mais notório, com a inserção no Código de Trânsito Brasileiro das denominadas “Leis Secas”, Leis nº 11.705/2008 e 12.760/2012, que instituíram o nível de “tolerância zero” para os motoristas flagrados conduzindo veículos em estado de embriaguez alcoólica, bem como a possibilidade dos agentes de trânsito se utilizarem de quaisquer meios de provas em direito admitidas.

A priori, a embriaguez alcoólica identificada sob dois aspectos: o exame de sangue e exame do etilômetro (bafômetro) já suscitava nos Tribunais inúmeras discussões a respeito da obrigatoriedade dos exames por parte dos condutores flagrados nas operações policiais, alegando em suas defesas que o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) prevaleceria sobre quaisquer outras circunstâncias. Noutro ponto, a implementação da “Lei Seca” (Leis nº 11.705/2008 e 12.760/2012) suscitou ainda mais a polêmica de que essa “tolerância zero” na embriaguez alcoólica ao volante ultrapassou os limites da proporcionalidade, razoabilidade e equidade, em face da alegação de que o maior rigor visava garantir uma melhor segurança viária e, conseqüentemente, proteger o direito à vida.

Convém salientar, que as dificuldades e controvérsias enfrentadas pelos doutrinadores quando se trata do estudo da colisão entre os direitos fundamentais não são poucas, muitas vezes remetendo o intérprete a uma solução mais difícil do que àquela utilizada comumente para normas com estrutura de regras, como bem assenta Aragão (2011, p. 260):

No que tange à colisão entre direitos fundamentais (ou princípios, segundo Virgílio Afonso da Silva), constata-se haver problemática e controvérsia, a qual tem ocupado boa parte da doutrina moderna, sôfrega por desenvolver soluções para tais conflitos. Na prática, a ausência de consenso a respeito de possíveis choques entre direitos fundamentais remete o intérprete a operações mais complexas que a simples subsunção, utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras. Isso decorre da heterogeneidade dos direitos fundamentais, pois seu conteúdo é, na maioria das vezes, variável e somente pode ser aferido quando se esquadrinha um caso concreto ou quando eles se relacionam entre si, ou até com outros valores protegidos pela Constituição.

No conceito de Canotilho, a colisão de direitos fundamentais existe quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, gerando um choque ou um autêntico conflito de direito. Para uma melhor compreensão desse conflito o autor acrescenta, dentro de uma proposta metódica, a distinção de dois tipos de direitos fundamentais: os susceptíveis de restrição e aqueles insusceptíveis de restrição (CANOTILHO, 1993, p. 643-5).

No primeiro caso, os direitos fundamentais são considerados direitos *prima facie*³ e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjetiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas. A sua conversão em direito definitivo, nos casos autorizados pela Constituição, representaria um primeiro instrumento para a solução de conflitos.

Já no segundo caso, o autor argumenta que os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converterse em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos diretamente pela Constituição ou com autorização dela, através da lei. No caso em comento, a resolução do conflito torna-se viável somente quando analisada no caso concreto:

Sendo assim, pouco se adianta dizendo que a colisão de direitos é solucionada: (1) ou através de limites imanentes antepostos aos direitos, reduzindo-lhes, a priori, o âmbito normativo; (2) ou através da limitação do âmbito de protecção, tornando-se extensível o âmbito de protecção de um direito apenas a conteúdos ou efeitos que, sob uma perspectiva de concordância prática, não neutralizam ou aniquilam outros direitos ou bens colidentes; (3) ou através da ideia de justificação de restrição, conducente, em termos de concordância prática, à ideia de solução do conflito através da restrição de um dos direitos colidentes. Os conflitos de direitos (ou de bens e direitos) devem solucionar-se tendo em conta vários tópicos e vários exemplos. (CANOTILHO, 1993, p. 646)

No caso específico da “Nova Lei Seca”, esta surge para fortalecer uma alternativa mundialmente defendida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que é a de transformar o trânsito seguro como um Direito Humano em nível internacional. Tudo isto decorrente do reconhecimento da crise mundial da segurança viária, que interfere diretamente na promoção da vida e da saúde dos usuários das vias terrestres em todos os continentes (HONORATO, 2011, p. 4).

Portanto, não há que se falar em restrição a direito fundamental da vida ou da liberdade, haja vista estar cientificamente comprovado que os valores limítrofes estabelecidos pela Lei são mundialmente reconhecidos como fatores capazes de causar serias consequências no comportamento humano, principalmente, para aquelas pessoas que estão na condução de um veículo automotor. Na maioria das vezes esse condutor está num ambiente viário repleto de outras vidas, seja humana seja animal, as quais não podem ser ceifadas ou afetadas em virtude de um comportamento individual egoísta.

É que os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Neste caso, impõe-se a necessidade de ponderação

³ *Prima facie*: à primeira vista. Dicionário Jurídico.

(*Abwägung*) de bens e direitos a fim de se obter, se possível, uma *concordância prática* entre os vários bens ou direitos protegidos a nível jurídico constitucional. Estas tarefas de ponderação e de concordância prática são formas de *concretização* das normas consagradoras de direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1993, p. 601).

Como a característica dos direitos fundamentais é de que são sempre direitos *prima facie*, e somente as circunstâncias concretas vão ajudar a solução do conflito, a resolução mais prática se constrói com base na harmonização de direitos (ponderação), e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro, no que pese o caso concreto, pois nessas circunstâncias é legítimo estabelecer que um direito tem mais peso que outro Canotilho (1993, p. 646).

Nesse sentido, a colaboração no constitucionalismo democrático atual sobre os direitos fundamentais se deve aos ensinamentos do filósofo do direito alemão Robert Alexy. Seus entendimentos sobre a dogmática dos direitos fundamentais se baseiam, sobretudo, na distinção teórico-normativa de que os direitos fundamentais são construídos em “princípios” e “regras”, também chamada de “teoria dos princípios”, aplicável a qualquer área do direito.

De acordo com o filósofo essas duas construções não se realizam, em parte alguma, de forma pura, mas elas representam ideias opostas das quais depende a solução de quase todos os problemas da dogmática dos direitos fundamentais. As “regras” são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, podendo ou não ser cumpridas. Os “princípios” são *comandos de otimização* caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, sendo por isso chamados de comando *prima facie* (ALEXY, 2014, p. 136-7).

Entender que o Código de Trânsito Brasileiro e, por conseguinte, a “Nova Lei Seca” está também inserida nesse conjunto de regras e princípios se faz extremamente necessário, pois o conjunto de normas não visa tão somente compelir o cidadão à obediência a mais um ordenamento jurídico, mas, a priori, disciplinar o respeito mútuo à vida com um trânsito mais seguro.

Como conjunto de regras, o CTB especifica as mais diversas disposições aplicáveis à utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga e descarga. As regras ali constantes assumem um papel de “comandar”, “proibir” ou “permitir” aos usuários das vias terrestres certas condutas de normas gerais de circulação que, obedecidas, resultam

num trânsito menos perigoso, com menos acidentes de trânsito e, por conseguinte, menos lesões e/ou mortes.

Como um exemplo desses comandos podemos citar as obrigações a que estão subordinados os condutores de motocicletas e similares (art. 54, CTB):

Art. 54. Os condutores de motocicletas, motonetas e ciclomotores só poderão circular nas vias:
I - utilizando capacete de segurança, com viseira ou óculos protetores;
II - segurando o guidom com as duas mãos;
III - usando vestuário de proteção, de acordo com as especificações do CONTRAN.

Discorrendo sobre a temática Cássio Mattos Honorato (2011, p. 8) destaca que a conduta individualista no desrespeito às normas do trânsito precisam ser suplantadas, pois só assim há de se entender que as regras ali impostas não acabarão, mas podem reduzir drasticamente os índices de vítimas fatais no trânsito:

Há algumas consequências dessa ampla liberdade e do profundo individualismo incorporados pelo sistema capitalista que, ainda hoje, tem-se dificuldade para compreender. O individualismo e o desrespeito às normas de circulação e de segurança no trânsito constituem exemplo bem característico dessa influência e precisam, com urgência, ser desmistificados se, de fato, o objetivo da Década de Ações para a Segurança Viária for “estabilizar e, posteriormente, reduzir os índices de vítimas fatais no trânsito”.

Como um conjunto de normas em consonância com a Constituição Federal, podemos afirmar que legislação de trânsito está subordinada ao cerne dos princípios constitucionais, o que não violaria os direitos fundamentais o estabelecido na “Nova Lei Seca”, mas tão somente em casos conflituosos há de se empregar os métodos mais adequados para a solução do conflito dentro dessa dogmática.

Ainda sobre o tema, Robert Alexy estabeleceu o reconhecimento da existência de duas situações distintas: o conflito entre as regras e a colisão entre princípios, sugerindo para cada caso soluções diferentes.

Para a resolução dos conflitos entre as regras, por ocorrerem na dimensão da validade, duas soluções podem ser apresentadas: a) a declaração de invalidade de uma das regras conflitantes ou b) a aplicação da cláusula de exceção. Se duas regras são conflitantes, uma ou outra terá que ceder à invalidez ou, do contrário, uma inclusão de uma cláusula de exceção terá que alterar essa decisão, desde que se apresente com consequência jurídica válida, perdendo assim esta (a regra) o seu caráter definitivo.

Na resolução dos choques ou colisões entre princípios, que é tido como direitos fundamentais, a melhor solução deve ser pelo critério de valoração, haja vista os princípios

possuírem pesos diferentes, tendo sempre o maior precedência sobre o menor (sopesamento). Mesmo sendo reconhecida essa preponderância de um princípio sobre o outro, não significa dizer que o princípio cedente seja considerado inválido ou que nele foi introduzido uma cláusula de exceção, pois será considerada a sua precedência nas condições do caso concreto (ALEXY, 2008, p. 92).

Isso bem se observa com a implantação das normas da “Lei Seca”. Visando se escusarem da aplicação da norma os pacientes tem buscado nos Tribunais os mais diversos argumentos a fim de por abaixo a rigorosidade da lei. De diversas formas as provas obtidas no cometimento dos crimes de embriaguez alcoólica ao volante tem sido questionadas e contestadas, tanto na sua validade quanto na aplicação frente a direitos como o da não auto-incriminação, da anterioridade penal, do constrangimento ilegal e outros artificios que buscam tornar o crime da embriaguez enfraquecido.

Tratando ainda a cerca da ponderação, Barroso (2009, p. 334) acrescenta o conceito de que essa consiste numa técnica de decisão jurídica aplicável para a resolução de casos mais difíceis, que envolve avaliações de caráter subjetivo que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências, podendo ser processada em três etapas: identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral dos pesos, com a produção de uma conclusão.

Na teoria dos princípios dos direitos fundamentais, Robert Alexy aponta como melhor resolução para a colisão dos direitos fundamentais a aplicação da “lei da ponderação”, que reza que “quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior dever ser a importância do cumprimento do outro princípio”. Para sua aplicação, reza o autor que a ponderação deverá ser considerada em três níveis: no primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio; no segundo nível a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto e, finalmente, o terceiro nível em que se identifica se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele (ALEXY, 2014, p. 142).

A disputa fundamental começa quando uma medida é adequada e não está à disposição um meio mais leve, que interfere em menor medida. Então um dos dois princípios deve fazer um sacrifício, e a questão é qual. É aquele exigido pela otimização relativa às possibilidades jurídicas da máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa otimização só pode consistir em uma ponderação. (ALEXY, 2014, p. 310).

A teoria da ponderação ou sopesamento está na aplicação do que Robert Alexy também denomina de solução da “máxima da proporcionalidade” ou “princípio da

proporcionalidade”. Nessa concepção, a “máxima da proporcionalidade é dividida em três máximas parciais: máxima da adequação, máxima da necessidade e máxima da proporcionalidade em sentido estrito, sendo a ocorrência das duas primeiras relativamente às circunstâncias fáticas e última relativamente às circunstâncias jurídicas. A máxima da adequação se refere ao meio que se pode utilizar em uma situação fática para obtenção de uma finalidade qualquer; na máxima da necessidade se usa o critério para escolher o melhor meio para o fim almejado, ou seja, o meio menos gravoso; já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito exige que algo seja realizado ao máximo possível dentro das possibilidades jurídicas, determinando que quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio maior deve ser a importância do outro, sendo esta última o próprio objeto da ponderação (SOARES, M., 2013, p. 22).

A questão teórico-científica que tem embasado o endurecimento no combate a embriaguez alcoólica ao volante tem motivado o surgimento das novas leis de trânsito, principalmente, o da “Nova Lei Seca”. Sua efetividade está em promover um trânsito mais seguro, haja vista as estatísticas comprovarem a relação de acidentes de trânsito e o uso de bebidas alcoólicas por parte dos condutores, ocasionado grande número de mortes no trânsito.

A norma busca essencialmente preservar o interesse público em conservar a paz e a ordem social, mandamento constitucional consagrado no art. 144 da CF/88. De sorte que está plenamente de acordo com o princípio da proporcionalidade, pois além de ser razoável é adequada e necessária para atingir o fim almejado, qual seja: salvar vidas no trânsito.

As garantias constitucionais, portanto, "asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam". Dessas lições, torna-se fácil compreender que o Trânsito Seguro (como Direito Fundamental de Segunda Dimensão, implícito e decorrente da liberdade inserta no art. 5º, inc. XV, e do dever imposto nos artigos 6º e 144, da Constituição da República) assume a característica de garantia constitucional, atuando como sistema de segurança e de defesa dos direitos fundamentais (i.e., vida, integridade física e propriedade) que ficam expostos a perigo de dano durante a utilização das vias terrestres. (HONORATO, 2011, p. 19)

Jurisprudências firmadas pelo STJ a respeito da “Lei Seca” (Lei 11.705/2008) podem perfeitamente ser aplicáveis à “Nova Lei Seca” (Lei 12.760/2012), a exemplo do julgamento do REsp nº 1.440.858 – RS, em que a relatoria afirma que o objetivo da Lei n. 11.705/2008 foi conferir maior efetividade nas ações do Estado, na busca de coibir o então crescente aumento da perda de vidas em decorrência de acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados.

Assim, de acordo com esse entendimento, a *Lei Seca ao Volante* poderia ser prontamente classificada como imperativa, pois encerrar interesse essencialmente público, sendo necessária à ordem e à paz social, estabelecendo as regras de observância obrigatória à toda coletividade, portanto incidindo no *princípio da obrigatoriedade da lei*, que se exprime com a afirmativa da submissão de todos ao seu império, regra essa de interesse da própria vida social organizada.

Nesse contexto, a aplicação da lei da ponderação contra os rigores da “Nova Lei Seca” sugere a satisfação da obediência ao princípio da proporcionalidade, em vista que essa não foi criada ao arrepio dos legisladores, mas, antes de tudo, deriva de um complexo estudo teórico-científico reconhecido mundialmente, principalmente, pela Organização Mundial da Saúde, que enumera diversas estatísticas relacionando o número de acidentes de trânsito com vítimas fatais e a correlação com o uso de bebidas alcoólicas pelos condutores vítimas/causadores desses acidentes.

Retornando ao estudo relativo à lei da ponderação, embora seja bem aceita pelos doutrinadores, existem posições divergentes para a resolução da colisão de direitos fundamentais, conforme Robert Alexy cita as adotadas por Ernst Forsthoff (caráter positivista) e Ronald Dworkin⁴ (caráter não-positivista). Na solução positivista de Ernst Forsthoff referente às questões ligadas à aplicação de direitos fundamentais ele se utiliza dos meios tradicionais de interpretação recorrendo, sobretudo, à literalidade das disposições dos direitos fundamentais, à vontade daqueles que produziram a Constituição e ao contexto sistemático em que se encontra a disposição a ser interpretada. Na solução não-positivista de Ronald Dworkin na aplicação de direitos fundamentais a questão é tratada essencialmente diferente sobre o que a moral exige (ALEXY, 2014, p. 137).

Para uma melhor compreensão da teoria da ponderação (ou sopesamento), Robert Alexy (2008, p. 100) cita como referência o caso “Lebach”, que trata de ação de um particular contra a emissora de televisão local ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen), a qual pretendia exibir um documentário denominado “O assassinato de soldados em Lebach”, retratando o roubo ocorrido num depósito de munições do Exército Alemão perto da cidade de Lebach, quando quatro soldados foram assassinados enquanto dormiam e tiveram suas armas roubadas.

⁴ Dworkin traz uma idéia de integridade, inovando com uma doutrina que questiona como deve ser compreendido o direito. Na visão dworkiana, o direito deve ser compreendido como um complexo de normas que tem como peculiaridade o poder de apresentar soluções jurídicas a quaisquer situações de fato, mesmo que tais casos pareçam não estarem regulados diretamente pelo ordenamento jurídico, por isso, sendo exigido que o direito seja visto como um sistema completo. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2488/1822>. Acesso em: 15 Jan 2015.

Na ação, um dos cúmplices que cumpria pena estava prestes a sair da prisão e sentindo-se constrangido em virtude de que seu nome e imagem seriam noticiados, impetrou no Tribunal Estadual uma medida cautelar alegando que seus direitos fundamentais assegurados na Constituição Alemã e sua ressocialização estariam ameaçados, porém teve seu pedido rejeitado por aquele Tribunal, bem como recurso negado contra a decisão pelo Tribunal Superior Estadual.

Em face da negativa ao autor da ação, novamente este ajuizou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã, tendo o Tribunal Constitucional Federal ao final da análise da tensão entre os direitos fundamentais, decidido pela precedência do direito de proteção da personalidade do autor em face do direito à liberdade de informar do canal de televisão, proibindo a veiculação do documentário.

Gilmar Mendes (2014, p. 279), seguindo a classificação dos princípios e regras propostos por Robert Alexy, reitera que a colisão entre os direitos são de dois tipos: em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais, podendo referir-se a direitos fundamentais idênticos ou a direitos fundamentais diversos. Cita o autor que nos direitos fundamentais diversos tem peculiar relevo a colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro.

Já no que se refere aos direitos fundamentais idênticos, descreve Mendes (2014, p. 281) quatro tipos básicos de colisão:

- a) Colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa: v. g., a decisão de dois grupos adversos de realizar uma demonstração na mesma praça pública;
- b) Colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção: como exemplo, mencione-se a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém ou da vítima. Ressalte-se que, nessa hipótese, a colisão entre a vida do sequestrador e a da vítima revela apenas parte de um problema mais complexo (colisão complexa). A colisão poderia ser resolvida com a aceitação das condições impostas pelo sequestrador. Não se pode, porém, desconsiderar um terceiro elemento da colisão, que é o dever de proteção em face da comunidade. Daí decorre o dever de atuar para evitar novos atos de violência.
- c) Colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito: é o que se verifica com a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião como o direito de não desenvolver ou participar de qualquer prática religiosa. Aqui cabe perguntar, por exemplo, se o Estado pode impor que se coloquem crucifixos nas salas de aula.
- d) Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático: tem-se aqui um debate que é comum ao direito de igualdade.

Se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade.

As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. Dessa forma, é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor constitucional, dentre outros (MENDES, 2014, p. 281-2).

Nessa contextualização pode-se deduzir que as leis de trânsito vertem mais a se adequar no subgrupo das “colisões de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção”, pois o direito de liberdade e livre circulação (CF, art, 5º,) do condutor só o são restringidos porque o seu estado – embriaguez alcoólica – põe em perigo o bem maior da coletividade: a segurança viária e, por conseguinte, o direito à vida dos demais usuários.

De fato, o assunto nesse aspecto do estudo das colisões dos direitos fundamentais tem se tornado complexo tendo, por vezes, chegado até o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme reforça o Ministro Gilmar Mendes, reiterando que as decisões nesse sentido, tem se vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. O eventual juízo de ponderação, os valores a ele atinentes da inviolabilidade de pessoa humana, o respeito à sua integridade física e moral, a inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade são pontos essenciais em um julgamento (MENDES, 2014, p. 285).

Ainda falando sobre as colisões, necessário abordar que essa problemática das colisões e conflitos dos direitos fundamentais na nova lei seca podem, também, buscar subsídio na dogmática que trata dos limites dos direitos fundamentais.

4.1 O LIMITE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existem grandes possibilidades de existir um conflito entre titulares de direitos fundamentais, em virtude de um possível choque da liberdade do exercício dos seus titulares e das generalidades das pessoas. Assim sendo, em razão de possíveis ingerências, particular ou estatal, faz-se mister a imposição de limites ao exercício dos direitos fundamentais (PIEROTH, 2012, p. 92-93):

Verifica-se uma ingerência, um limite, uma limitação ou restrição, uma afetação, uma redução ou uma delimitação por parte do Estado, sempre que o particular é por este impedido de ter uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental. A ingerência pode ocorrer

individualmente (ato administrativo, sentença judicial) ou *em geral* (lei, regulamento jurídico, regulamento autônomo).

No que se refere à limitação imposta pelo novo ordenamento da “Nova Lei Seca” a restrição reside em não permitir que pessoas que façam uso de bebidas alcoólicas em níveis acima de 6 decigramas de álcool por litro de sangue conduzam veículos automotores nas vias públicas, pois sob essa condição as capacidades motoras se encontram seriamente afetadas.

De acordo com Honorato (2013, p. 91), Relatório Global sobre Segurança Viária divulgado pela OMS, em 2009, sustenta que “o risco de envolver-se em uma colisão aumenta significativamente quando a concentração de álcool no sangue (TAS) supera 4 dg/L”. Há ainda estudos que demonstram que o álcool influencia os sentidos, altera a percepção de risco e acarreta, sem dúvida alguma, prejuízo à segurança viária em qualquer nível, podendo um condutor que tenha ingerido a quantia de 0,2g/L álcool já apresentar alterações detectáveis em testes de atenção dividida, funções visuais e acompanhamento de pontos em movimento.

Portanto, os limites de tolerância obedecem a um critério técnico, não havendo se falar que a legislação tenha sido “extremista” e “desproporcional” quanto ao fim pugnado. As alterações legislativas atribuídas à “Nova Lei Seca” buscam, num aspecto técnico, impor as limitações materiais necessárias para impedir que pessoas incapacitadas, momentaneamente, conduzam veículos nas vias públicas.

A própria Constituição Federal de 1988 consagrou no texto algumas normas com limitações materiais que impedem que o poder reformador, a livre-arbítrio, modifique ou suprima algumas dessas normas denominadas de “cláusulas pétreas” (Art. 60, § 4º), em vista que seus conteúdos atingem sobremaneira a substância do conteúdo da Carta Magna, e porque não dizer do Estado de Democrático de Direito, tornando-as insusceptíveis de alteração ou reforma.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Dessa forma direitos fundamentais como os elencados nos artigos 5º, 6º e 7º da CF/88 estão sujeitos a sofrer apenas limitação expressa material, pois a exemplo das liberdades públicas possuem caráter supranacional, que transcende a órbita meramente interna da Constituição (BULOS, 2014, p. 422).

A partir dessas considerações percebe-se a necessidade, mais uma vez, que a doutrina estabeleça critérios bem definidos e razoáveis a fim de que, diante de um confronto de princípios fundamentais, as ponderações às limitações de direitos fundamentais conflitantes possa manter o equilíbrio necessário para que cada indivíduo exerça e usufrua de sua liberdade, respeitada a dignidade da pessoa humana.

Falar-se em limites de tolerância ao álcool relacionado à condução de veículos automotores significa, antes de tudo, reiterar o respeito à dignidade da pessoa humana, pois é atentar para o princípio de que um trânsito em condições seguras torna possível que não só o próprio condutor, mas outros condutores e pedestres ocupantes do mesmo espaço físico não sejam reféns da imprudência e do individualismo, o que se configura numa obrigação do Estado fazer cumprir a sua legislação. Não há que se falar que o âmbito de proteção do direito à liberdade de ir e vir seja afetado quando se comparar que as limitações e restrições impostas pela lei beneficia a todos os demais usuários do trânsito.

Para Gilmar Mendes (2014, p. 239-240) a definição do *âmbito ou núcleo de proteção* de um direito fundamental configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental, pois só através dessa definição será possível fixar com precisão a restrição ou limitação desses direitos.

Nesse sentido, na determinação do *âmbito de proteção* da norma da nova lei seca é necessário que se analise que o bem jurídico protegido (a vida) tem uma amplitude maior que a restrição contemplada (proibição de dirigir embriagado), fazendo com que a ação estatal se torne legítima e proporcionalmente necessária.

É o que se denota do *âmbito de proteção da restrição* inserido na própria CF/88, que estabelece que os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária com fundamento na própria Constituição (restrição mediata).

Aqui há de se perceber que as restrições impostas pelo ordenamento do direito do trânsito que se referem ao tema da “Lei Seca” possuem um arcabouço jurídico inspirado no próprio direito constitucional, quando autoriza que leis infraconstitucionais imponham certas restrições a direitos fundamentais, respeitadas as hierarquias e equivalências.

Não mais importante compreender que os direitos fundamentais são passíveis de limitação, e por isso compelem o livre-arbítrio dos julgadores, se faz necessário conhecer o exame da proporcionalidade, ou seja, a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito

Constitucional, o qual exerce papel ímpar na solução dos mais diversos conflitos entre direitos fundamentais.

4.2 A TEORIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade assume papel relevante no Direito Constitucional, se configurando em poderoso alicerce na garantia dos direitos fundamentais. Fornecendo critérios limitativos ao poder legítimo estatal contribui significativamente para garantir que direitos e liberdades não sejam lesados, tendo por esse motivo a doutrina procurado cada vez mais consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2008, p. 395-6).

As primeiras anotações a despeito da “Lei Seca” e o princípio da proporcionalidade foram observadas no parecer emitido pela Procuradoria Geral da União durante Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4103, impetrada no STF pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento, a ABRASEL, questionando a constitucionalidade da então Lei Seca (Lei nº 11.705/2008), em que argumentavam que a medida era desprovida de razoabilidade, proporcionalidade e equidade, violando assim os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), da razoabilidade (art. 5º, LIV, CF), da livre iniciativa, da liberdade econômica e da mínima intervenção estatal (art. 170, CF), bem como o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF).

Nesse entendimento, não se pode negar que a aplicação do princípio às normas de trânsito, e em especial à nova lei seca, comungam com o estado constitucional, razão maior da existência da sociedade organizada.

É perceptível que os conflitos surgidos com a introdução das “Leis Secas” no ordenamento jurídico brasileiro se acirram a despeito da rigorosidade imposta pela lei ante os princípios da presunção da inocência e da não autoincriminação, alegando os receptores desta temática que a lei não necessitava de extremo rigor, simplesmente para garantir uma maior segurança viária.

Embora Távora (2013, p. 401) frise que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, na sua essência, para preservar os interesses do acusado, devendo sua ponderação axiológica se justificar estritamente necessária apenas para a manutenção do *status* de inocência, a proteção da sociedade está melhor amparada quando se busca preservar, também, o núcleo básico de garantias de todos.

A proporcionalidade dos embasamentos científicos que levaram ao surgimento da “Lei Seca” se tornam elementos de grande peso para justificar as medidas, visto que a segurança viária reflete diretamente no aumento da segurança das pessoas, preservando vidas e, subsidiariamente, a saúde das pessoas. Os acidentes de trânsito não ocasionam somente as mortes, preocupação maior dos estatísticos, mas, principalmente, o grande número de pessoas lesionadas que mobilizam o aparato estatal da segurança e da saúde, onerando sobremaneira esses custos. Frise-se ainda a oneração, também, da previdência social, pois muitas vítimas terminam por se tornar inválidas para as atividades laborais mínimas.

Dados publicados no Mapa da Violência 2013 – Acidentes de Trânsito e Motocicletas citam que as análises das internações hospitalares apresentam um panorama desses aspectos financeiros. Segundo as guias registradas no Sistema de Informações Hospitalares (SIH), do Ministério da Saúde, as 159.327 internações hospitalares por acidentes de trânsito pagas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) custaram ao erário um total de 210,8 milhões reais no ano de 2011, tendo os maiores custos se destacado nas categorias de acidentados por motocicletas, seguido dos pedestres e dos automóveis (WALSELFISZ, 2013, p. 76).

Quando Tavares (2013, p. 633), citando Humberto Ávila, define que a proporcionalidade há de ser compreendida de maneira distinta da razoabilidade porque implica em uma relação de causalidade entre o meio e fim, quer dizer que o critério da proporcionalidade serve de fundamentação para diversos ramos do Direito, tanto é que tem predominado na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, inclusive, em decisões do Supremo Tribunal Federal. Assim, esse critério muito bem se emprega no tratamento à questão da norma da lei seca, por permitir uma análise aprofundada do cerne da questão.

Ainda sobre a proporcionalidade e razoabilidade da “Lei Seca”, encontramos relatos do advogado Fernando Cândido Stellato Ribeiro (artigo publicado no Instituto Trânsito Brasil (ITB), em 2008) que considera a lei “tolerância zero” um sistema “extremista”, provido de medida irrazoável e desproporcional. Porém, suas declarações não traduzem mais argumentos, em vista que apenas acrescenta que a medida poderia servir de “estimulo” à venda de bafômetros, pelo temor que a sociedade via na representação da lei, haja vista a divulgação midiática.

Ao tratar das origens da proporcionalidade Barroso (2009, p. 255-8) ensina que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade se origina da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: a) o da *razoabilidade*, que teria origem na doutrina do devido processo

legal substantivo do direito norte-americano, instituto ancestral do direito anglo-saxão que remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta* e, b) o da *proporcionalidade*, que teria sua origem no direito alemão, desenvolvido no âmbito do direito administrativo como limitação à discricionariedade administrativa. Mesmo admitindo conceitos fungíveis distintos entre proporcionalidade e razoabilidade, Barroso sugere não haver resultados práticos numa distinção metodológica.

Ingo Sarlet (2012, p. 212-3) contrapondo Barroso admite que proporcionalidade e razoabilidade não podem ser equiparados pela simples afirmação da fungibilidade dos dois princípios, pois eles guardam forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio. Assim, esse princípio opera em três níveis, a saber: o critério da *adequação* ou *conformidade*, a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos; a *necessidade* ou da *exigibilidade*, a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restritiva possível; e a *proporcionalidade em sentido estrito*, a medida embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de "justa medida" entre os meios utilizados e o fim almejado.

Ainda tratando a esse respeito Robert Alexy (2014, p. 141-2) se refere ao princípio da proporcionalidade com a denominação de *máxima da proporcionalidade*, que teria importante aplicação na lei da ponderação. Na sua conceituação ele subdivide a *máxima da proporcionalidade* em três parciais: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*; trata as duas primeiras parciais (adequação e necessidade) em relação a otimização das possibilidades fáticas e a terceira a otimização das possibilidades jurídicas, sendo esta última de significativa importância na aplicação do sopesamento quando da colisão de direitos fundamentais.

Note-se pela discursiva que a dogmática em torno da legalidade e aplicabilidade da “Nova Lei Seca” infere-se perfeitamente nos subprincípios da “máxima proporcionalidade”, defendidos por Robert Alexy, pois além de adequadas e necessárias as rigorosidades da lei, visto ser imperativo mundial defendido pelos organismos da ONU e OMS o emprego de meios mais seguros e eficazes no combate ao consumo de álcool, a medida se mostra proporcional em sentido estrito ao passo que busca o Estado intervir, preventivamente, na liberdade pública em prol de garantir direitos fundamentais da vida, da saúde e da segurança viária.

Bodo Pieroth (2012, p. 108) cita o *princípio da proporcionalidade* (proibição do excesso) como o mais significativo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, quando trata da questão das limitações a limites de legislar, pois exige:

- o *fim* prosseguido pelo Estado possa ser prosseguido enquanto tal;
- o *meio* usado pelo Estado possa ser aplicado como tal;
- o emprego do meio para alcançar o fim seja *adequado*; e que
- o emprego do meio para atingir o fim seja *necessário* (indispensável).

Nesse mesmo sentido, acrescenta Gilmar Mendes (2014, p. 267-70) que por ter fundamento o princípio da proporcionalidade no âmbito dos direitos fundamentais, tem constantemente sido empregado na jurisprudência do STF, tanto na solução de conflitos federativos como na superação de conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais diversos, a exemplo da Intervenção Federal nº 2.915, a qual assentou que “a intervenção federal, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade”.

Assim, a prova da necessidade (impedir de dirigir embriagado) pode assumir maior relevância que a adequação (o direito de ir e vir), pois dirigir um veículo pode ser necessário, mas não é adequado que se possa permitir que em qualquer estado (sem CNH, embriagado, etc) o conduza nas vias públicas apenas para respeitar o direito de ir e vir do cidadão. É necessário se estabelecer um juízo de proporcionalidade, com a rigorosa ponderação e equilíbrio entre a proibição e o objetivo perseguido pelo legislador.

A necessidade de empregar a razoabilidade ou proporcionalidade na interpretação da norma resta mais que necessária, pois possibilita ao julgador estabelecer a equidade na sua decisão.

4.3 A LEI SECA

Essa temática da embriaguez alcóolica associada à incidência de crimes de trânsito com resultado morte tem se tornado motivo frequente de discussão nas mais diversas áreas do conhecimento, haja vista organismos internacionais como a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização das Nações Unidas (ONU), afirmarem que esse tipo de ocorrência tem gerado grandes impactos na saúde e, por conseguinte, na segurança viária e no orçamento financeiro dos países afetados.

Pesquisa publicada pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPS) na obra intitulada “El alcohol: un producto de consumo no ordinario. Investigación y políticas públicas” (2010, p. 54-55) evidência de que os acidentes de trânsito estão sobremaneira

relacionados ao álcool, embora não esteja claro se essa relação é independente dos padrões de consumo, ou seja, se o relacionamento é apenas um reflexo da correlação entre os tempos de consumo excessivo e volume:

Los choques de vehículos de motor se relacionan claramente con el alcohol (Recuadro 4.6). Se há demostrado una relación en respuesta a las dosis con el nivel de consumo antes de conducir, con um umbral de consecuencias negativas estimado en 40mg% (,04%, Eckardt et al. 1998). La evidencia biológica apoya esta relación. Hay cierta indicación de efectos positivos debajo de este umbral em consumidores experimentados, pero la evidencia no es amplia. Hay una relación entre los accidentes y volumen promedio, pero no es claro si esta relación es independiente de los patrones de consumo. A nivel población, los cambios en el nivel legal de alcohol en la sangre tienen un efecto en los índices de choques de vehículos de motor, especialmente los choques nocturnos de un solo vehículo asociados con la conducción bajo la influencia del alcohol (Mann et al. 2001). Esto apoya fuertemente los hallazgos de los estudios caso-control a nivel individual del papel del alcohol en los accidentes de vehículos de motor.

Ainda de acordo com a OPS (2010, p. xi) o álcool é considerado em toda região das Américas uma das principais drogas relacionadas às questões de violência, suicídios e outras enfermidades crônicas:

El uso nocivo del alcohol es uno de los principales factores de riesgo para la carga de enfermedad em la Region de las Americas, contribuyendo a la violencia, lesiones, suicidios, enfermedades crônicas no transmisibles, los trastornos de salud mental, además de la dependencia del alcohol. El afecta de manera desproporcionada a personas, familias y sociedades en los países de ingresos bajos y medianos de la region y contribuye a empeorar las desigualdades en salud. El consumo de alcohol esta aumentando especialmente entre los jóvenes y también esta comenzando en edades mas tempranas, a pesar de la evidencia científica de los riesgos del consumo de alcohol precoz y el posterior desarrollo de la dependencia del alcohol.

De acordo com dados do projeto “Vida no Trânsito”, elaborado por uma comissão nacional envolvendo vários órgãos e Ministérios e sob a coordenação do Ministério da Saúde, nas regiões das Américas o trânsito representa a principal causa de morte na faixa etária de 5 a 14 anos e a segunda causa na faixa etária de 15 a 44 anos, resultando em 142.252 mortes anuais e cerca de 5.000.000 de lesionados (OPAS, 2010). Nas seis regiões das Américas a situação da mortalidade no trânsito é preocupante, com taxa média regional ajustada de 15,8 mortes/100.000 habitantes (2010, p. 10).

Nesse contexto, no ano de 2005 a OPS organizou em Brasília a 1ª Conferência Panamericana sobre Políticas Públicas de Álcool, demonstrando que a organização tem se prestado a mútua cooperação, principalmente, com os países em desenvolvimento na busca de soluções para os problemas relacionados ao álcool.

A pesquisa da OPS ainda aponta que o consumo de álcool mundial tem aumentado significativamente, necessitando por parte dos gestores uma política pública urgente e eficiente para o combate desse mal, que tem seus reflexos principais na área da saúde humana.

Conforme Jorge (2008, p. 54) no período de 1998 a 2005 a análise do Sistema de Informações do Departamento Nacional de Trânsito apontou um acréscimo de 46,1% no número de acidentes com vítimas, sendo que no ano de 2005 as taxas mais elevadas foram verificadas nos Estados de Goiás, Distrito Federal, Paraná, Mato Grosso do Sul e São Paulo.

De acordo com Jorge (2008, p. 58), no Brasil, durante o ano de 2005, o número de mortes decorrentes de acidentes de trânsito atingiu a média de 98 mortes por dia. Esses dados, se comparados aos acidentes aéreos, por exemplo, corresponderia a uma quota diária de uma aeronave comercial, demonstrando que os acidentes terrestres estavam causando graves problemas para a saúde e economia brasileira:

O número de mortes por acidentes de trânsito, em 2005, no Brasil, foi de 35.763, o que corresponde à média de 98 mortes por dia. Os óbitos no local do acidente correspondem a cerca de 70% das vítimas sendo que os 30% restantes chegam à morte após algum tipo de socorro. Esses fatos fazem pensar na necessidade de sensibilizar as autoridades competentes para esse problema visto que, se comparados aos acidentes aéreos, que tanta comoção causam, no país, o valor corresponderia à quota diária de uma aeronave comercial. Levando-se em conta algumas características dessas vítimas, é possível pensar no problema que isso representa em termos econômicos para o Brasil.

De acordo com a Política Nacional de Trânsito (PNT), publicada pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), aprovada através da Resolução nº 166, de 15 de setembro de 2004 – CONTRAN, no Informe Mundial sobre Prevenção de Acidentes causados no Trânsito, publicado pela Organização Mundial da Saúde em 2004, estudos demonstram que os acidentes de trânsito têm um impacto desproporcional nos setores mais pobres e vulneráveis da população. Estatísticas brasileiras indicam que cerca de 30% dos acidentes de trânsito são atropelamentos, e causam 51% dos óbitos. (PNT, 2004, p. 14).

Assim, a segurança no trânsito era uma preocupação da PNT, que expressava a necessidade de buscar novos meios para a redução dos acidentes de trânsito, em vista da situação no Brasil:

A segurança no trânsito é um problema atual, sério e mundial, mas absolutamente urgente no Brasil. A cada ano, mais de 33 mil pessoas são mortas e cerca de 400 mil tornam-se feridas ou inválidas em ocorrências de trânsito. Nossos índices de fatalidade na circulação viária são bastante superiores às dos países desenvolvidos e representam uma das principais causas de morte prematura da população economicamente ativa. (PNT, 2004, p. 9)

Em artigo publicado na revista *Época*, edição 258, de 01 de maio de 2003, o jornalista Rogério Louro cita que pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz, no Rio de Janeiro, feita em parceria com o hospital Miguel Couto, apontou que cerca de 30% das vítimas de acidentes de carro que deram entrada no hospital tinham bebido ou se drogado. Os médicos daquele hospital apontaram a embriaguez como a principal causadora de acidentes de automóveis. Afirmaram ainda que esses dados podem ser ainda maiores, pois para cada pessoa que é atendida por causa de acidentes de trânsito, três nem chegam aos hospitais porque não se machucaram, tiveram lesões leves ou, simplesmente porque morreram no local.

Segundo estudos do Departamento da Adolescência da Sociedade Brasileira de Pediatria sobre o uso e abuso de álcool na adolescência a correlação entre o nível de alcoolemia e o aparecimento de alguns efeitos clínicos pode ser observado a partir de certos valores de concentração de etanol, tendo cada dosimetria ocasionado o aparecimento de estágios que variam desde a “sobriedade” até a própria definição do estágio de “coma”, conforme se ver na tabela abaixo:

TABELA 1: ESTÁGIOS DA INTOXICAÇÃO ALCOÓLICA AGUDA

Concentração de etanol no sangue (mg%)	Concentração de etanol na urina (mg%)	Estágio de influência alcoólica	Efeitos
0,01-0,05	0,01-0,07	Sobriedade	Pouco efeito na maioria das pessoas.
0,04-0,12	0,03-0,16	Euforia	Inibições diminuídas, julgamento diminuído, perda do controle fino, tempo de reação aumentado.
0,09-0,20	0,07-0,30	Excitação	Incoordenação, perda do julgamento crítico, perda da memória, tempo de reação aumentado.
0,15 – 0,30	0,12-0,40	Confusão	Desorientação, equilíbrio emocional danificado, fala prejudicada, sensação perturbada.
0,25-0,40	0,20-0,50	Estupor	Paralisia e incontinência.
0,30-0,50	0,25-0,60	Coma	Reflexos diminuídos, respiração diminuída e morte possível.

Fonte: Revista *Adolescente & Saúde*. Revista Oficial do Núcleo de Estudos da Saúde do Adolescente/UERJ. Vol. 4, nº 3, 2007, p. 14.

Segundo o Dr. Arthur Guerra de Andrade, em entrevista publicada no portal de saúde “Minha Vida”, em 2011, já nos primeiros goles o álcool atua como estimulante e pode deixar as pessoas, temporariamente, com uma sensação de excitação. No entanto, as inibições e a capacidade de julgamento são rapidamente afetadas, aumentando a probabilidade de tomarem decisões equivocadas. O tempo de reação e reflexos também sofre alterações, comprometendo

ainda mais as habilidades necessárias para o ato de dirigir. Em altas doses, a bebida alcoólica pode também causar sonolência ou até mesmo ocasionar a perda da consciência ao volante.

O trabalho intitulado “Médicos pela Segurança no Trânsito”, da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (ABRAMET) aponta que o álcool afeta negativamente a segurança no trânsito sob três aspectos:

- a) Na sobrevivência: para um mesmo impacto físico, todas as outras variáveis mantidas constantes, quanto mais um indivíduo tiver bebido, maior sua chance de morrer (um mesmo impacto causa mais ferimentos numa pessoa que bebeu).
- b) Na performance: o consumo de álcool reduz a capacidade de percepção da velocidade e dos obstáculos, os reflexos, a habilidade de controlar o veículo. O álcool diminui a visão periférica, passando o embriagado a não se interessar pelo que acontece lateralmente ("visão tubular"). Causa prejuízo na capacidade de dividir a atenção, redução a habilidade para controlar o veículo (manutenção da trajetória, realizar curvas etc., aumentando o tempo de reação).
- c) No comportamento: o álcool diminui, inibe, as barreiras morais e faz perder ou embota a autocrítica; o condutor faz o que não deve ao volante, a euforia e a empolgação refletem-se no descontrole do pé, que fica mais pesado e, o que é pior, faz com que o alcoolizado negligencie riscos. Incrementa a agressividade (valentia, violência) faz negligenciar riscos, causa sono, fadiga, depressão, desatenção e estimula tendência auto-destrutiva.

Nesse sentido, o trabalho da ABRAMET recomenda que o ideal é não dirigir após consumir qualquer tipo de bebida alcoólica, pois a ingestão de qualquer quantidade de álcool pode afetar negativamente a direção veicular segura, pois até mesmo o limite estabelecido pelo CTB de 0,6 g/l (seis decigramas) de álcool por litro de sangue pode ocasionar alterações significativas do controle do condutor.

Acrescenta o estudo científico da ABRAMET que experiência conduzida pelo Institute Belge pour la Sécurité Routière comparou indivíduos nas mesmas condições: ingestão da mesma quantidade de bebida alcoólica e mesmo regime alimentar, observando que o nível de alcoolemia é influenciado pela metabolização hepática, estado emocional, ritmo de ingestão, quantidade consumida, teor alcoólico e natureza da bebida, combinação do álcool com sucos ou água, massa corporal, estado de jejum ou saciedade, idade, sexo, hábito de beber e associação com drogas ou medicamentos, o que torna difícil de estabelecer uma concordância exata entre a quantidade de álcool ingerida e a alcoolemia e, conseqüentemente, quanto se pode beber antes de dirigir.

Em parecer emitido pela Advocacia-Geral da União (AGU), na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI Nº 4103, os Advogados-Gerais, citando trecho da Exposição de

Motivos da Medida Provisória nº 415/2008, relatam que as estatísticas sobre o consumo de bebidas alcoólicas estimam que o álcool causa mais de 1,8 milhão de mortes anualmente no mundo.

Diante desse contexto, o álcool vem sendo considerado pelo Ministério da Saúde como uma das drogas que mais dão causa a acidentes de trânsito no Brasil, haja vista geralmente os condutores envolvidos em acidentes de veículos apresentarem algum estado de embriaguez alcóolica, o que torna as consequências advindas desses acidentes cada vez mais graves, onerando sobremaneira os cofres da saúde pública do país.

Segundo dados da OMS só no ano de 2009 foram registrados em 178 países mais de 1,3 milhão de mortes por acidente de trânsito, podendo esse número chegar a 1,9 milhão de caso até 2020 se nenhuma ação preventiva for efetivada pelas autoridades governamentais e não-governamentais. De acordo com essas estatísticas da OMS, o Brasil se encontra entre um dos cinco países mais violentos em acidentes de trânsito com vítimas fatais, precedido apenas pela Índia, China, Estados Unidos e Rússia.

Em decorrência das estatísticas apontadas pela OMS, a ONU lançou no ano de 2009 a Resolução nº 2/2009, convocando todos os seus países-membros a adotarem medidas preventivas com a finalidade de reduzir essa mortalidade em até 50%, até o ano de 2020, tendo o Brasil se engajado nessa campanha lançando seu Pacto Nacional pela Redução de Acidentes (PARADA), com o objetivo de promover ações de conscientização sobre segurança no trânsito, composta de peças publicitárias, de medidas educativas e de mobilização dos agentes públicos e da sociedade civil, através do Plano Nacional de Redução de Acidentes e Segurança Viária para a Década 2011-2020.

No Brasil, somente no ano de 2008 dados do Ministério da Saúde e do Ministério das Cidades registraram a ocorrência de aproximadamente 39 mil óbitos e 619 mil vítimas não fatais no Brasil, estando muitas destas últimas com sequelas irreversíveis decorrentes dos acidentes de trânsito.

De acordo com Alane Belfort (2012, p. 12), no Brasil o número oficial de mortos vítimas de acidente de trânsito é aproximadamente 35,1 mil por ano e de 400 mil por ano de feridos, de um total de 1,5 milhões de acidentes. Acredita-se que, na realidade, o valor efetivo de mortos seja bem maior, pois esse dado oficial só inclui as mortes ocorridas no local do acidente, desconsiderando as que faleceram dentro das ambulâncias a caminho do hospital e as que chegaram a óbito algum tempo depois do acidente. Sendo assim, na verdade, as vítimas fatais de acidente de trânsito chegam a alcançar a faixa dos 50 mil por ano.

Mesmo contando com uma legislação de trânsito específica, as estatísticas de violência no trânsito despertaram os legisladores para a necessidade de implementar novas medidas que pudessem tornar mais eficaz a fiscalização e o combate de incidência de pessoas conduzindo veículos automotores nas vias sob efeito de álcool e substâncias análogas, fator principal para o surgimento da chamada “Lei Seca”.

Essa expressão “Lei Seca”, de acordo Alane Belfort (2012, p. 10), teve origem norte-americana em decorrência da 18ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, de 16 de janeiro de 1919, que proibia o varejo, a fabricação, o transporte, a importação e a exportação de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos entre os anos 1919 e 1933. Assim, essa proibição genérica estabelecida pela emenda norte-americana ficou conhecida mundialmente como “Lei Seca”.

Um maior rigor à questão da embriaguez alcoólica ao volante foi trazido pelas primeiras alterações do Código de Trânsito Brasileiro aos arts. 165, 277 e 302, através da Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006.

Com a nova redação foi suprimindo do art. 165 a necessidade de identificar os níveis de álcool ou de outra substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, considerando qualquer limite detectado o suficiente para a lavratura do auto de infração de trânsito por embriaguez ao volante.

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:
Infração - gravíssima;
Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;
Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Já o art. 277 do mesmo diploma recebeu o acréscimo do § 2º, o qual especifica que em caso de recusa por parte do condutor à realização dos testes, exames e da perícia, o próprio agente da autoridade de trânsito pode se utilizar da obtenção de outras provas em direito admitidas acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.
§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.
§ 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada

mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

Por fim, a última alteração trazida pela Lei nº 11.275/2006 se refere ao agravante de pena acrescido ao parágrafo único do artigo 302, dissertando que se comprovado o estado de embriaguez alcoólica nos casos de crime de homicídio culposo praticado na direção de veículos automotores, a pena será aumentada de um terço à metade:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:
Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:
V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos podem incidem num aumento de pena.

Apesar das primeiras alterações trazidas pela Lei nº 11.275/2006 se referirem a questão da embriaguez alcoólica ao volante, a expressão “Lei Seca” surge pela primeira vez após as alterações introduzidas pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que além de vedar comercialização varejista de bebidas alcoólicas na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos a essa faixa com acesso direto à rodovia institui a “tolerância zero” para as infrações de trânsito.

LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.

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

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

As sérias restrições impostas pela Lei nº 11.705/2008 - “Lei Seca” à venda de bebidas alcólicas por estabelecimentos comerciais situados na faixa de domínio das rodovias federais ou terrenos contíguos à faixa desse domínio, com acesso direto à rodovia, no intuito de inibir a compra por parte de condutores de veículos automotores de bebidas alcólicas causou, de pronto, grande impacto na sociedade brasileira.

Destaque ainda para as alterações do art. 276 do diploma, que estabeleceu uma “tolerância zero” para o cometimento da infração do art. 165, devendo qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou litro de ar alveolar sujeitar o condutor às penalidades do artigo.

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

Infração - gravíssima;

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

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

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.

Em artigo publicado no Instituto Trânsito Brasil (ITB), em 2008, o advogado Fernando Cândido Stellato Ribeiro denomina que a lei “tolerância zero”, o que seria uma ideologia copiada dos filmes americanos, é arraigada de “extremismo” e precisava ser revista, já que a sociedade brasileira possui cultura diversa da dos Estados Unidos e o programa “tolerância zero” que por lá vigora seria irrazoável e desproporcional, além de inadequado no nosso sistema jurídico.

É importante ressaltar, ainda, que dentro dos padrões atuais, imaginar que um maior rigor penal para fins de segurança pública conduza a uma menor incidência de crimes, nada mais é do que um falso axioma criado para macular uma falsa sensação de segurança. Mesmo porque, também não há nada que comprove que leis mais severas ou penas mais rígidas torne uma sociedade mais segura pela conseqüente diminuição de crimes. É apenas uma pretensão, uma ficção jurídica.

Ainda tratando das alterações sob o aspecto da embriaguez no CTB, as alterações introduzidas pela Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012 (altera os artigos 165, 262, 276, 277 e 306, todos do CTB), também denominada “Nova Lei Seca” trouxe, além da taxaço de altos valores nas multas para o crime em comento, a inovação de delegar poderes ao agente de fiscalização da autoridade de trânsito de se utilizar de quaisquer meios legais e disponíveis para constatar a embriaguez alcóolica de condutores de veículos, tais como vídeos e testemunhas, com o intuito de reduzir a impunidade dos infratores do trânsito no Brasil.

Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012.

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica.

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito **poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa** que determine dependência.

§ 1º (Revogado).

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. (grifo nosso)

Seguindo mesma orientação a verificação e constatação do crime tipificado no art. 306 também passou a adotar os novos meios de provas admitidas:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (grifo nosso)

Desde a edição da “Lei Seca” e a admissão dos novos meios de provas por meio da nova lei seca, os condutores flagrados nas operações policiais recorrem aos Tribunais no intuito de se livrar dos efeitos punitivos alegando, dentre outros direitos, o de não produzir provas contra a si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), princípio adotado e consagrado na nossa Constituição.

Embora sob as mais severas críticas, fato é que a partir de 2008 a população brasileira passou a contar com três níveis de proteção jurídica contra os riscos decorrentes da embriaguez alcóolica ao volante: um na esfera administrativa de trânsito, em que a faixa de tolerância foi reduzida de 8 dg/l para 6dg/l e, atualmente, fixada em 0 (zero) (art 165, CTB) e outros dois no âmbito criminal, em que foram identificados na *Lei Seca* dois crimes de

embriaguez ao volante e relacionados na *Nova Lei Seca*, os distintos meios para prová-los em Juízo (HONORATO, 2013).

4.4 OS MEIOS DE PROVA NA APLICAÇÃO DA LEI E O CONFLITO COM OS DIREITOS INDIVIDUAIS DO CIDADÃO EM NÃO FAZER PROVA CONTRA SI

As provas se constituem parte imprescindível dentro de um processo, pois tem importante papel como meio pelo qual o Juiz fundamenta a apreciação e julgamento das lides, seja ele qual for o ramo do direito. Para tanto, a prova não se resume unicamente a relato de testemunhas e vítimas, mas também o interrogatório do réu, laudos periciais, buscas e apreensões, dentre outras legalmente aceitas. O próprio exame de embriaguez ao volante é apontado por Nestor Távora como um tipo específico de prova no Direito Processual Penal.

A prova está intimamente ligada à demonstração da verdade dos fatos, sendo inerente ao desempenho do direito de ação e de defesa. É verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos. (TÁVORA, 2013, p. 388).

Mohamed Amaro (2007, p. 211) define que “a constatação da verdade processual é obtida ou efetivada através da prova, ou seja, pela “soma dos fatores produtores da convicção dentro do processo”, que [...] propicia ao julgador condições para dirimir o litígio, com a apuração do fato, da autoria e da adequada imposição da lei”.

Como o princípio da liberdade probatória não é absoluto, o intuito da busca da verdade real e a amplitude da produção probatória, fazendo-se aproveitar outros meios de prova que não os disciplinados no Código de Processo Penal (CPP), encontram limites na própria Constituição (CF, art. 50, inciso LVI), que não admite “as provas obtidas por meios ilícitos”. Dessa forma, toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual não são admitidas no processo, sendo vedadas, proibidas ou inadmissíveis (TÁVORA, 2013, p. 392).

Assim, a partir desses gêneros: vedadas, proibidas ou inadmissíveis, Távora classifica as provas nas espécies de:

- a) As provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei nº 9.455/1997); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei nº 9.296/1996).

b) As provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, § 10, CPP).

Há ainda uma terceira espécie apontada por Távora (2013, p. 393) que seria aquela defendida por Paulo Rangel, chamada de “provas irregulares”, as quais seriam permitidas pela legislação processual, mas na sua produção, as formalidades legais não são atendidas, a exemplo da busca e apreensão domiciliar que não atenda aos requisitos formais do art. 243 do CPP, quais sejam, mencionar os motivos e os fins da diligência, ser subscrito pelo escrivão e pela autoridade que o fez expedir etc. Desta maneira, seria uma prova irregular e, por sua vez, inválida.

Távora (2013, p. 388) cita que Guilherme Nucci entende que existem "três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

O Código de Processo Penal (CPP) não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. O princípio da verdade real (verdade processual, *rectius*), iluminando a persecução criminal, permite a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei, desde que moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento. Os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo (TÁVORA, 2013, p. 391).

A liberdade probatória é a regra, e as limitações figuram no âmbito da exceção. Esta também a égide do CPPM, que, em seu art. 295, esclarece ser admissível "qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares" (TÁVORA, 2013, p. 392)

No sistema penal brasileiro as provas não são *hierarquizadas*, nem tampouco se constituem numa *certeza legal*. As provas são, antes de tudo, *relativas*, visto que o Juiz, na livre apreciação destas, poderá formar, honesta e lealmente, sua convicção (Mohamed, 2007, p. 209).

A respeito da prova o artigo 5º, CF, traz a seguinte redação:

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O destinatário direto da prova é o magistrado, que formará o seu convencimento pelo material que é trazido aos autos. As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão (TÁVORA, 2013, p. 388).

Destarte que para a convicção do Juiz basta que as provas sejam produzidas licitamente, visto que o direito à produção de provas não é absoluto às partes, tendo o magistrado livre arbítrio, desde que não se afaste da legalidade, podendo assim, muitas das vezes, impedir que um ato desnecessário provoque a extinção da punibilidade pela prescrição (MOHAMED, 2007, p. 209).

Tanto é que a natureza jurídica da prova, de acordo com Távora (2013, p. 388), está intimamente ligada à demonstração da verdade dos fatos, sendo inerente ao desempenho do direito de ação e de defesa. É verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos.

Ensina Távora (2013, p. 388) que as normas atinentes às provas são de natureza processual, tendo aplicação imediata. Se o legislador disciplina um novo meio de prova, ou altera as normas já existentes, tais alterações terão incidência instantânea, abarcando os processos já em curso. Os crimes ocorridos antes da vigência da lei poderão ser demonstrados pelos novos meios de prova.

No Direito do trânsito brasileiro a primeira menção sobre a criminalização da embriaguez ao volante foi identificada no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei nº 9.503/97, ao qual foi estabelecida uma pena de detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

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

Nesse interim a comprovação do crime da embriaguez alcoólica, no CTB, estava condicionada a um dos seguintes meios de provas, a saber: *o teste do etilômetro (bafômetro)* e *o exame de sangue ou perícia* para a constatação da influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, conforme se depreende dos arts. 276 e 277, *in fine*:

Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.
Parágrafo único. O CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.

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

Parágrafo único. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos. (grifo nosso)

Novamente com as alterações da Lei nº 11.275/2006, o condutor abordado durante a fiscalização de trânsito, recusando-se a submeter-se aos procedimentos do art. 277, restaria penalizado na infração e medidas administrativas do art. 165:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

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

§ 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor. (grifo nosso)

Dessa forma, surge mais um meio de prova para a tipificação da embriaguez: caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.

Sendo que desta feita, essa previsão legal se resumia como meio de prova à infração de trânsito tipifica no art. 165 do CTB, a qual o agente de trânsito poderia relatar outros elementos que atestassem o estado de embriaguez do motorista, relato esse baseado nas informações (Auto de Constatação) regulamentado pelo CONTRAN, através da Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006 e seu Anexo I (art. 2º, §§ 1º e 2º):

Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006

Art. 2º. No caso de recusa do condutor à realização dos testes, dos exames e da perícia, previstos no artigo 1º, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção, pelo agente da autoridade de trânsito, de outras provas em direito admitidas acerca dos notórios sinais resultantes do consumo de álcool ou de qualquer substância entorpecente apresentados pelo condutor, conforme Anexo desta Resolução.

§ 1º. Os sinais de que trata o caput deste artigo, que levaram o agente da Autoridade de Trânsito à constatação do estado do condutor e à

caracterização da infração prevista no artigo 165 da Lei nº 9.503/97, deverão ser por ele descritos na ocorrência ou em termo específico que contenham as informações mínimas indicadas no Anexo desta Resolução.

§ 2º. O documento citado no parágrafo 1º deste artigo deverá ser preenchido e firmado pelo agente da Autoridade de Trânsito, que confirmará a recusa do condutor em se submeter aos exames previstos pelo artigo 277 da Lei nº 9.503/97.

Desde então, motoristas flagrados nas fiscalizações de trânsito tentam junto aos Tribunais reverter as penalidades a que foram submetidos, buscando na via judicial possíveis “brechas” da Lei para se escusar das suas responsabilidades, ganhando notoriedade aquelas inseridas pela Lei nº 11.275/2008 (Lei Seca).

Antes da edição da “Lei Seca” o crime do art. 306, CTB assumia um caráter de “perigo concreto”, pois estava condicionado à prova de que para a consecução do crime o infrator deveria, além de estar conduzindo o veículo no estado de embriaguez alcoólica está a expor a dano potencial a incolumidade de outrem.

Com a nova redação dada ao artigo 306 pela Lei 11.275/2008 “Lei Seca” o crime de embriaguez ao volante assumiu duas modalidades: uma por excesso de alcoolemia e outra por dirigir sob influência de substância psicoativa. Nesse caso, a redação do artigo trata não mais *sob a influência do álcool* e sim *sob a concentração de álcool* igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue, estipulada a equivalência entre outros distintos testes de alcoolemia, mantendo as mesmas penalidades.

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

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

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

A conduta antijurídica tipificada no novo artigo assume nova interpretação, qual seja *status* de “perigo abstrato”, pois não havia mais necessidade de expor a incolumidade de alguém, mas tão somente dirigir nas condições ali expostas: sob a concentração de álcool igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

A despeito da classificação dos crimes de dano e de perigo, Nucci (2013, p. 192) conceitua como sendo os crimes que se contentam, para a sua consumação, com a mera probabilidade de haver um dano. Os de “perigo concreto” ensejam a probabilidade de

ocorrência de dano que precisa ser investigada e provada, a exemplo de expor a vida ou saúde de alguém a perigo (art. 132, CP); já os de “perigo abstrato” trazem a presunção da ocorrência do dano no próprio tipo penal, independentemente de outras provas.

Volpato (2007, p. 31) enumera que os crimes de perigo são aqueles que expõem a risco o bem jurídico de outrem, gerando uma grande probabilidade do dano ocorrer. Ex.: incêndio (art. 250, CPB). Neste caso, a situação de risco é presumida tão logo o comportamento adotado por um cidadão exponha os demais membros da sociedade a um grande risco de dano. Assim, a lei é que presume haver perigo quando tomada uma determinada conduta contrária às normas, pois a grande periculosidade gerada por tal conduta já é motivo para apenação.

No conceito de Fonseca (2013), o art.306 da Lei nº 9.503/97 qualificava como crime de perigo o ato de “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Portanto, exigia-se que a direção perigosa ocorresse “na via pública” e que a conduta do motorista expusesse a incolumidade das pessoas a “dano potencial”, ou seja, punia-se apenas o crime de perigo concreto. Já a Lei nº 11.705/2008 qualificou como crime a condução de “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”, mantendo condição de que a direção do veículo automotor se desse em via pública, acrescentando apenas a condição dos níveis de alcoolemia no sangue, ou influência de outro tipo de substância psicoativa para que a embriaguez ao volante estivesse configurada.

Diante da discursiva que chegou até a Corte do STF, este decidiu que se mostra irrelevante indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado, conforme se observa do Recurso Ordinário em Habeas Corpus RHC 110.258/DF, da 1ª Turma, datado de 08/05/2012:

HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico

tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – **No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.** IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V – Ordem denegada” (HC nº 109.269/MG, Segunda Turma, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 11/10/11). (grifo nosso)

De sorte que pacificado uma das celeumas em torno do perigo de dano causado no crime em comento, considerado pela jurisprudência como de perigo abstrato, continuam as discussões em torno da constitucionalidade do dispositivo em tela, em vista da harmonia com os princípios constitucionais em vigor, notadamente, no tocante à autoincriminação.

A própria Corte Maior (STF) já foi provocada sobre o assunto quando a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL) impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4103, questionando a constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 11.705/2008, a qual ainda aguarda julgamento.

Em parecer relatado pela Advocacia-Geral da União (2008, p. 34) na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4103, impetrada no STF pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL) sobre a inconstitucionalidade do § 3º, artigo 277, da Lei nº 9.503/97 (incluído pelo artigo 5º, IV, da Lei nº 11.705/08), cujos argumentos firmavam que o dispositivo contrariava o disposto no artigo, 5º, LXIII, da Carta, os Procuradores-Gerais firmaram entendimento de que “o dispositivo atacado apenas define uma nova infração administrativa, sem interferir no direito ao silêncio do criminalmente acusado, a quem não impõe a prática de conduta que possa importar em sua condenação penal”.

Os Procuradores-Gerais entenderam que, nos termos da norma questionada, a recusa do condutor aos testes ali referidos não importará, em caso algum, a presunção ou confissão da prática de delito ou na imposição de pena criminal. De modo diverso, o dispositivo hostilizado se circunscreve a estabelecer sanção administrativa àquele que, sob suspeita de dirigir embriagado, impede a atuação da fiscalização de trânsito, mostrando-se as referidas sanções adequadas, por serem aptas à finalidade a que se propõem, que é desestimular a direção de veículos automotores por quem tenha ingerido bebida alcoólica e, também, necessárias, uma vez que a imposição de sanções mais brandas seria insuficiente para a consecução do objetivo visado (2008, p. 34):

Destarte, se a norma legal hostilizada é *adequada*, não há que se negar, também, sua *necessidade*. De fato, o país considerado “campeão” em acidentes de trânsito deve legislar em consonância com a sua própria realidade, adotando as medidas aptas e suficientes a solucionar seus problemas. Não por outra razão, a Lei nº 11.705/08 estabeleceu alcoolemia 0 (zero), índice que, ao contrário do que supõe a requerente (que o considera arbitrário e desproporcional), já é adotado por diversos países, dentre os quais se destacam a Hungria, a República Tcheca, a Colômbia, a Armênia, a Romênia, o Panamá e a República Eslovaca. (p. 25)

Nesse lapso temporal, o advento da “Nova Lei Seca” (Lei nº 12.760/2012) fez entender, preliminarmente, pela perda do objeto da ação, tendo ainda o Ministério Público Federal (MPF) pugnado pela parcial do pedido para a declaração da inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 5º da Lei 11.705/2008, que incluiu o § 3º no art. 277 da Lei 9.503/97 (CTB), com fulcro no princípio constitucional processual implícito da não-incriminação “*nemo tenetur se detegere*”, questão ainda a ser julgada por aquela Corte.

Em contrapartida, a defesa proclamada pela Advocacia Geral da União (AGU), através do Advogado-Geral da União José Antônio Dias Toffoli pugnou pela plenitude daquela “Lei Seca”, afirmando que os direitos fundamentais à vida, à saúde e à segurança no trânsito transcendem quaisquer discussões a respeito da constitucionalidade da medida de restrição das bebidas alcoólicas, sendo plenamente constitucional a norma (Lei Seca). Dos relatos, principia a AGU que o princípio da proporcionalidade foi plenamente acolhido na norma.

Sobre o tema, Damásio Evangelista (2004) discorre que no Direito Constitucional pátrio está consagrado o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, seguindo a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Em face disso, não pode a lei infraconstitucional impor a obrigação da sujeição do motorista suspeito ao exame de “bafômetro” (etilômetro), sob pena de configurar-se presunção contra ele. Negando-se, não responde por crime de desobediência. Embora a regra mencionada refira-se mais ao direito ao silêncio do preso, ela é aplicável a qualquer pessoa, detida ou não. O preceito significa que, na verdade, em nosso Direito, não se pode compelir o indivíduo a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

De acordo com Távora (2013, p, 78) ocorre que, à luz do princípio da autodefesa, o condutor do veículo não podia ser compelido a soprar o etilômetro, devendo-se afastar, inclusive, os posicionamentos doutrinários que afirmam que a recusa configuraria o crime de desobediência (art. 330, CP) - em razão do desrespeito a ordem de funcionário público -, já

que o condutor estaria amparado pela excludente do exercício regular de um direito - de não produzir prova contra si mesmo.

Para Távora (2013, p. 77) o princípio da inexigibilidade da auto incriminação ou *nemo tenetur se detegere* (também denominado de princípio da "autodefesa" pelos Tribunais), assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, tem pontos de contato com o princípio da presunção de inocência e com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição. A ideia é a de limitação do poder de punir do Estado, importando, sob esse enfoque, em caracterização de uma certa desigualdade processual penal.

Noutro ponto, Volpato (2007, p. 26) citando o professor Edison Miguel da Silva Júnior quanto à constitucionalidade do art. 277, CTB, discorre que a obrigatoriedade do exame de bafômetro está, de fato, dirigida à autoridade policial ou de trânsito, e não ao condutor:

[...] Sem dúvida, o motorista suspeito de embriaguez não está obrigado ao teste do bafômetro. Contudo, o artigo é constitucional e necessário, exatamente para garantia do cidadão contra ação temerária da autoridade de trânsito, bem intencionada ou não. Nessa linha de raciocínio, tomando por eixo a garantia do cidadão face ao Poder do Estado, a obrigatoriedade do bafômetro está dirigida à Autoridade Policial ou de Trânsito e não ao cidadão suspeito. O inciso IX do artigo 269, do novo Código define esse dever, ao passo que o mencionado artigo 277 apenas fixa a situação na qual deve ocorrer [...].

Aqueles condutores que se recusavam a realização dos testes do bafômetro, ou exame de sangue ou perícia, invocavam o fato do Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92) que, por conseguinte, absorveu daquele ordenamento jurídico o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (Pacto, art. 8º, § 2º, "g"), visando assim escapar ileso à penalidade (FONSECA, 2013).

Artigo 8

Garantias Judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; (Anexo Decreto nº 678/92)

Na Constituição Federal preceito equivalente estaria representado no Art. 5º, LXIII, que assim traduz:

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

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (grifo nosso)

Embora alguns autores tomem por argumento o contido no artigo 8 da Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica, de 22/11/1969), há de se constatar que a própria legislação de trânsito foi instituída buscando o bem-estar geral da sociedade, notadamente, as alterações mais rígidas advindas com a nova Lei Seca as quais comungam, de algum modo, com o contido no art. 30 da mencionada Convenção de Direitos, o qual estabelece que a restrição ao gozo e exercício dos direitos e liberdades deve ser aplicada de acordo com leis promulgadas por motivo de interesse geral:

Artigo 30

Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas. (Anexo Decreto nº 678/92)

Em vista das controvérsias e questionamentos a respeito das outras provas admitidas na embriaguez ao volante: exame do bafômetro, exame do etilômetro, perícias e auto de constatação do agente de trânsito, a partir de março de 2012 o entendimento do STJ foi pacificado no REsp nº 1111566, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no sentido de que “a prova técnica é indispensável e só pode ser aferida com o uso do chamado bafômetro ou com o exame de dosagem etílica no sangue”, pois o legislador procurou inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez mas, inadvertidamente, criou situação mais favorável àqueles que não se submeterem aos exames específicos. A lei que pretendia, com razão, ser mais rigorosa, engessou o tipo penal.

Assim, no intuito de encerrar a discursiva, eis que os legisladores editam a “Nova Lei Seca” (Lei nº 12.760/2012). Com ela, significativas modificações ocorrerão na legislação no tocante não só a considerar crime a condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa em qualquer espaço, urbano ou rural, e não mais só nas vias públicas como dantes, mas, principalmente, por solidificar em dispositivo a admissão de novos meios de prova para a constatação do crime.

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência e álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

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

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Desta feita, além dos meios de provas já existentes para a constatação do crime – teste de etilômetro (bafômetro), exame de sangue e perícia - foram acrescentadas outras possibilidades de provas em direito admitidas, tais como vídeo, prova testemunhal dentre outras, desde que observado o direito à contraprova.

Não sendo possível determinar a alcoolemia (ou seja, a quantidade de álcool no sangue) ou identificar a substância psicoativa ingerida (como uso de drogas, por exemplo), a nova redação conferida pela Lei n. 12.760/2012 ao art. 306, §1º, inc. II, do CTB permite que a *influência da substância* seja comprovada por “sinais que indiquem [...] alteração da capacidade psicomotora” (HONORATO, 2013).

Para Honorato (2013), a segunda espécie de embriaguez ao volante (§ 2º, do art. 306 do CTB, com redação introduzida pela lei n. 12.760/2012), não pode ser presumida, devendo ser comprovada, em cada caso concreto, pelos meios de prova expressamente mencionados: exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos.

Acrescenta Honorato (2013) que a orientação expressa na Resolução nº 432/2012, do CONTRAN, no art. 5º, II, que instituiu o Laudo de Constatação pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora, merece especial relevância, pois esses sinais externos dos efeitos do álcool no organismo podem ser perfeitamente observados, *ictu oculi*, conforme estudos científicos que comprovam que há comprometimento evidente da coordenação motora e diminuição da velocidade dos reflexos:

RESOLUÇÃO Nº 432, DE 23 DE JANEIRO DE 2013.

Art. 5º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:

II – constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.

§ 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.

§ 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.

Diante da admissão desses novos meios de prova novos questionamentos sucederam, tendo o STJ pacificando o entendimento de que em caso de recusa do bafômetro as outras provas podem perfeitamente ser acolhidas, não sendo motivo para alegação de constrangimento ilegal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). APONTADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ACUSADA QUE SE RECUSOU A SE SUBMETER AO TESTE DO BAFÔMETRO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 12.760/2012. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR OUTROS MEIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Com o advento da Lei 12.760/2012, o combate à embriaguez ao volante tornou-se ainda mais rígido, tendo o legislador previsto a possibilidade de comprovação do crime por diversos meios de prova, conforme se infere da redação do § 2º incluído no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. 2. No caso dos autos, o crime imputado à recorrente ocorreu em 14.09.2013, quando já vigorava o § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, de modo que, diante da sua recusa em se submeter ao teste do bafômetro, admite-se a prova da embriaguez por meio de testemunhos, circunstância que evidencia a dispensabilidade do exame pretendido na insurgência. 3. Recurso desprovido. (STJ - RHC: 51528 PE 2014/0232454-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 06/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2014)

Nesse mesmo sentido, não era entendimento das Cortes antes da edição da “Nova Lei Seca”, cujas decisões do STJ convergiam de que a redação conferida ao art. 306 do CTB pela Lei 11.705/2008, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, se tornava imperioso a aferição da concentração de álcool no sangue unicamente com os meios técnicos dos testes de etilômetro ou a exame de sangue meios viáveis da responsabilização criminal.

Todavia, com a publicação da Lei nº 12.760/2012 (Nova Lei Seca) e com os novos meios de provas expressos ali no § 2º, artigo 306, CTB, era de se esperar que as demandas face às ponderações dos flagrados nas fiscalizações de trânsito fossem de vez sucumbidas. Entretanto, vários questionamentos voltam a incidir sobre os crimes de embriaguez ao volante

em razão da interpretação que vem sendo realizada por alguns Juízes de Direito à “Nova Lei Seca”.

Eis que, além de questionamentos a respeito da não autoincriminação e presunção de inocência, novas demandas são alegadas pelos pacientes.

No tocante à irretroatividade da Lei nº 12.760/12 alguns Tribunais tem decidido por não considerar a aplicação da “Nova Lei Seca”, por ser considerada mais gravosa que a anterior e prejudicial aos réus, decisões que vem sendo afirmadas pela 2ª Câmara Criminal dos Tribunais do PR, de SP e do RS (Honorato, 2013):

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. RETROATIVIDADE. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. Aplicação retroativa da Lei 12.760/12 ao caso concreto, pois mais benéfica ao acusado. Ausência de provas da alteração da capacidade psicomotora. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. (Apelação Crime Nº 70057207029, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013) (TJ-RS - ACR: 70057207029 RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Data de Julgamento: 19/12/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/01/2014)

Convém salientar que as penalidades do art. 306, CTB não foram alteradas, permanecendo as mesmas, razão pela qual o paciente busca, na verdade, invocar os benefícios da exigência de exame técnico anteriormente firmado em jurisprudência do STJ (REsp nº 1111566), ao tempo em que tenta resistir à submissão às novas provas admitidas, como forma de se livrar da punição estatal.

Observamos que o entendimento da irretroatividade nesse sentido foi perfeitamente superado quando a admissão dos novos meios de prova fora reconhecida pelo STJ, conforme o julgamento do RHC: 51528 PE 2014/0232454-9.

Outra fervorosa discursiva diz respeito que a interpretação da aplicação da norma é de que somente pela fusão dos dois tipos penais (constatação da embriaguez e da alteração da capacidade psicomotora), produz o efeito necessário para a punição do acusado, de modo a

exigir tanto a prova do excesso de alcoolemia como também a alteração da capacidade psicomotora (Honorato, 2013).

É o que se pode observar em decisão da Apelação Crime Nº 70057966780, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, que rejeitou uma denúncia, em virtude de que na medida não sobreveio nenhuma prova apta a demonstrar a alteração da capacidade psicomotora do condutor, o que salientou o julgador monocrático que inviabilizou assim o exercício do direito de defesa.

APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. LEI 12.760/12. 1. Com a alteração do artigo 306 da Lei 9503/97 pela Lei 12.760/12, foi inserida no tipo penal uma nova elementar normativa: a alteração da capacidade psicomotora. Conforme a atual redação do dispositivo penal constitui conduta típica a condução do veículo com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. 2. No caso concreto, deve ser mantida a rejeição da denúncia, na medida em que não sobreveio nenhuma prova apta a demonstrar a alteração da capacidade psicomotora do condutor. Aliás, a própria peça acusatória, como bem salientou o julgador monocrático, não refere especificamente no que consistia a aludida alteração, inviabilizando o exercício do direito de defesa. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70057966780, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 15/05/2014) (TJ-RS - ACR: 70057966780 RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Data de Julgamento: 15/05/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/06/2014)

A Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, do CONTRAN, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306, do CTB, é categórica em afirmar, em seu artigo 3º, que a confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de vários procedimentos, sendo qualquer um deles suficiente para comprovar tal alteração.

Art. 3º - A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á **por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:**

I – exame de sangue;

II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em

caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);

IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor. (grifo nosso)

Nesse sentido, a interpretação pela fusão de dispositivos penais para a caracterização do crime da embriaguez alcoólica pode acarretar maiores dificuldades para a punibilidade dos condutores flagrados no crime em comento. Em vista de que os estudos científicos comprovam que embriaguez alcoólica altera a capacidade psicomotora dos indivíduos e, portanto, a capacidade de dirigir, não resta dúvidas que os índices acima dos limites permitidos, por si só, podem acarretar a insegurança nas vias, sendo desnecessário o exame de comprovação de alteração da capacidade psicomotora.

Há casos ainda em que a decisão do julgador tem exigido como prova de validade e eficácia do exame realizado pelo aparelho etilômetro os laudos de calibragem inicial e laudo de verificação anual do equipamento, conforme prevê o art. 4º, da Resolução nº 432/13, do CONTRAN, pois do contrário restaria a prova técnica prejudicada pela descalibragem do aparelho.

É o que se observa na decisão que foi prolatada na Apelação Criminal APL 149737/2012, da Terceira Câmara Criminal do TJMT, a qual manteve a sentença absolutória de paciente autuado por embriaguez, em virtude de que à época do exame o aparelho não estava devidamente calibrado:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N. 9.503/97. ABSOLVIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO COM BASE NA CONFISSÃO DO RECORRIDO QUANTO AO CONSUMO DE BEBIDA ALCÓOLICA E DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS. DESCABIMENTO. SENTENÇA FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. TESTE DO ETILÔMETRO/BAFÔMETRO REALIZADO COM APARELHO DESCALIBRADO E INADEQUADO AO EXAME. FALTA DE PROVA TÉCNICA APTA PARA COMPROVAR A PRESENÇA DE QUANTIDADE MÍNIMA DE ÁLCOOL NO SANGUE DO AGENTE. FATO CONSUMADO ANTES DA LEI N. 12.760/2012. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Deve ser mantida a sentença absolutória diante da ausência de comprovação da materialidade do delito de condução de veículo automotor, em via pública, sob influência de álcool, tipificado no art. 306 da Lei n. 9.503/97, sobretudo após as alterações introduzidas pela Lei n. 11.705/08, que fixou a concentração de álcool no sangue proibida e a necessidade de prova técnica adequada por meio do aparelho etilômetro, impondo-se asseverar, que se o fato foi consumado antes da Lei n. 12.760/2012, certamente, o agente não pode suportar os

rigores dessa nova norma legal. (TJMT; APL 149737/2012; Barra do Garças; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Ferreira da Silva; Julg. 03/07/2013; DJMT 15/07/2013; Pág. 26)

Nesse caso, não restam dúvidas de que a falha advém da própria administração pública, pois a legislação assegura que o aparelho usado para prova técnica (o etilômetro) deverá, além de ter seu modelo aprovado pelo INMETRO, ser verificado e aprovado, anualmente, em serviço de verificação metrológica realizado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade (RBMLQ). Essa inobservância técnica pode, perfeitamente, gerar ao condutor o direito de anular o resultado obtido por aquele aparelho descalibrado.

Por último, é preciso que se observe ainda que todas essas situações jurídicas levam a ressaltar a importância de se atentar para o princípio do direito à segurança jurídica consagrado na CF, art. 5º, XXXVI, que diz que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Visto que as relações jurídicas precisam ter consistências e bases sólidas que perdurem enquanto a lei não for revogada, deve-se ter em mente que a legislação de trânsito brasileira, também, merece ter a efetividade esperada, tanto pelo legislador como pelos cidadãos, principalmente, aqueles diretamente afetados por alguma situação fática decorrente de acidente de trânsito com condutores embriagados.

A nova lei seca surgiu não só para tornar mais severa as punições, mas, prioritariamente, garantir a segurança do direito à vida e à liberdade de todos.

Apesar de mais recorrente à efetividade de uma norma, a segurança jurídica também precisa ser vista noutro prisma, a fim de instalar um clima de confiança e tranquilidade nas leis positivadas e, por assim dizer, nas relações jurídicas.

[...] Noutro sentido, pode se dizer que a segurança jurídica encontra-se nas obras de todos os direitos e garantias fundamentais que visam instalar um clima de confiança e tranquilidade tanto nas relações jurídicas já constituídas, tornando-as intangíveis, quanto naquelas que irão se consolidar, tornando-as previsíveis. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 568)

Ainda afirma Chacon (2003) que “o legislador deverá procurar atender aos anseios sociais no momento da elaboração das leis, pois estas, entendidas aqui como *conjunto de normas*, englobam o princípio da segurança jurídica”.

Diante disso, Cunha Júnior (2014, p. 568) também reforça que a garantia da segurança jurídica impõe aos poderes públicos o respeito à estabilidade das relações jurídicas

já constituídas e a obrigação de antecipar os efeitos de decisões que interfiram nos direitos e liberdades individuais e coletivas.

Dessa forma, os questionamentos a despeito dos conflitos entre os direitos fundamentais afetados pela “Nova Lei Seca” precisam ser postos a julgamento imediato, devendo a jurisprudência firmar uma posição doutrinária comum, com fulcro nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, haja vista garantir assim não só o livre exercício dos direitos, mas também permitir que um julgamento pacífico ponha a termo a almejada segurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

A concepção dos direitos fundamentais remonta ao histórico das lutas e conquistas da humanidade na busca de ocupar os espaços territoriais tendo, num primeiro momento, o Estado exercido um papel de órgão opressor às liberdades e as garantias individuais em detrimento de um papel egoísta e totalitário.

No decorrer dos tempos o reconhecimento dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico-institucional dos Estados fez despertar para a concretização das exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, passo importante para a implantação do Estado Democrático de Direito.

A sistematização didática dos “direitos fundamentais” em “gerações” ou “dimensões”, caracterizada pelo momento histórico da universalização dos direitos fundamentais de igualdade, liberdade e fraternidade do homem, possibilitou uma melhor compreensão nesse aspecto, permitindo o entendimento da evolução histórica desses direitos.

Na atualidade, o reconhecimento dos “direitos fundamentais” por parte de uma sociedade exerce grande poder sobre o controle do Estado na vida de cada indivíduo, servindo como uma espécie de mecanismo de freio às arbitrariedades de governos e funcionários.

Não há dúvidas de que os direitos à vida e à liberdade estão intimamente ligados ao legítimo direito de defesa da própria existência humana, da dignidade do ser. No direito à vida estão relacionados os atributos à condição da dignidade da pessoa humana, quais sejam o direito à alimentação, à educação, à saúde, à cultura, ao lazer, à assistência social, à habitação, dentre outros. O direito à liberdade engloba a liberdade pessoal, liberdade de ser e de chegar a ser livre, dentre outras várias interpretações que por assim dizer asseguram a garantia da vida, da segurança, da propriedade, da liberdade religiosa e de pensamento, dentre outros.

No Brasil, a consolidação do direito à vida foi positivado, de forma genérica, no artigo 5º, caput, que traz a regra da igualdade jurídico-formal que norteia os direitos individuais. Já o direito de liberdade se expressa pelas mais diversas formas: liberdade de ação; liberdade de locomoção; liberdade de opinião ou pensamento; liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; liberdade de informação; liberdade de consciência e crença; liberdade de reunião; liberdade de associação e liberdade de opção profissional.

Embora os “direitos fundamentais” não sejam passíveis de negociação, revogação ou transferência, por serem inerentes à pessoa humana, eles se complementam e se perpetuam

por todas as gerações e nacionalidades, devendo o Estado garantir a sua efetividade e inviolabilidade, através de seus mais diversos órgãos e instituições governamentais, a fim de garantir a manutenção da paz e ordem mundial.

Assim, há situações em que o exercício de um direito fundamental por um indivíduo pode colidir, conflitar ou embaraçar a titularidade desse ou outros direitos ou valores constitucionais por parte de outrem, ocasionando o que os doutrinadores denominam de conflito ou colisão de direitos fundamentais. No entanto, a interpretação infraconstitucional de qualquer dos direitos fundamentais deve ser entendida em conformidade com a Constituição Federal, buscando o intérprete sempre valorar o alcance da que melhor se harmonize com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, condição fundamental do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, as dificuldades e controvérsias enfrentadas pelos doutrinadores não são poucas, muitas vezes remetendo o intérprete a uma solução mais difícil do que àquela utilizada comumente para normas com estrutura de regras. Nesse aspecto, importante contribuição para a solução desses conflitos entre direitos fundamentais tem sido dada pelos ensinamentos de Robert Alexy, através da “lei da ponderação”, que reza que “quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior dever ser a importância do cumprimento do outro princípio”.

Na temática desta pesquisa se percebe que desde as primeiras menções sobre a criminalização da embriaguez ao volante, identificadas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB, Lei nº 9.503/97), ao qual foi estabelecida uma pena de detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, que as provas utilizadas para a comprovação do crime da embriaguez alcoólica, a saber: *o teste do etilômetro (bafômetro)* e *o exame de sangue ou perícia*, vêm ganhando notoriedade nos meios jurídicos.

Com o reforço das alterações trazidas pela Lei nº 11.275/2006, a lei possibilitou ao próprio Agente da Autoridade de Trânsito confeccionar o Auto de Constatação para comprovar o estado de embriaguez do condutor abordado durante a fiscalização de trânsito, caso recusa-se a submeter-se aos procedimentos do “sopro” do bafômetro, adotando assim medidas administrativas do art. 165, CTB.

Anos mais tarde, a criação da “Lei Seca” (Lei nº 11.705/2008), traz nova celeuma ao campo do direito do trânsito. Num campo alguns condutores alegavam que a lei era de “perigo concreto”, portanto estava condicionada à prova de que para a consecução do crime o

infrator deveria, além de estar conduzindo o veículo no estado de embriaguez alcoólica, está a expor a dano potencial a incolumidade de outrem, buscando para isso base na lei anterior, Lei nº 11.275/2006.

Nesse sentido, a doutrina pacificou o entendimento de que a conduta antijurídica tipificada no novo artigo da “Lei Seca” (Lei nº 11.705/2008) era de “perigo abstrato”, pois não havia mais necessidade de expor a incolumidade de alguém, mas tão somente dirigir nas condições ali expostas: sob a concentração de álcool igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, conforme foi consolidada pelo do STF através da decisão firmada no HC nº 109.269.

Ainda noutro prisma, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL), que impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4103, questionando a constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 11.705/2008, alegando que a medida era desprovida de razoabilidade, proporcionalidade e equidade, portanto violaria os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), da razoabilidade (art. 5º, LIV, CF), da livre iniciativa, da liberdade econômica e da mínima intervenção estatal (art. 170, CF), bem como o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF), sendo que preliminarmente foi suscitada a perda do objeto pela MPF, a qual ainda aguarda julgamento.

Em vista das controvérsias e questionamentos a respeito da validade das outras provas admitidas na embriaguez ao volante: exame do bafômetro, exame do etilômetro, perícias e auto de constatação do agente de trânsito, a partir de março de 2012 o STJ pacificou no REsp nº 1111566, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o entendimento de que “a prova técnica era indispensável e só pode ser aferida com o uso do chamado bafômetro ou com o exame de dosagem etílica no sangue”, passando o crime de embriaguez a ser comprovado somente pela prova técnica do bafômetro, sendo desconsiderada a prova do Auto de Constatação por parte do Agente da Autoridade de Trânsito.

Vislumbrando o fim da discursiva, eis que os legisladores editam a “Nova Lei Seca” (Lei nº 12.760/2012), que além de considerar os meios de provas já existentes para a constatação do crime – teste de etilômetro (bafômetro), exame de sangue e perícia – acresceu outras possibilidades de provas em direito admitidas, tais como vídeo, prova testemunhal dentre outras, desde que observado o direito à contraprova.

Nesse sentido, a admissão desses novos meios de prova trazidos pela “Nova Lei Seca” demonstrou não ter pacificado o assunto, pois diversos pacientes continuam buscando nos Tribunais o direito da liberdade em que se acham ora compelidos.

Num desses casos, o paciente ingressou com *habeas corpus* alegando constrangimento ilegal ao ser submetido a outra prova que não o exame de bafômetro - segundo o qual poderia recusar-se a fazer o exame - ao passo que o STJ, pacificando o entendimento, considerou que em caso de recusa do exame do bafômetro, em virtude da nova lei seca, as outras provas podem perfeitamente ser acolhidas, não sendo motivo para alegação de constrangimento ilegal (RHC: 51528 PE 2014/0232454-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 06/11/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2014).

Noutro prisma, alguns Juízes de Direito também vem dando diversas interpretações à “Nova Lei Seca”, de acordo com as alegações pleiteadas pelos pacientes.

Dentre estas, o paciente alega que a “Nova Lei Seca” fere o princípio da irretroatividade da lei, suscitando os benefícios da lei anterior (Lei nº 11.705/2008), mais benéfica, ao que alguns Tribunais têm sido favoráveis à causa, por considerar a lei mais gravosa que a anterior e, portanto, prejudicial aos réus, a exemplo das decisões afirmadas pela 2ª Câmara Criminal dos Tribunais do Paraná, São Paulo e do Rio Grande do Sul.

Convém salientar que as penalidades do art. 306, CTB não foram alteradas, permanecendo as mesmas, razão pela qual o paciente busca, na verdade, invocar os benefícios da exigência de exame técnico, firmado anteriormente em jurisprudência do STJ (REsp nº 1111566), ao tempo em que tenta resistir à submissão às novas provas admitidas, como forma de se livrar da punição estatal.

Observamos que o entendimento da irretroatividade nesse sentido foi perfeitamente superado quando a admissão dos novos meios de prova fora reconhecida pelo STJ, conforme o julgamento do RHC: 51528 PE 2014/0232454-9.

Há ainda a discussão no sentido de que a interpretação é pela fusão dos dois tipos penais, de modo a exigir para a condenação do acusado tanto a prova do excesso de alcoolemia como também a alteração da capacidade psicomotora, pleito atendido na Apelação Crime Nº 70057966780, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, de Relatoria de Nereu José Giacomolli, Julgado em 15/05/2014.

Nesse sentido, a interpretação pela fusão de dispositivos penais para a caracterização do crime da embriaguez alcoólica pode acarretar maiores dificuldades para a punibilidade dos

condutores flagrados no crime em comento. Em vista de que os estudos científicos comprovam que embriaguez alcoólica altera a capacidade psicomotora dos indivíduos e, portanto, a capacidade de dirigir, não resta dúvidas que os índices acima dos limites permitidos, por si só, podem acarretar a insegurança nas vias, sendo desnecessário o exame de comprovação de alteração da capacidade psicomotora.

E ainda decisões em que o julgador exige como prova de validade e eficácia do exame realizado pelo etilômetro os laudos de calibragem inicial e laudo de verificação anual do equipamento, conforme prevê o art. 4º, da Resolução nº 432/13, do CONTRAN, abarcada pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso na Apelação Criminal APL 149737/2012, Barra do Garças, de Relatoria do Des. Luiz Ferreira da Silva.

Se por um lado há que se falar em restrição a direito fundamental da presunção da inocência, da não autoincriminação e da liberdade de circulação, por outro há de se entender que, geralmente, as leis são criadas para garantir o bem comum, embora possa afetar direito e garantia individual.

Entender que o Código de Trânsito Brasileiro e, por conseguinte, a “Nova Lei Seca” está também inserida nesse conjunto de regras e princípios se faz extremamente necessário, pois o conjunto de normas não visa tão somente compelir o cidadão à obediência a mais um ordenamento jurídico, mas a priori disciplinar o respeito mútuo à vida com um trânsito mais seguro.

Com a “Nova Lei Seca” não poderia ser diferente. A que se ver que a lei possui uma base teórico-científica, sustentada tanto pelas estatísticas oficiais da correlação de acidentes de trânsito com a embriaguez ao volante, quanto na comprovação científica de que os valores limítrofes de álcool estabelecidos pela Lei são capazes de alterar as capacidades psicomotoras do comportamento humano, principalmente, para aquelas pessoas que estão na condução de um veículo automotor.

A “Nova Lei Seca” não foi criada ao arrepio dos legisladores, mas, antes de tudo, deriva de um complexo estudo teórico-científico mundialmente difundido, principalmente, pela Organização Mundial da Saúde quanto às estatísticas do número de acidentes de trânsito com vítimas fatais e a correlação com o uso de bebidas alcoólicas pelos condutores vítimas/causadores desses acidentes.

A norma busca essencialmente preservar o interesse público em conservar a paz e a ordem social, através da “segurança viária”, mandamento constitucional consagrado no art. 144, da CF/88, de sorte que está plenamente de acordo com o princípio da proporcionalidade,


pois além de ser razoável é adequada é necessária para atingir o fim almejado: salvar vidas no trânsito.

Por fim, acreditamos que os conflitos decorrentes do emprego da norma podem buscar uma melhor solução através da aplicação de um sopesamento dos direitos fundamentais conflitantes: vida e liberdade. Apesar de os direitos fundamentais se constituírem princípios constitucionais eles não o são absolutos, visto que o controle do individual dentro das relações sociais deve, sempre que possível, prezar pelo bem da incolumidade de todos.

Dessa forma, os questionamentos a despeito dos conflitos entre os direitos fundamentais afetados pela “Nova Lei Seca” precisam ser postos a julgamento imediato, devendo a jurisprudência firmar uma posição doutrinária comum, com fulcro nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, haja vista garantir assim não só o livre exercício dos direitos, mas também permitir que um julgamento pacífico ponha a termo a almejada segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-lei n.º 3.651, de 25 de setembro de 1941. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3651-11-setembro-1941-413903-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 2.994, de 28 de janeiro de 1941. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.lei:1941-01-28;2994>>Decreto-Lei nº 2.994, de 28 de Janeiro de 1941<src="http://www.lexml.gov.br/selo.gif" border="0" alt="Link para LexML Brasil" />. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 out 2014.

BRASIL. Decreto nº 6.488, de 19 de Junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6488.htm>. Acesso em: 29 mar. 2013.

BRASIL. Decreto nº 8.324, Aprova o Regulamento para o Serviço Subvencionado de Transporte por Automóveis, de 27 de outubro de 1910.

BRASIL. Direitos do Cidadão. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/direitos-do-cidadao/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.108, de 21 de Setembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5108.htm>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.275, de 7 de Fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11275.htm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.705, de 19 de Junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.760, de 20 de Dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Década de Ação para a Segurança no Trânsito 2011-2020. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=37121>. Acesso em: 25 jan. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Projeto Vida no Trânsito, Plano de Ação, Componente Nacional. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=37122&janela=1>. Acesso em: 25 jan. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Coordenação do Projeto de Promoção da Saúde. Projeto de redução da morbimortalidade por acidente de trânsito: mobilizando a sociedade e promovendo a saúde / Secretaria de Políticas de Saúde, Coordenação do Projeto de Promoção da Saúde. – 2. ed. revista. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério das Cidades, Departamento Nacional de Trânsito, Conselho Nacional de Trânsito. 100 anos de Legislação de Trânsito no Brasil: 1910 – 2010. Brasília: Ministério das Cidades, 2010.

BRASIL. Ministério das Cidades. Código de Trânsito Brasileiro e legislação complementar. Brasília: Departamento Nacional de Trânsito, 2005.

BRASIL. Ministério das Cidades. DENATRAN, 2004. Política Nacional De Trânsito. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/download/PNT.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

BRASIL. Ministério das Cidades. Plano Nacional de Redução de Acidentes e Segurança Viária para a Década 2011 – 2020 – Proposta Preliminar. Brasília- DF: 2010.

BRASIL. Portal Brasil. Direitos do Cidadão. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/direitos-do-cidadao/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Direitos Humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional. Organização Gustavo Gustavo Venturi. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. 3 ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4103 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2628419>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão ao RHC 110.258 / DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_2008864>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão ao RHC 110.258 / DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2008864>. Acesso em: 30 mar. 2013.

BRASIL. Ministério Público Federal, Parecer nº 9915-PGR-RG, datado de 28.02.2013, na ADI nº 4103. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=485:pgr-emite-parecer-pela-inconstitucionalidade-de-artigos-da-lei-seca&catid=10:noticias&Itemid=58>. Acesso em: 25 mar. 2013.

ABRAMET. **Médicos pela Segurança no Trânsito**. Disponível em: <<http://medicos.abramet.com.br/alcool2.html>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

Adolescente & Saúde. **Revista Oficial do Núcleo de Estudos da Saúde do Adolescente/UERJ**. Vol. 4, nº 3, 2007, p. 14. Disponível em: <<http://www.sbp.com.br/pdfs/Artigo-NESA-CBA.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org. e Tradução de: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso de Souza. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Robledo Moraes Peres de. **A constitucionalidade e a legalidade dos meios de prova na embriaguez alcoólica segundo o código de trânsito brasileiro**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Monografia_Robledo_Peris_UFES.pdf> Acesso em: 12 jan. 2015.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 9 ed. São Paulo: 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÍBLIA SAGRADA. **Tradução do novo mundo das escrituras sagradas**. Cesáreo Lange/SP: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
BRASIL. Advocacia Geral da União. ADIN nº 4103, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <www.agu.gov.br>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, n. 01, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15706-15707-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPODIVIM, 2014.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o>. Acesso em: 31 mar. 2013.

FONSECA, José Geraldo da. A nova Lei Seca e o crime de perigo abstrato. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3521, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23762>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. A nova Lei Seca depende de regulamentação do Contran ou pode ser aplicada imediatamente?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3465, 26 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23319>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Álcool e trânsito: crime ou infração administrativa?. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 25 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41397&seo=1>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Embriaguez ao volante: perigo presumido ou concreto?. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 24 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41360&seo=1>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei seca está na contramão dos acidentes. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 03 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41538&seo=1>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

GONDIM, Jeverson Fernandes. **Embriaguez no trânsito brasileiro: um estudo da atuação do agente da autoridade de trânsito**. Natal: APM, 2010.

HILDEBRAND, Antônio Roberto. **Dicionário Jurídico**. 6 ed. São Paulo: Mizuno, 2009.

HONORATO, Cássio M. Trânsito seguro: direito fundamental de segunda dimensão. **Rev Tribunais**, v. 911, p. 107-69, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/TRANSITO_SEGURO_Direito_Fundamental_CASSIO_HONORATO_Texto_impresso_RT_911_em_Set_2011.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

HONORATO, Cássio Mattos. Etiloxidação: se bebi, quando poderei dirigir com segurança?. **Saúde, Ética & Justiça**, v. 18, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sej/article/view/75135>>

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Marin Claret, 2007.

JESUS, Damásio E. de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do bafômetro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 344, 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5338>>. Acesso em: 11 set. 2014.

JORGE, Maria Helena de Prado Mello; KOIZUMI, Maria Sumie. **Acidentes de Trânsito no Brasil: um atlas de sua distribuição**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC4QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.producao.usp.br%2Fbitstream%2Fhandle%2FBDPI>>

%2F13445%2Fart_MELLO_JORGE_Acidentes_de_transito_no_Brasil_2008.pdf
%3Fsequence
%3D1&ei=JBK7VNvpN_iBsQT50IDwDg&usg=AFQjCNEHXEB8Q54tiEly3ua9nZThByfP
hw>. Acesso em: 12 jan. 2015.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. **História geral do direito**. São Paulo: RT, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira de, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOHAMED, Amaro. **Código de Processo Penal na expressão dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOURA, Alane Belforte Prata de. Lei seca: uma abordagem sobre sua constitucionalidade. Fortaleza: ESMEC, 2012. Disponível em: <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/589/1/Alane%20Belfort%20-%20Lei%20seca%20-%20uma%20abordagem%20sobre%20sua%20constitucionalidade.pdf>
NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dymaima Kyzzy. **As gerações de direitos humanos e o estado democrático de direito**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897>. Acesso em: 31 mar. 2013.

ORGANIZACION PANAMERICANA DE LA SALUD. “El alcohol: un producto de consumo no ordinario. Investigacion y politicas publicas”. Segunda edicion. Washington, D.C.: OPS, c 2010. ISBN: 978-92-75-33144-6, Disponível em: <[PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhad. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.](http://new.paho.org/hq/?cx=014283770845240200164%3Aprvkaxcnku0&q=%E2%80%9CEI+alcohol%3A+un+producto+de+consumo+no+ordinario.+Investigacion+y+politicas+publicas%E2%80%9D+Segunda+edicion&searchword=%E2%80%9CEI+alcohol%3A+un+producto+de+consumo+no+ordinario.+Investigacion+y+politicas+publicas%E2%80%9D+Segunda+edicion&sa=Pesquisar...&cof=FORID%3A0&searchphrase=all&ie=iso-8859-1&scope=1&option=com_search&Itemid=298#gsc.tab=0&gsc.q=%E2%80%9CEI%20alcohol%3A%20un%20producto%20de%20consumo%20no%20ordinario.%20Investigacion%20y%20politicas%20publicas%EF%BF%BD%EF%BF%BD%20Segunda%20edicion&gsc.page=>”. Acesso em: 30 mar. 2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9014>>. Acesso em: 15 out. 2014.

REVISTA VEJA. **Lei Seca: após um mês, número de presos cresce 113%**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lei-seca-um-mes-depois-numero-de-presos-cresce-113>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

RIBEIRO, Fernando Cândido Stellato. A lei de trânsito “Tolerância Zero”: extremismo ou proporcionalismo?. Trânsito Brasil, Recife, 21.01.2010. Disponível em: <http://www.transitobrasil.org/artigos/doutrina/a-lei-de-transito-tolerancia-zero-extremismo-ou-proporcionalismo>. Acesso em: 27.01.2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&MP, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos Fundamentais: A evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 15 out. 2014.

SOARES, Marina. Princípios: a regra do sopesamento de Robert Alexy como método de delimitação da competência legislativa do município no caso concreto. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 153, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2488/1822>>. Acesso em: 23 set. 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: de acordo com a lei nº 12.760/2012 que aumenta o rigor da “Lei Seca”**. 8 ed. Salvador: JusPODVIMI, 2013.

VALLA, Wilson Odirley. **Doutrina de emprego de polícia militar e bombeiro militar**. 2 ed. vol. 1. Curitiba: AVM, 2004.

VOLPATO, Fábio Ferraz. **Dolo eventual e culpa consciente e suas repercussões quanto a responsabilização dos infratores nos crimes de trânsito**. Vitória: IAVM, 2007. Disponível em: <<http://www.posgraduar.com.br/monografias-transito/>>. Acesso em: 11 set. 2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2013: Acidentes de Trânsito e Motocicletas**. CEBELA – Centro Brasileiro de Estudos Latino- Americanos: Rio de Janeiro, 2013, 96 p. Disponível em: <file:///C:/Users/Individual/Documents/CURSO%20DIREITO/MAPA%20VIOLENCIA%202013%20%20ACIDENTE%20DE%20TR%C3%82NSITO.pdf> Acesso em: 17 jan. 2015.