

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

MÁRCIO LEITE DOS SANTOS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO**

ARACAJU

2018

MÁRCIO LEITE DOS SANTOS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

ARACAJU

2018

S237c SANTOS, Márcio Leite dos.

A (IN) Constitucionalidade do Art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro / Márcio Leite dos Santos; Aracaju, 2018. 51 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

1. Autuação 2. Embriaguez 3. Presunção de Inocência 4. Princípio da não Autoincriminação I. Título.

CDU 343.572(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

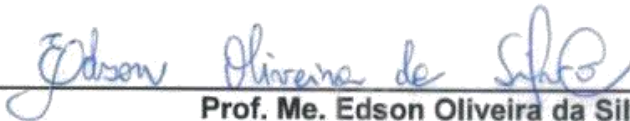
MÁRCIO LEITE DOS SANTOS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART .165-A DO CODIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito parcial para a conclu-
são do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em 01/12/18

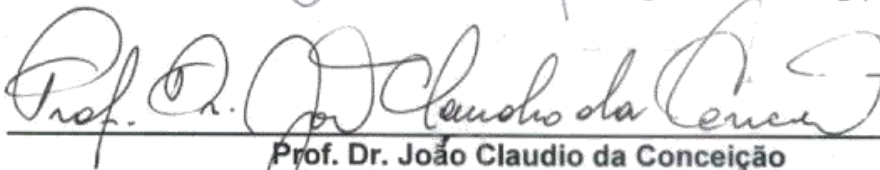
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Edson Oliveira da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Luiz Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Dr. João Claudio da Conceição
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

DEDICATÓRIA

Ao Senhor Jesus Cristo e a Nossa Senhora Aparecida.
A toda minha família.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus e ao nosso senhor Jesus Cristo por terem me concedido vida e saúde para chegar até aqui.

A nossa Senhora Aparecida que tanto me guarda.

A minha família por ter me encorajado a não desistir, estando ao meu lado em todos os momentos.

Aos colegas do BPRV e da CPTRAN.

Ao meu orientador, CAP. Edson pela competência e empenho em passar da melhor forma seus ensinamentos.

Ao meu Prof. De TCC Luiz Anderson Ribeiro Leite pela competência e simpatia desprendida em sala de aula.

A todos os professores da FANESE que contribuíram para meu aprendizado.

A todos os funcionários da FANESE sem exceções.

A todos aqueles que também contribuíram ainda que de forma indireta para eu pudesse chegar até aqui.

O pior governo é o que exerce a tirania em nome das leis e da justiça.

Montesquieu

RESUMO

Visando combater a embriaguez ao volante, foi inserido no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), o art.165-A, o qual penaliza o condutor, que mesmo sem indícios, se recusa a submeter-se a exames que possam comprovar se está sob o efeito de álcool ou outra substância psicoativa, trata-se de penalização pela recusa simples, ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro as leis oriundas de pactos internacionais que versem sobre direitos humanos e que a República Federativa do Brasil (RFB) seja signatária, terão vigência imediata em nosso ordenamento, conforme o que determina a Constituição Federal no art.5º, LXXVIII, §2º. A república federativa do Brasil (RFB) é signatária do Pacto de San José da Costa Rica que preceitua em seu art. 8, II, "g", que toda pessoa acusada de um delito terá o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, homenageando assim o princípio da não autoincriminação. Ainda no mesmo art. 8º do referido pacto em seu inciso II, preceitua que toda pessoa acusada de um delito tem garantida a aplicação do princípio da presunção de inocência, o que enseja a aplicação do mencionado princípio ao caso concreto. Tais garantias foram recepcionadas na Constituição Federal de 1988, por tanto a obrigatoriedade implícita no art.165-A do condutor em submeter-se a realização de exames que possam identificar se o mesmo está sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa leva ao questionamento quanto a sua (in)constitucionalidade. Sendo este o problema em questão se o preceito normativo do art.165-A do CTB afronta os princípios da presunção de inocência e do direito de não constituir provas contra si mesmo, tornando o art.165-A inconstitucional. Tendo o referido trabalho o objetivo de analisar diante do arcabouço jurídico e doutrinário a (in) constitucionalidade do art. 165-A do CTB. O estudo sobre a (in) constitucionalidade do art.165-A do Código de Trânsito Brasileiro, foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica demonstrado de forma qualitativa, o método utilizado foi o dedutivo extraindo informações de livros ,jurisprudências, artigos da internet, legislação respectiva, a Constituição Federal, entre demais formas para a coleta de dados pertinentes ao caso. O resultado aponta para a ofensa de princípios implícitos na Constituição Federal e do Pacto de San José da Cosa Rica.

Palavras-chave: Autuação. Embriaguez. Presunção de inocência. Princípio da não autoincriminação.

ABSTRACT

In order to combat drunken driving, the Brazilian Traffic Code (CTB), art. 165-A, penalizes the driver, who, even without evidence, refuses to undergo tests that can prove that he is under the effect of alcohol or other psychoactive substance, it is a penalty for simple refusal, it occurs that in the Brazilian legal system laws originating from international agreements that deal with human rights and that the Federative Republic of Brazil (RFB) is a signatory, will have validity in accordance with the provisions of the Federal Constitution in article 5, LXXVIII, §1. The Federative Republic of Brazil (RFB) is a signatory of the Pact of San José of Costa Rica, which states in its art. 8, II, g, that any person accused of an offense shall have the right not to be compelled to testify against himself or to plead guilty. Honoring the principle of non-self-incrimination, still in the same art. 8 of the aforementioned pact in section II, stipulates that any person accused of an offense is guaranteed the application of the principle of presumption of innocence, which leads to the application of said principle to the specific case. Such guarantees were received in the Federal Constitution of 1988, therefore the obligation implicit in art.165-A of the driver to undergo tests that can identify if the same is under the effect of alcohol or another psychoactive substance leads to questioning as to its (in) constitutionality. This being the problem in question if the normative precept of art. 165-A of the CTB defies the principles of presumption of innocence and the right not to constitute evidence against itself, making Art. 165-A unconstitutional. Having this work the objective of analyzing before the legal and doctrinal framework the (in) constitutionality of art. 165-A of the CTB. The study on the (in) constitutionality of art. 165-A of the Brazilian Traffic Code, was carried out through a qualitative bibliographical research, the method used was the deductive one extracting information from books, jurisprudences, articles of the internet, legislation the Federal Constitution, among other forms for the collection of data pertinent to the case. The result points to the offense of principles implicit in the Federal Constitution and the Pact of San José da Cosa Rica.

Keywords: Assessment. Drunkenness Presumption of innocence. Principle of non-self-incrimination.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA DEVIDA INTERPRETAÇÃO E ALCANCE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS APLICADOS A RECUSA SIMPLES DO CONDUTOR	17
3 PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
3.1 Da inserção da norma internacional oriunda de um tratado de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico	25
4 PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
5 DA LEGISLAÇÃO DO TRÂNSITO E SUAS ALTERAÇÕES NO COMBATE A EMBRIAGUEZ OU USO DE SUBSTÂNCIA PSICOATIVA NA DIREÇÃO	34
5.1 Da Lei nº 11.275/2006	34
5.2 Da Lei nº 11.705/2008	35
5.3 Da Le nº 12.760/2012	36
5.4 Da Lei nº 12.971/2014	38
5.5 Da Lei nº 13.281/2016	38
6 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	45
ANEXO I.....	47
ANEXO II	49

1 INTRODUÇÃO

A segurança no trânsito nas vias terrestre é um tema de suma importância em seus diversos aspectos, pois visa a proteção e a incolumidade física de seus usuários com o objetivo de proteger o bem maior do cidadão que é o direito à vida. Sobre o tema o parágrafo 2º do art.1º do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) destaca que a promoção de um trânsito seguro é um direito de todos e um dever do Estado através do Sistema Nacional de Trânsito. Um dos instrumentos de fundamental importância para isto é a educação para o trânsito e a fiscalização aos condutores com intuito de inibir as infrações da legislação pertinente. No uso das vias públicas a ingestão de álcool pelos condutores automotivos tem sido uma problemática, que a legislação respectiva tenta combater.

A embriaguez ao volante é a 4ª causa que mais mata nas rodovias federais, segundo balanço da Polícia Rodoviária Federal (PRF) para 2017, ocasionando 6.441 acidentes com 6.023 feridos 455 mortos nas rodovias federais de todo país.

Com o intuito de reduzir os acidentes de trânsito por conta da ingestão de álcool, em 16 de junho de 2008 entrou em vigor a lei nº 11.705/2008, conhecida como lei seca, enrijecendo o combate ao uso de bebida alcoólica para os condutores.

Já no ano de 2016 começou a vigora no CTB o art.165-A e a nova redação do §3º do art.277, ambos os dispositivos legais referem-se à recusa simples, que é a recusa do condutor de veículo automotor, sem que este apresente indícios de embriaguez, em realizar exames que comprove ou não a ingestão de álcool ou outra substância psicoativa, vigorando o art.165-A com a seguinte redação:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:
Infração - gravíssima;
Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.
Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no **caput** em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses
(BRASIL, 2016)

Do referido dispositivo legal extrai o preceito normativo da imposição implícita ao condutor que realize o exame para que possa se verificar a ingestão de álcool ou de outra substância psicoativa, pois caso assim não proceda o condutor, será penalizado com multa e terá a medida administrativa de recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação (CNH).O vigente art. 277 do CTB consta com a mencionada redação:

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.

§ 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.

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

(BRASIL,2016) (Grifo nosso)

Do referido art. 277 do CTB em seu parágrafo 3º, fica clara a imposição ao condutor para se submeter a exames que possam comprovar a ingestão de álcool, porém no referido art. 277 não há imposição de penalidades ou medidas administrativas, fazendo portanto, o apontamento ao art.165-A do CTB para que haja as correspondentes penalidade e medidas administrativas.

O art.165-A determina que os policiais fiscalizadores do trânsito aplique a notificação de autuação e medida administrativa de recolhimento da CNH dos condutores que não se submetam à qualquer meio de teste para comprovação do teor alcoólico que possivelmente possa apresentar ou não, ou a ingestão de alguma substância psicoativa, seja por meio de exame de sangue ou por meio do ar expelido pelos pulmões através do exame do etilômetro ou bafômetro como popularmente é chamado.

Ocorre que além das medidas administrativas e penalidade do art.165-A do CTB, o condutor que seja submetido ao teste de etilômetro, especificamente falando, e que seja flagrado com o teor alcoólico igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, cometerá crime sujeito a detenção de seis meses a três anos.

Trazendo dessa forma o problema da pesquisa se o referido art.165-A do CTB não feri os direitos e garantias fundamentais como o princípio de não produzir provas contra si mesmo também chamado de “*nemo tenetur se detegere*” que teve seu fundamento no Pacto de San José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária e no princípio da presunção de inocência, proveniente também do referido Pacto .Todos estes princípios consubstanciados na Constituição Federal de 1988, diante disso analisa-se no campo jurídico a legalidade e a constitucionalidade de tal dispositivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica pertinente.

O objetivo geral do estudo aponta por analisar a (in)constitucionalidade e os efeitos das penalidade e medidas administrativas do art.165-A do Código de Trânsito Brasileiro, analisando mais especificamente o princípio de não constituir provas contra si mesmo e o da presunção de inocência, sempre reportando tais princípios ao art.165-A do Código de Trânsito Brasileiro, no campo do objetivo específico Identificar os dispositivos legais que efetivam a questão do direito de não constituir provas contra si mesmo e da presunção de inocência, analisar o alcance das normas internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, Identificar a solução na tensão entre os princípios constitucionais

Como resultado se tem a confirmação quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade diante das explanações contidas no discorrer do trabalho e uma possível sugestão de forma a tentar solucionar o problema trazido nesse estudo.

A Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 instituiu o atual CTB (Código de Trânsito Brasileiro), antes deste CTB vigorava a Lei n. 5.108/66 por 31 anos até a aprovação do atual código. A redação do art. 306 do CTB, que trata dos

crimes de embriaguez ao volante, preceituava antes do atual Código de Trânsito Brasileiro, que era crime “Conduzir veículo automotor, na via pública, se este condutor estivesse sob o efeito de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, tendo como consequência detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Sendo que pela redação, até então, mencionada do art. 306 era necessário expor alguém a perigo de dano para que fosse configurado o crime de trânsito, além disso como o art. 306 do CTB não estipulava em seu texto o teor alcoólico permitido, era empregado por analogia o art. 276 do mesmo código, que trazia a seguinte redação, a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor, ou seja, o teor de seis decigramas por litro de sangue também era o parâmetro para punir o condutor embriagado, mas além do teor alcoólico, o condutor teria que expor alguém a perigo de dano.

Com a entrada em vigor da atual redação do art. 306 do CTB dada pela lei nº 12.760/2012 ficou definido que se o condutor de veículo automotor transitar com a capacidade psicomotora alterada em razão da ingestão de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência terá uma pena de detenção de três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, observamos que com a nova redação permaneceu-se o tempo de detenção, mas não há mais a necessidade de demonstrar o perigo de dano a incolumidade de outrem, bastando conduzir veículo automotor com concentração de álcool acima do permitido, configurando-se um crime de perigo abstrato.

Porém com a entrada em vigor do art.165-A no atual CTB, através da lei 13281/2016, a legislação de trânsito não apenas objetivou auferir o índice de álcool ingerido pelo condutor, mas sim de punir o condutor, apenas por se recusar a se submeter aos exames de constatação de embriaguez, neste caso a simples recusa, independentemente do condutor apresentar sinais de embria-

guez ou está sob efeito de substância análoga, será punido, pois considera o fato da recusa do condutor.

Recusar é o verbo núcleo do referido dispositivo legal e não necessariamente o fato do condutor está embriagado, pois para este último aspecto existe um dispositivo legal pertinente, que é o art.165 c/c art. 277, caput e 277, §2º todos do CTB, que preceitua que qualquer concentração de álcool ,flagrado, ingerido pelo condutor terá punição, porém tal constatação se dará por meio de exames técnicos ou por meio de provas admitidas em direito inclusive a testemunhal.

No art. 165-A trata-se do condutor ser autuado sem indícios de embriaguez, mostrando uma punição por presunção do condutor se encontrar embriagado por não aceitar realizar os exames que por ventura pudesse comprovar tal situação, ou seja , neste sentido no campo fático tem existido a obrigatoriedade implícita aos condutores de veículos automotores a se submeterem a exames que possam comprovar se houve a ingestão de bebida alcoólica mesmo que não haja indícios, é o que se extrai do art.165-A do CTB.

No que pese o direito a um trânsito seguro para todos e o princípio básico de todo nosso ordenamento jurídico do direito à vida, não se pode eliminar outros princípios oriundos da Constituição Federal, como os princípios constitucionais da presunção de inocência e o de não constituir provas contra si mesmo, vale ressaltar que se deve aplicar a ponderação se utilizando dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao caso concreto, harmonizando-os para que se tenha o melhor resultado possível (CANOTILHO,1998,p.1125).

Portanto o estudo sobre a (in) constitucionalidade do art.165-A do Código de Trânsito Brasileiro, foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica demonstrando dessa forma uma pesquisa qualitativa, o método utilizado foi dedutivo extraindo informações de livros ,jurisprudências, artigos da internet , legislação respectiva, Constituição Federal, entre demais formas para a coleta de dados pertinentes ao caso.

No primeiro capítulo será abordado a devida interpretação e o alcance dos princípios constitucionais aplicados a recusa simples do condutor, pois é

importante se interpretar e fazer a correta aplicação dos princípios constitucionais se discutindo principalmente no que tange o princípio da não autoincriminação.

No capítulo seguinte será analisado o Pacto de San José da Costa Rica e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo um levantamento sobre seu alcance e posicionamento em nosso ordenamento pátrio.

O terceiro capítulo versará sobre o poder de polícia da Administração Pública, enfatizando o limite do Estado na aplicação da lei, ao não poder ultrapassar as garantias constitucionais do indivíduo mesmo em nome da coletividade.

No quarto capítulo será discorrido as atualizações da legislação de trânsito no que diz respeito ao combate a embriaguez na direção, onde será demonstrado as diversas leis com suas penalidades e referidas medidas administrativas, fazendo um apanhado histórico até vigência do atual art.165-A do CTB.

No quinto e último capítulo será procedida uma abordagem normativa acerca do tema estudado trazendo um enfoque ao problema em questão desta pesquisa, considerando as normas pertinentes inclusive as oriundas de pactos internacionais de Direitos Humanos em que a república do Brasil seja signatária, finalizando a discussão quanto (in)constitucionalidade do art.165-A do CTB.

2 DA DEVIDA INTERPRETAÇÃO E ALCANCE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A RECUSA SIMPLES DO CONDUTOR

Para iniciar a abordagem do tema da devida interpretação e alcance dos princípios constitucionais aplicados a recusa simples do condutor, recorreu-se inicialmente ao trecho do livro “Direito Constitucional” Vicente Rao *apud* Alexandre de Moraes (2018, p.49), onde afirma que “a aplicação das normas jurídicas consiste na adequação dos preceitos contidos nestas normas a situações fáticas que a ela se submetam”.

Importante se fazer uma correta interpretação jurídica das normas e dos princípios para que não haja dúvidas sobre seu alcance no mundo fático e na aplicação adequada para cada caso concreto, não obstante a hermenêutica é uma importante ferramenta para a correta interpretação dos princípios e das normas, trazendo para discussão jurídica a interpretação mais adequada de tais preceitos legais.

A hermenêutica jurídica deve ser aplicada no caso em tela para a real compreensão e o alcance dos princípios debatidos na discussão da obrigação da realização do exame do etilômetro ou de outro meio de prova de constatação de embriaguez ou substância análoga, com a inserção do art.165-A no CTB.

O princípio da não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência levanta a questão se a recusa simples da realização de exame oferecido pelo agente fiscalizador, através do etilômetro ou outro meio de prova invasiva, é justificativa jurídica perfeita aos condutores que não apresentam sequer indícios de estarem sob o efeito de álcool ou outra substância psicoativa, sendo assim é necessária uma abordagem dos princípios em questão para uma correta análise da (in) constitucionalidade do referido art. 165-A do CTB.

De acordo com Moraes (2016), “[...] o interprete de um texto jurídico primeiro se atenta a uma interpretação textual para descobrir o sentido normativo do texto”. Portanto, a interpretação deve se encaixar da melhor forma ao caso concreto desde que a conclusão seja uma escolha motivada e razoável. Konrad Hesse *apud* (Flavia Piovesan 2013, p.117), cita que:

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

Nesse contexto se verifica a importância da hermenêutica para a correta compreensão dos princípios constitucionais e para a devida aplicação das normas infraconstitucionais. Sendo assim é imprescindível a correta interpretação e a real dimensão do alcance dos princípios da não autoincriminação e da presunção de inocência aqui levantados para que se embase juridicamente a recusa simples pelos condutores abordados e convidados a realizar o exame de constatação de embriaguez.

É notório que o art.165-A do CTB como norma infraconstitucional deve obedecer aos preceitos da constituição federal ou das normas que estejam hierarquicamente superiores ao referido artigo. O Art. 165-A do CTB tem levantado na prática questões polêmicas quanto a sua constitucionalidade e sua aplicação, fazendo-se necessário uma análise do referido dispositivo com base nos princípios constitucionais ou normas supralegais, pois o princípio da não autoincriminação e da presunção de inocência fomenta o argumento da corrente à favor da inconstitucionalidade ou anulabilidade dos efeitos do Art.165–A do CTB, porém o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado poderá fornecer embasamento para uma discussão quanto a constitucionalidade da referida norma.

A Lei constitucional ampara os acontecimentos da vida real de forma particular adequando-se o fato a norma, flexibilizando a interpretação dos princípios constitucionais obedecendo, além dos métodos e princípios interpretativos da constituição, a razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação dos princípios. Ávila (2004, p.72), conceitua que “Princípios são normas finalísticas que exigem a delimitação de um Estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização [...]”.

Assim as normas infraconstitucionais devem respeitar tanto em sua criação pelo poder legislativo como na sua aplicação no caso concreto pelos agentes públicos, a finalidade constitucional, objetivando não contrariar princípios constitucionais, delimitando assim a atuação do Estado. Algumas diretrizes são necessárias para uma correta interpretação dos princípios constitucionais, segundo (ÁVILA, 2004) “é importante investigar a jurisprudência principalmente dos tribunais superiores para encontrar casos paradigmáticos [...]”.

Com essa diretriz Humberto Ávila diz ser necessária uma comparação com casos similares onde a solução para aquele caso comparado possa servir para o caso em questão, principalmente fazendo análises de jurisprudências em especial do STF, sendo que em cada caso analisar qual foi a melhor solução escolhida para correta interpretação do princípio investigado. Há julgados no sentido de atribuir ao art.165-A a inconstitucionalidade de seu preceito, vejamos esta decisão:

RECURSO INOMINADO. SEGUNDA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. DETRAN/RS. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. ART. 165 c/c art. 277, § 3º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. RECUSA AO TESTE DO ETILÔMETRO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS SINTOMAS EXTERNOS, CONFORME RESOLUÇÃO Nº 432/2013 DO COTRAN. ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA EM PARTE. (TJ-RS Apelação Cível 70049716327)18/07/2012

Nesse sentido observa-se que é um entendimento jurídico no sentido de anulação de um auto de infração, por não está caracterizado os indícios de embriaguez do condutor, não podendo por presunção, apenas pela recusa de se fazer o exame do etilômetro, autuar penalizando assim o condutor. Nesse caso se observa o princípio da presunção de inocência como também o exercício, por parte do condutor, do direito constitucional de não constituir provas contra si mesmo, sendo assim, analisando tal entendimento poderá ser utilizado como paradigma para a devida compreensão dos princípios da não autoincriminação e da presunção de inocência em semelhantes casos.

O princípio da proporcionalidade é um princípio bastante usual e necessário para a aplicação da interpretação de outros princípios no mundo fático. Com base no princípio da proporcionalidade Bandeira de Mello (2010, p.110) tem o seguinte entendimento:

Este princípio enuncia a ideia – singela aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondente ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Dessa afirmação se extrai que o princípio da proporcionalidade não admite que o Estado em seus atos administrativos ultrapasse os limites necessários para se alcançar uma determinada finalidade pública. Na busca de combater a ingestão de álcool pelos condutores deve o Estado respeitar a razoabilidade ao punir o condutor que não apresenta indícios de embriaguez ou provas materiais contra o mesmo, deve se ater aos atos proporcionais, a finalidade pretendida, respeitando sobretudo a constitucionalidade e a legalidade de suas atuações.

Ainda segundo Mello (2010, pg.111) o princípio da proporcionalidade se subdivide em três elementos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação indica que os meios adotados devem ser apropriados para o alcance de determinada finalidade.

No elemento da necessidade, segundo Moreira (2010), “o ato administrativo utilizado deve ser, de todos os meios existentes, o menos restritivo aos direitos individuais” neste sentido dispõe que o Estado deverá utilizar do meio menos gravoso para atingir determinada finalidade respeitando os direitos e garantias fundamentais elencados na carta magna, ou seja, se existe alguma alternativa mais benevolente que o Estado possa utilizar para atingir a mesma finalidade sem ferir os direitos e garantias fundamentais do cidadão, deverá ser este meio o utilizado.

Para Bandeira de Mello (2010, p.111) a proporcionalidade em sentido estrito é o terceiro elemento pelo qual o ato estatal tem que passar para que seja considerado proporcional, ou seja, aqui há uma ponderação do meio utilizado e o fim desejado para que se avalie se a medida estatal é uma medida equânime com a finalidade desejada segundo um juízo de ponderação.

Desse modo os atos administrativos, mesmo quando declarado unilateralmente pelo poder público deve obediência aos princípios constitucionais, principalmente os que versam sobre a dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado democrático de direito assegurado na Constituição Federal em seu art.1º, III. Importante observar que o interesse público antes de tudo também passa pelo respeito aos direitos individuais.

Sobre o princípio da supremacia do interesse público Di Pietro (2009, p.64), ensina que “o princípio da supremacia do interesse público está presente tanto na elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela administração pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação”.

Para Juarez Freitas (2004, p. 36) “o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais”. Com isso conclui-se que um Estado democrático de direito a atuação do Estado está sujeito às normas e princípios do ordenamento jurídico principalmente as normas de direito fundamental do cidadão.

No campo da edição das leis com base na supremacia do direito público sobre o direito privado, o legislador estará vinculado à finalidade e ao alcance do interesse público, já no campo da administração pública o administrador terá sua atuação também voltada para uma finalidade pública obedecendo sempre a lei, mesmo nos atos discricionário fara um juízo de valor dentro da oportunidade e conveniência, mas nunca se distanciando de atender a finalidade do interesse público. Para Bandeira de Mello (2010, p. 96) “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é o princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade”.

O interesse da sociedade prevalece sobre o direito individual para que se possa conviver harmonicamente, pois não seria possível a convivência de forma organizada entre os demais se o direito individual de cada cidadão prevalecesse, causaria uma instabilidade social, porém o princípio da supremacia do interesse público não autoriza o Estado, desrespeitar outros princípios e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, neste caso, havendo uma tensão entre os mesmos deverá ponderar seus atos de forma a não contrariar nenhum destes princípios.

Em uma possível tensão entre os princípios da supremacia do interesse público e os direitos fundamentais do cidadão, o princípio da proporcionalidade no caso concreto, solucionara de forma a equacionar tal tensão, levando em conta a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, não desabonando, assim, ao analisar o princípio da supremacia do interesse público, os princípios da não autoincriminação ou da presunção de inocência.

O princípio constitucional da presunção da inocência está implícito na constituição federal, porém o art. 5º, LVII dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória obedecendo ao princípio basilar da constituição federal que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso se extrai da carta maior, que esta contempla o princípio da presunção de inocência.

A declaração do direito do homem em seu Art. 9º preceitua que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”

O Pacto de San Jose da Costa Rica em seu art. 8º, II, ‘g’ especifica que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” de tais mandamentos jurídicos se extrai que o ônus da prova dentro do processo penal cabe a quem acusa, e que todos são considerados inocentes até que se prove o contrário. O *jus puniendi* do Estado não pode ultrapassar os limites da constituição para afetar *jus libertatis* do cidadão.

Por tanto alguém só pode ser considerado culpado após uma sentença penal transitada em julgado, neste viés o condutor que pratique a recusa simples, ou seja, sem indícios de se encontrar embriagado no momento em que for solicitado a realizar o exame do etilômetro e por conta dessa atitude ser autuado, estará este condutor sendo considerado culpado, tal medida contraria os preceitos constitucionais.

O princípio da não autoincriminação não está escrito de forma expressa na Constituição Federal, porém a carta maior de 1988 tem como fundamento a dignidade da pessoa humana trazendo uma série de garantias constitucionais, autorizando também o ordenamento jurídico brasileiro a se utilizar de outras normas externas a constituição Federal, oriundas de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte e que versem sobre direitos humanos, conforme o Art. 5º §2º da Constituição Federal, onde determina que:

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:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL,1988)

A administração pública jamais poderá se afastar do cumprimento e mandamentos constitucionais incluindo os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte, neste rol de tratados inclui-se o Pacto de San José da Costa Rica.

3 PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após a segunda guerra mundial houve a necessidade de organismos internacionais darem atenção aos fatos ocorridos durante a guerra, onde foi palco de várias atrocidades, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) também chamada de Pacto De San José Da Costa Rica foi onde países signatários adotaram comportamentos de proteção aos direitos humanos com a responsabilização diante de cortes internacionais quando praticado o desrespeito ou a infração as diretrizes no referido Pacto, acordadas.

O Pacto De San José Da Costa Rica composto pelos países membros da Organização dos Estados Americanos foi criado em 22 de novembro de 1969 durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos realizado na cidade de San José Da Costa Rica, estando em vigor desde 18 de julho de 1978, no Brasil a referida convenção entrou em vigor através do decreto presidencial nº 678 de 06 novembro de 1992 sendo publicado em diário oficial na data de 09 de novembro de 1992 determinado fiel cumprimento dos direitos abarcados no referido pacto.

O Pacto de San José da Costa Rica teve como objetivo assegurar no ambiente internacional o direito à liberdade proibindo a escravidão e a servidão humana, trata-se das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção a família, basicamente os direitos de primeira geração.

Toda essa proteção fornece ao indivíduo status de sujeito de direito internacional. Dessa forma não há a invasão a soberania de cada Estado signatário do tratado, mas obriga aos Estados cumprirem com as proteções e promoções dos direitos humanos, sujeitos a sanções de cortes internacionais quando houver descumprimento a tais regulamentos pactuados. A constituição de 1988 foi o marco jurídico do ordenamento constitucional passou-se do regime ditatorial militar para um regime democrático e nessa constituição foi dada uma atenção especial aos acontecimentos nacionais e internacionais de direitos humanos.

3.1 Da inserção da norma internacional oriunda de um tratado de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

A introdução da norma internacional que verse sobre direitos humanos em nosso ordenamento jurídico pode ter força de norma constitucional. Com a vigência da EC 45/2004 foi inserido na magna carta o §3º no Art. 5º da CF, que estabelece a forma como os Pactos internacionais que versem sobre direitos humanos terão status de norma constitucional em nosso ordenamento, sendo seus efeitos aplicados de forma imediata conforme o art. 5º, LXXVIII, §1º da Constituição Federal.

Para a professora Flavia Piovesan (2013) independentemente da aprovação do legislativo, as normas internacionais de tratados em que a república do Brasil seja signatária e versem sobre direitos humanos, tem aplicação imediata, sendo o processo legislativo de aprovação da referida norma para ter efeito no nosso ordenamento interno, desnecessária, pois é o que preceitua o Art. 5º, § 2º da CF/88:

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

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Brasil,1988) (grifo nosso)

Fica clara a força normativa no nosso ordenamento jurídico das normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos em que a república do Brasil seja parte. Sendo que mesmo as normas que são introduzidas em nosso ordenamento jurídico sem o mesmo processo legislativo de uma EC, poderão ter força constitucional segundo interpretação realizada do § 2º, LXVIII

do art.5º da CF, onde de forma expressa engloba os tratados internacionais em que a república do Brasil seja parte, não privilegiando apenas as que tem poder de uma EC, sendo assim, caso uma lei ordinária contrarie uma norma internacional oriunda de um desses tratados, mesmo sem ter força de EC, estaria a lei ordinária contrariando mandamento constitucional.

A carta magna de 1988 foi criada tendo como um de seus principais fundamentais a dignidade da pessoa humana, observando e respeitando claramente em seu contexto os princípios dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, materialmente falando, tais normas recepcionadas pela constituição de 1988, são constitucionais. Nesse sentido defende Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.60):

A constituição em sentido material abrange não apenas as normas ancoradas na constituição formal, portanto, veiculadas (expressa ou implicitamente) pela constituição escrita, tal como elaborada pelo poder constituinte formal e mediante a reforma constitucional, mas vai além, incluindo normas apenas materialmente constitucionais. Assim sendo, o conceito material de constituição não se identifica por completo com o da constituição formal, de modo que é possível falar de direito constitucional apenas em sentido material, embora nem sempre haja clareza e consenso a respeito do que integra a noção de constituição material [...].

O Supremo Tribunal Federal (STF) editou a súmula vinculante nº 25 que trata da prisão civil no caso do depositário infiel, anulando os efeitos da parte final do art.5º, LXVII por ser conflitante com pacto de San José da Costa Rica. No voto os ministros entenderam por unanimidade que os tratados internacionais em que a república do Brasil seja signatária e que versem sobre direitos humanos, mas que não tenha sido recepcionada pela constituição federal com as mesmas formalidades de criação de uma EC, terão status de norma supra legal, ou seja, abaixo da constituição e acima da lei ordinária, esse é o entendimento firmado pelo STF na súmula vinculante nº25 conforme segue voto do ministro Cezar Peluso:

(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto

na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

[RE 466.343, voto do rel. min. **Cezar Peluso**, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.]

Nesse voto do ministro Cezar Peluso, deixa claro que as leis ordinárias não compatíveis com norma internacional de direitos humanos que não tenha sido recepcionada com força de EC, de pacto em que a república do Brasil faça parte, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, essas leis ordinárias conflitantes terão seus efeitos anulados.

Apesar da clara declaração pelo STF do status de supralegalidade da norma de direito internacional que verse sobre direitos humanos em que a república do Brasil seja signatária, como é o Pacto de San Jose da Costa Rica, há uma aparente supraconstitucionalidade de tal norma, pois neutraliza à aplicabilidade da parte final do Art.5º, LXVII/CF em que pese o referido artigo ser uma norma constitucional, porém o entendimento predominante no ordenamento jurídico brasileiro é da supralegalidade da norma oriunda de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que não seja recepcionada em nosso ordenamento jurídico com a mesma forma de criação das emenda constitucionais.

No que tange a fonte do direito de não constituir provas contra si mesmo e o princípio da presunção da inocência na constituição federal e no referido Pacto San José da Costa Rica, é importante se fazer uma leitura do que diz o art.5º, LXIII da CF:

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)

O direito do preso ao silêncio tem como objetivo assegurar que o mesmo não profira em seu desfavor palavras que possam lhe incriminar, podendo se manifestar através de uma defesa técnica pelo seu advogado. Desta forma nada mais é que a constituição respeitando o direito do preso ou acusado por um delito, de não constituir provas contra si mesmo em obediência ao Pacto de San José da Costa Rica conforme o que preceitua o art. 8º, §2º, alínea g, deste pacto:

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; (grifo nosso)

Segundo Livia de Maman Sanguiné (2010, p. 5) “o princípio da não autoincriminação apresenta diversos desdobramentos como o direito do acusado ou do imputado de um crime de permanecer em silêncio como também o direito de não constituir provas contra si mesmo”.

Conforme explanado acima o princípio da não autoincriminação veio a ser fonte na Constituição Federal dos princípios da presunção de inocência e do princípio de não constituir provas contra si mesmo. O mandamento do §2º do artigo 8º da comentada norma estrangeira, implicitamente normatiza o princípio da não auto incriminação, assim como o caput do mesmo artigo de forma expressa normatiza a presunção da inocência, nascendo o *jus puniendi* do Estado apenas após a comprovação do delito e autoria em processo penal condenatório transitado em julgado, pois não existe pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*).

Em julgado do TJ/RJ em 2014 a decisão do colegiado foi no sentido de nulidade do ato administrativo de autuação do condutor pela recusa simples,

em homenagem ao princípio da não autoincriminação oriundo do pacto de San José da Costa Rica, conforme segue:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. OPERAÇÃO "LEI SECA". RECUSA EM REALIZAR TESTE DE ALCOOLEMIA (BAFÔMETRO). AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO DE SINAIS DE EMBRIAGUEZ. ART. 277, CAPUT, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. NULIDADE DO AUTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REFORMA.

Vigia à época dos fatos narrados a redação dada pela Lei 11.275/2006 ao art. 277, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, a dispor que o condutor de veículo alvo de fiscalização seria submetido a exame caso houvesse suspeita de ingestão de álcool. Contudo, no auto de infração impugnado, ou em qualquer outro elemento dos autos, não há anotação de indícios nesse sentido, ao passo que o art. 277, § 3º, do referido diploma (ao prever a penalidade a quem se recusar a realizar o teste do bafômetro), deve ser interpretada em harmonia com o disposto no caput. Por outro lado, sabendo-se que o ato administrativo tem presunção de veracidade e legitimidade, com a indicação de sinais de embriaguez passaria a militar presunção em desfavor do condutor, que poderia ser desfeita com a realização do teste de alcoolemia (bafômetro). Mas diante da ausência de anotação dos referidos indícios, nenhuma presunção foi feita contra o demandante. Finalmente, a recusa em realizar o teste é legítima, diante do direito de não autoincriminação previsto no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, não podendo ser aplicada penalidade pela simples negativa de realização. Assim, diante da ausência de regularidade no auto de infração, e sendo legítima a recusa em realizar o teste do bafômetro, mostra-se nulo o auto de infração, devendo ser reformada a sentença. Precedentes. (grifo nosso) PROVIMENTO DO RECURSO TJ-RJ - APELACAO: **APL 01699181420118190001 RJ 0169918-14.2011.8.19.0001** (TJ-RJ, 2014) (grifo nosso)

Notadamente observa-se a prevalência do princípio "*nemu tenetur se detegere*" no nosso ordenamento jurídico, orientando as decisões judiciais em que discuta o direito de não constituir provas contra si mesmo.

Quanto à colaboração do acusado para obtenção de provas, existe na doutrina a concepção da prova invasiva e não invasiva, Angel Gil Hernández apud Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 288) relata que prova invasiva seria "a intervenção corporal, é a realização de atos de investigação ou obtenção de

provas no corpo do próprio acusado”. Segundo Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 289) a definição de prova invasiva seria:

As provas que implicam intervenção corporal nos acusados podem ser invasivas ou não invasivas. Consideram-se invasivas as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não.

As provas invasivas, no entanto, seriam as provas que dependeria do corpo do acusado para sua obtenção, seja com a introdução de objetos ou substâncias no corpo do acusado, seja com o empréstimo do próprio corpo para reconstituição da cena de um crime ou participar de exame grafotécnico, ambas as situações dependem da ação do acusado. Desta forma as provas não invasivas seriam provas oriundas de vestígios do corpo do acusado, como uma digital deixada ocasionalmente em uma superfície.

O exame através do etilômetro ou a colheita de sangue do condutor para que se comprove o teor alcoólico no organismo do condutor por definição trata-se de uma prova invasiva onde o condutor necessita, no caso do etilômetro, encher seus pulmões de ar, introduzir o bico acoplado no etilômetro na boca e expelir o ar dos pulmões para que o aparelho faça a leitura, já o exame de sangue necessita da perfuração da agulha no corpo para a retirada do sangue, podendo o resultado deste exame confirmar que o mesmo contém teor alcoólico acima do permitido configurando crime.

Com isso se deduz que são provas invasivas os exames de alcoolemia através do bafômetro ou exame de sangue, necessitando de prévia autorização do condutor para que sejam realizados, nesse sentido a não realização por recusa simples do condutor não poderia gerar penalidades, em respeito ao direito de não constituir provas contra si mesmo.

A priori o princípio da não autoincriminação como a própria nomenclatura sugere, só teria sentido no âmbito criminal, no âmbito administrativo não teria validade, sendo assim o condutor não poderia invocar o princípio da não autoincriminação para se recusar a realizá-lo, pois não se trata de crime mas sim de atos meramente administrativos, “Trata-se de presunção relativa (*juris*

tantum) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é o de inverter o ônus da prova”. (DI PIETRO, 2017, p. 104).

Ocorre que no caso da realização do exame de alcoolemia com o uso do etilômetro ou através de exame de sangue, existe a possibilidade de o condutor incorrer em crime caso seja comprovado o teor alcoólico suficiente para isso, sendo assim, com a possibilidade do condutor se autoincriminar, ultrapassa o mero procedimento administrativo, não cabendo neste caso a presunção de veracidade e legalidade dos atos públicos.

No caso concreto toda dinâmica do procedimento do agente de trânsito diante da recusa simples, onde não haja indícios ou prova material do fato, levando em conta que se trata de procedimento aparentemente administrativo, obedeceria perfeitamente as penalidade de autuação e medidas administrativas imposta pelo art.165-A/CTB, sendo assim, totalmente respaldado pela legislação do direito administrativo e consonante com constituição federal.

Ocorre que o ato do condutor aceitar ser submetido ao teste do etilômetro ou exames que comprovem o uso de substâncias psicoativas, conforme o resultado, poderá gerar sua prisão em flagrante, caso ultrapasse os valores de álcool no sangue ou de ar alveolar que configure crime conforme o Art.306 do CTB. Nesse aspecto com a possibilidade do condutor aceitar realizar soprar o etilômetro e incorrer no cometimento de um crime ,o princípio da presunção de veracidade dos atos da administração, neste caso, não se configuraria ,pois não há apenas formalidades administrativa ,existe o risco concreto de incriminação do condutor.

Dessa forma não há de levantar uma presunção “*juris tantum*” por parte dos atos administrativo, pois tal presunção não se confirma na área criminal, onde o ônus da prova cabe a quem acusa

4 PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para iniciar a abordagem acerca do poder de polícia recorreu-se inicialmente a Maria Sylvia Di Pietro (2010, p. 117) onde relata que “O poder de polícia é a atividade do Estado que consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”, a referida autora enfatiza que o indivíduo terá seu direito individual limitado em benefício da coletividade ,dessa forma fazendo um paralelo com o que até aqui foi debatido , cabe ao Estado ponderar seus atos de forma a satisfazer o interesse público sem desrespeito as demais garantias constitucionais.

Para Heli Lopes Meirelles (2016, p. 152) “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. Sendo assim desde que o Estado não desrespeite os princípios constitucionais, pode ele limitar o direito individual ou mesmo impedir determinadas atividades dos administrados.

O poder de polícia do Estado não pode se confundir com o poder de polícia instituição dos órgãos de segurança pública, o poder de polícia do Estado é em sentido amplo enquanto o poder da polícia órgão de segurança pública é um poder derivado daquele. É do poder de polícia em sentido amplo que se justifica, como exemplo, a penalidade de autuação ou de suspensão do direito de dirigir por parte dos agentes de trânsito.

Segundo Di Pietro (2010, p.119) o poder de polícia possui três atributos, quais sejam a discricionariedade, auto executoriedade e a coercibilidade.

Para De Mello (2013, p.428) no ato discricionário a administração pratica seus atos, com uma certa margem de liberdade para decidir através de uma apreciação subjetiva levando em conta o motivo e o objeto diferentemente do ato vinculado onde o poder público tem que agir estritamente conforme determina a lei não dando nenhum espaço para juízo de valor.

Na autoexecutoriedade segundo Di Pietro (2010, p.119), o poder público pode tomar uma decisão sem necessariamente depender de uma autorização judicial, porém essa autoexecutoriedade não é autorização para o Estado reali-

zar qualquer ação sem observar os limites impostos pela lei muito menos o desrespeito sem precedentes as normas de direito fundamental”.

Conforme Meirelles (2016, p.116) explica:

Mas não se confunda a *autoexecutoriedade* das sanções de polícia com *punição sumária e sem defesa*. A Administração só pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa (principalmente as de interdição de atividade, apreensão ou destruição de coisas) nos casos urgentes que ponham em risco a segurança, a saúde pública, em suma, quando haja possibilidade de perecimento do interesse público.

Ao autuar o condutor sem indícios de embriaguez, que se recusou a realizar o exame de teor alcoólico através do etilômetro ou exame clínico com base no art.165-A do CTB, o Estado através de seu agente público está utilizando do atributo da coercibilidade do poder de polícia, neste caso, não levando em consideração o princípio da presunção de inocência como também o da não auto incriminação, princípios fundamentais da CF.

O atributo da coercibilidade “é a imposição coativa das medidas adotadas pelo Estado”. (MEIRELLES 1996, p.121), tal atributo é necessário para que o Estado possa fazer valer seu poder na relação entre administrado e administrador, inclusive podendo se valer do uso da força desde que usada de forma proporcional.

Segundo Bandeira de Mello (2013, p.862) há alguns condicionantes que o poder de polícia assim como os outros poderes precisa obedecer, dividindo-se entre condicionantes positivos e negativos, entre os condicionantes positivos ele cita que todos os poderes estejam em sintonia com a proporcionalidade e razoabilidade de forma que todo excesso seja considerado inválido. E como condicionante negativo que os poderes não podem contrariar ou restringir obrigações, direitos ou deveres oriundos de princípios ou norma de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência destes.

Conforme definição dos autores mencionados o poder de polícia é a limitação necessária do direito individual de cada um cidadão com objetivo de resguardar o interesse coletivo. Essa limitação do Estado não significa que o Estado a qualquer custo e qualquer pretexto limitara o direito do cidadão com a justificativa de estar atendendo uma finalidade pública.

5 DA LEGISLAÇÃO DO TRÂNSITO E SUAS ALTERAÇÕES NO COMBATE A EMBRIAGUEZ OU USO DE SUBSTÂNCIA PSICOATIVA NA DIREÇÃO

A Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966 instituiu o Código Nacional do Trânsito, sendo que foi em 23 de setembro de 1997 que a lei 9.503 instituiu o atual Código de Trânsito Brasileiro (CTB) passando a vigorar em 22 de janeiro de 1998. Sendo que seu Art. 1º. § 5º preceituou que o trânsito de qualquer natureza rege-se pelo então Código Nacional de Trânsito. Ficou estipulado que o Sistema Nacional de Trânsito (SNT) adotaria políticas voltadas a preservação da vida incluindo a proteção a saúde ao meio ambiente.

5.1 Da Lei nº 11.275/2006

Em 07 de Fevereiro de 2006 foi publicada a lei nº 11.275/06 e alterou os arts. 165 e o 277 do CTB com o objetivo de endurecer a fiscalização aos condutores que insistiam em dirigir embriagados. Com essa alteração o legislador retirou do Art. 165 do CTB a necessidade de o condutor está com níveis acima de 06 decigramas por litro de sangue para que se pudesse confeccionar o auto de infração, valendo a partir daí qualquer índice de alcoolemia, endurecendo a fiscalização de ingestão de álcool pelos condutores. As penalidades e medidas administrativas permaneceram as mesmas, quais sejam a infração gravíssima multiplicada por 5 e especificando a quantidade de 12 meses da suspensão do direito de dirigir.

A redação do Art. 277 também foi alterada. Neste artigo, a alteração ficou por conta da retirada do termo “suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior”, pois o art. 276 nesse momento ainda considerava o limite de 0.06 miligramas por litro de sangue para autuação, sendo que este dispositivo só seria alterado em 2008. Nesta lei foi incluído também o § 2º no art. 277.

Com a inserção deste parágrafo o agente de trânsito passou a poder autuar o condutor com indícios de embriaguez se valendo também de provas em direito admitida como prova testemunhal ou vídeo, não necessitando apenas de prova técnica para confecção do auto de infração.

Observa-se com as alterações feita pela lei nº 11.275/2006 nos Arts.165,276 e 277 que o legislador alterou o índice de teor alcoólico, sendo qualquer índice suficiente para autuação, e possibilidade de outros meios de prova em direito admitidas como prova testemunhal ou filmagens.

5.2 Da Lei nº 11.705/2008

Após a Lei nº 11.275/2006 foi editada a Lei 11.705/2008 alterando novamente os art.165 caput e o art. 277, mas também alterou os arts. 276 e o 306. O art.165 teve a retirada do termo “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” e a inserção do termo “substância psicoativa que determine dependência”. Com essa alteração o legislador suprimiu o termo entorpecentes.

Nas penalidades, o referido art.165 foi acrescentado o período de 12 meses de suspensão do direito de dirigir, pois nesse artigo não havia por quanto tempo se daria essa suspensão. O art. 276 teve sua alteração de forma a se adequar ao que já preceituava o art. 277 com a alteração da lei anterior, ficando estipulado qualquer nível de álcool no sangue para a possibilidade de autuação.

No art. 306 a alteração se deu na especificação de que o poder executivo regulamentaria a equivalência de diferentes testes de alcoolemia para a configuração de crime, porém a principal alteração neste artigo se deu, no sentido de que o condutor independentemente de expor alguém a perigo de dano incorreria em crime, bastando ser flagrado com índice de álcool no sangue superior a 0.06 miligrama por litro de sangue ou 0,03 miligramas por litro de ar expelido pelo pulmões .

Já no art.277 foi feita também a supressão do termo “álcool ou entorpecentes”, permanecendo o termo “notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentado pelo condutor”, no entanto a mais importante alteração se deu por conta da inserção do parágrafo 3º no art.277 do CTB , uma das principais e mais polêmica mudança na legislação de trânsito no combate a embriaguez ao volante ,pois foi a partir da vigência deste parágrafo que os policias

fiscalizadores do trânsito começaram a autuar a recusa simples por parte do condutor, e que mais tarde tal preceito se transferira para o art.165-A.

O referido § 3º do art. 277 do CTB veio com a redação determinando que “Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo”. Dessa forma o condutor que se recusasse a realizar o teste de alcoolemia, mesmo sem ter sinais de embriaguez, teria o mesmo tratamento do condutor embriagado.

Entretanto a fundamentação jurídica usada pelos policiais fiscalizadores para autuação com base no referido § 3º do art. 277 se daria com a combinação do art. 165 do CTB, pois o art.277 não consta no campo das infrações não tendo assim força punitiva, porém a referida combinação legal ao combinar com o art.165, obrigatoriamente condicionaria o agente autuador a obter o resultado de exame de alcoolemia ou indicar em campo próprio, notórios sinais de embriaguez do condutor, mas com a recusa simples deste condutor não era possível. Tal situação levou a anulação de autos com esse fundamento, quando o condutor demandava apreciação pelo judiciário.

Tal problemática provocou a edição, posteriormente, de um artigo único no campo das infrações do CTB, que determinaria a autuação com base na recusa simples, sendo editado posteriormente o art.165-A do CTB, objeto desse estudo.

Com a vigência da lei nº 11.705/2008 houve mudanças significativas no CTB, seja na transformação do art.306 em crime de perigo abstrato, seja com a inserção do §3º no art. 277 penalizando o condutor pela recusa simples.

5.3 Da Lei nº 12.760/2012

A lei nº 12.760/12 foi publicada em 20 de dezembro de 2012 e fez novas alterações nos arts.165, 276, 306, 277 e 262 do CTB que já tinham sido alterados pela lei nº 11.275/2006 e 11.705/2008.

Com a alteração novamente do Art165, agora com a lei nº12.760/2012 o legislador aumentou o valor da multa para quem infringir o Art.165 passando de

cinco para dez vezes o valor de uma multa gravíssima, acrescentou na medida administrativa que caso não apareça nenhum condutor habilitado para conduzir o veículo, este veículo irá ser removido nos moldes do Art.270, §4 do CTB, adicionou o parágrafo único ,onde caso o condutor reincida na infração do Art. 165 no período de 12 meses o condutor terá o valor da multa dobrada .

O art. 276 do CTB também teve sua redação alterada novamente com a lei nº 12.760/2012, a alteração dessa vez foi com a inclusão de um parágrafo único indicando o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) como órgão competente para estipular a margem de tolerância quando a infração for apurada por meio de equipamento de medição, com a inserção desse parágrafo único o CONTRAN admite tolerar uma margem de erro do aparelho etilômetro na hora de realização do teste com o condutor conforme a tabela do anexo I da resolução nº 432/2013.

Houve também a inclusão do exame por ar alveolar, pois dispunha nesse artigo a constatação de embriaguez apenas através do exame de sangue .O Art. 277 do CTB teve sua redação alterada mais uma vez com referida lei 12760/2012, conforme segue a alteração se deu no sentido de que, não apenas o condutor com suspeita de embriagues poderá ser submetido a exames de alcoolemia, mas qualquer condutor independentemente de estar com indícios ou não de ter ingerido bebida alcoólica.

Retirou também do art. 277 do CTB o termo “será submetido a testes [...]” para colocar o termo “poderá ser submetido a testes [...]” dessa forma transformou uma imposição para uma possibilidade, o parágrafo 2º do art. 277 do CTB foi alterado, a modificação se deu pela especificação dos meios utilizados para que se admita como prova o estado de embriagues do condutor incluindo no referido parágrafo o termo “mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indique [...]”. Os sinais disciplinados pelo CONTRAN especificado pela nova redação do parágrafo 2º estão delineados no anexo II da resolução nº 432/2013.

O art. 277 do CTB também sofre alteração no sentido de ter sido suprimido o § 1º, retirando o termo entorpecente, tóxica ou efeito análogos. Obser-

va-se exclusão gradativa do termo entorpecente nas diversas alterações da legislação de trânsito voltada para o combate de embriaguez ao volante.

O art. 306 também teve sua redação editada, no caput deste artigo o legislador suprimiu o termo via pública que existia na redação anterior, colaborando para o entendimento que não apenas vias públicas poderiam ser palco do crime de embriaguez ao volante, inseriu também o § 1º, I, II confirmando os meios de prova capaz de constar o estado embriaguez ,acrescentando além do teor de 0,6 decigramas por litro de sangue, já exposto na redação anterior do art. 306 o índice de 0,3 miligramas de ar expelido pelos pulmões.

Referente aos incisos I e II inseridos, uma importante alteração se deu no campo das provas, pois com este inciso os sinais que indiquem alteração na capacidade psicomotora poderiam atestar a prática de crime conforme do Art. 306, *caput* do CTB. O CONTRAN por sua resolução nº 432/2012 no anexo II regulamentou quais sinais seriam observados pelo agente de trânsito que pudessem ser considerados como alteração de capacidade psicomotora, sejam eles: olhos vermelhos, vômitos, odor de álcool no hálito, arrogância, ironia, se o condutor se lembra dos atos cometidos, se apresenta dificuldade de equilíbrio ou mesmo fala alterada.

5.4 Da Lei nº 12.971/2014

A Lei nº 12.971/2014 alterou o parágrafo 2º do art. 306 do CTB, a lei acrescenta o exame toxicológico entre os meios de provas admitidos para a comprovação do crime do art. 306 *caput* do CTB.

5.5 Da Lei nº 13.281/2016

A Lei 13.281/2016 foi a última lei que alterou a legislação de trânsito referente a ingestão de álcool ou substância psicoativa por parte do condutor, está lei introduziu o “§ 3º no art.277 do CTB e no campo das infrações inseriu o art.165-A .O § 3º do art. 277 do CTB ficou com a seguinte redação: “Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos pro-

cedimentos previstos no *caput* deste artigo.” Referenciando neste caso ao *caput* do art.277, com a introdução do art. 165-A o legislador especifica que o condutor que se recusar a realização de qualquer dos testes ou exame para a análise de ingestão de álcool ou substâncias psicoativas sofrerá as penalidades.

Para uma análise mais aprofundada do art.165-A do CTB é que foram expostos até aqui questões estritamente relevantes para um estudo quanto a sua constitucionalidade ou não. Preceitua o Art. 165-A:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:
Infração - gravíssima;
Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses
Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270
Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no **caput** em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses

O art.165–A do CTB diferencia-se do *caput* do art.165 do CTB no sentido de que no caso da redação anterior deste artigo o condutor do veículo seria autuado pelo fato de estar alcoolizado é o que se pode extrair do referido artigo, sendo a comprovação feita através de exames ou por prova testemunhal com base nos indícios ou mesmo com vídeo. Depois da edição do art. 165–A/CTB a ação nuclear do referido dispositivo legal é a recusa simples de realizar o exame do etilômetro ou qualquer outro exame que comprove ingestão de álcool ou outra substância psicoativa no condutor.

Existe nesse caso dois núcleos diferentes a do art.165/CTB que é dirigir embriagado e a do art.165–A/CTB que é recusar a realizar o exame de alcoolemia ou outro exame em direito admitido para que se comprove a ingestão de álcool ou outra substância psicoativa. Os dois artigos têm as mesmas penalidades e medidas administrativas, quais sejam nos valores atuais multa no valor de R\$ 2.934,70 e recolhimento da CNH ou PPD, suspensão do direito de dirigir por 12 meses.

No art.165-A/CTB que é um desdobramento do art.165/CTB não precisa o condutor ter ingerido bebida alcoólica para ser penalizado, basta que se re-

cuse a fazer o exame de constatação de embriaguez, o agente fiscalizador não observa os indícios de embriaguez, pois não há, caso houvesse seria aplicado as penalidades e as medidas administrativas do art.165/CTB, com base em provas técnicas ou com indícios de embriaguez. Dessa forma fica evidente que o verbo núcleo do art.165-A do CTB é a simples recusa de realização de exame de alcoolemia e não o fato da embriaguez na condução do veículo.

Percebemos que houve várias modificações na legislação de trânsito com o objetivo de coibir a ingestão de álcool ou qualquer substância psicoativa por parte do condutor de veículos, sendo que do ano 2006 até o ano 2016 houve cinco alterações na legislação de trânsito nesse sentido. A última alteração se deu por conta da inserção do §3º no art.277 e do art.165-A no CTB.

Antes da vigência do art.165-A e da nova redação do §3º do art.277 do CTB, a autuação pela recusa simples era aplicada pelos órgãos de trânsito com base na anterior redação do § 3º do art. 277 do CTB trazida pela lei nº 11.705/2008 c/c 165 do CTB, sendo assim na prática os efeitos do art.165-A já se dava desde 19 de junho de 2008.Mesmo antes da sua vigência.

Na prática com a punição pela recusa simples, não houve diminuição de acidentes envolvendo condutores embriagados, conforme dados extraídos do site da Polícia Rodoviária Federal (PRF), fazendo um comparativo com o último semestre antes da vigência da lei nº 11.705/2008, e os demais semestres logo após a vigência do referido dispositivo legal, percebe-se uma quantidade aproximada de acidentes.

No primeiro semestre de 2008, onde ainda não havia a penalização pela recusa simples do condutor, a quantidade de acidentes foi de 1.653 acidentes envolvendo condutores embriagados, no segundo semestre de 2008, já com a penalização do condutor pela recusa simples desde 19 de junho do referido ano a quantidade de acidente foi de 1.908 acidentes, neste caso ,houve até um aumento de 255 acidentes. Nos dias atuais já no primeiro semestre de 2018 houveram 2653 acidentes nas rodovias federais com ingestão de álcool, segundo dados da PRF.

No Estado de Sergipe, no primeiro semestre de 2016 quando ainda não estava vigente o art.165-A do CTB foram registrados pelo BPTRAN (Batalhão de Polícia Rodoviária de Sergipe) e pela CPTRAN (Companhia de Trânsito de Sergipe) 57 acidentes envolvendo embriaguez ao volante em todo o Estado. Já no segundo semestre com a vigência do art.165-A do CTB desde 19 de junho do referido ano de 2016 houveram 49 acidentes em seguida no primeiro semestre de 2017 houve 52 acidentes com embriaguez ao volante, já no segundo semestre de 2017 houveram 58 acidentes do mesmo tipo.

Nota-se, fazendo um comparativo semestral, tanto nas rodovias federais com a atuação da Polícia Rodoviária Federal (PRF) ou no policiamento estadual através do Batalhão de Polícia Rodoviária nas rodovias (BPRV) do Estado, e nas vias urbanas estaduais pela Companhia de Trânsito (CPTRAN) que não houve redução substancial nos índices de acidente de trânsito envolvendo embriaguez ao volante com a punição pela recusa simples do condutor.

O objetivo maior da criação do Art.165-A do CTB foi no sentido nobre de diminuição nos números de acidentes de trânsito envolvendo condutores embriagados, obedecendo assim o objetivo basilar dos atos da administração pública, que é o interesse público, no entanto como demonstrado nos dados extraídos, não foi percebido uma diminuição dos número destes acidentes., sendo assim a finalidade pública não foi alcançada, requisito inafastável na aplicação do poder de polícia do ato de multar e recolher a CNH ou PPD do condutor pela recusa simples.

6 CONCLUSÃO

Conforme todo conteúdo exposto até aqui, a doutrina e a jurisprudência reconhece o Pacto de San José da Costa Rica aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto que existe uma súmula vinculante do STF de nº 25 fazendo referência ao citado Pacto, anulando os efeitos que trata da prisão civil no caso do depositário infiel conforme o art. 5º, LXVII da CF por ser conflitante com Pacto de San José da Costa Rica, portanto o direito de não constituir provas contra si mesmo não é uma ficção jurídica, mas sim uma realidade do nosso ordenamento jurídico, sendo assim, conforme a referida súmula nº 25 tais preceitos normativo do Pacto de San José da Costa Rica tem força de norma supralegal, ficando abaixo da CF e acima das leis ordinárias .

Levando em consideração que o Estado deve encontrar meios para priorizar a convivência harmônica entre os princípios constitucionais. O art.165-A do CTB afasta os princípios constitucionais da presunção de inocência, como também o de não constituir provas contra si mesmo. Por não se tratar de procedimento exclusivamente administrativo acaba ferindo a constituição da república.

Pois aos que seguem a corrente de que a penalidade e as medidas administrativa do art. 165-A do CTB são atos meramente administrativos e que disfrutam da presunção de veracidade, por tanto que o ônus da prova cabe ao administrado e que a este deveria ,para não ser penalizado, submeter-se à provas ,seja através do etilômetro ou por meio de exames de sangue, não leva em consideração que mesmo o condutor não apresentando indícios de estar sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa, que somente pelo fato da haver a possibilidade de através dos referidos exames o condutor ser incriminado, tais atos ultrapassa os limites meramente administrativo e alcança a área penal.

Dessa forma afasta a presunção de veracidade dos atos da administração pública, cabendo a mesma provar o ato delitivo do condutor, pois assim não fazendo, penalizando o condutor pela simples recusa, estaria desrespei-

tando matéria de direito constitucional desrespeitando os princípios aqui levantados.

Então como possível solução para o problema levantado na aplicabilidade do art.165-A do CTB, no momento da fiscalização os policiais portariam dois tipos de etilômetro , a princípio seria oferecido ao condutor o etilômetro convencional que poderia acusar um teor alcoólico igual ou acima de 0,3 miligramas por litro de ar alveolar, neste etilômetro há a possibilidade de configuração de crime e diante da recusa do condutor não teria penalidade alguma, porém diante da recusa do primeiro etilômetro seria oferecido ao mesmo condutor que este realizasse o exame em um segundo etilômetro com a medição do teor alcoólico limitado, auferindo apenas até 0.29 miligramas por litro de ar alveolar e com a recusa do condutor diante deste segundo etilômetro sofreria as penalidades do art.165-A do CTB.

Com a recusa simples do condutor e a referida penalização diante do segundo etilômetro pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência e o princípio da não autoincriminação não teria como abarcar o condutor nessa situação, pois com o exame realizado no segundo etilômetro não haveria a possibilidade do condutor ser incriminado, por conta da limitação do aparelho. Estaríamos diante de um situação exclusivamente administrativa, onde nesta situação o princípio da veracidade dos atos administrativos prevaleceria e se teria uma presunção "*juris tantum*", cabendo neste caso a inversão do ônus da prova para o condutor .

Levando em conta apenas a súmula vinculante nº 25, a princípio, fazendo uma interpretação analógica do conteúdo da referida súmula perante o art.5º, LXVII da CF, os efeitos do art.165-A do CTB também deveriam serem anulados uma vez que assim como a última parte do art. 5º, LXVII da CF, perdeu seus efeitos por contrariar o Pacto de San José da Costa Rica ,o art. 165-A pôr também não respeitar o art. 8, II, g do referido Pacto de onde se extrai o direito de não constituir provas contra si mesmo, deveria ter seus efeitos neutralizados.

Contudo Impera em nosso ordenamento jurídico que ninguém será considerado culpado sem o devido processo penal transitado em julgado, princípio implícito da presunção de inocência e que o preso tem o direito de permanecer calado não causando para si qualquer prejuízo pelos seu silêncio, princípio da não autoincriminação, que as normas de direito internacional que versem sobre direitos humanos e a república do Brasil seja signatária terá aplicação imediata em nosso ordenamento jurídico, tudo extraído da nossa Constituição Federal.

Analisando, conforme o que foi exposto até aqui e o que preceitua a Constituição Federal e o entendimento jurisprudencial pode-se observar que o art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro é contrária a Constituição Federal, pois não contraria apenas o Pacto de San José da Costa Rica, conforme exposto, mas contraria conjuntamente a Constituição Federal ao afrontar os princípios reconhecidamente constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação .

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios da definição a aplicação dos princípios jurídicos** ,4ª ed. Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6º. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 Set. 2018.

BRASIL. LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm >. Acesso em 16 out.18.

CARVALHO, Iuri Matos de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução**. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%FAblic_iuri_carvalho.pdf>. Acesso em 16 out. 18.

DE FERREIRA JUNIOR, Lier Pires; BORGES, Paulo. **Direitos humanos & Direito internacional**,4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 23.ed. São Paulo: ATLAS ,2010.

FREITAS, Juarez. **O conteúdo dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** .23ª.ed.SÃO PAULO: RT,1996.

MEIRELLES, Hely Lopes Filho, José Emmanuel Burle. **Direito administrativo**,42º ed. São Paulo, Malheiros,2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo** ,28ª ed. São Paulo, MALHEIROS ,2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo** ,30ª ed. São Paulo, MALHEIROS ,2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: ATLAS, 2006.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>> Acesso em 22 de Out. 18.

PRF. **Balanco 2017**. Disponível em: <<https://www.prf.gov.br/portal/sala-de-imprensa/releases-1/balanco-prf-2017>> Acesso em 24 out.18.

PRF. **Dados abertos**. Disponível em: <<https://www1.prf.gov.br/arquivos/index.php/s/MaC6cieXSFACNWT>> Acesso em 20 out.18.

QUEIJO, Maria Elizabeth, **O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**.2ª.ed. São Paulo: SARAIVA,2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

TJ-RJ. (29 de Julho de 2016) APELAÇÃO: APL : 00117997620168190001 RJ . Relator: Otávio Rodrigues. Data de Publicação: 29/07/2016). Disponível em: **JusBrasil:** < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/367511139/apelacao-apl-117997620168190001-rio-de-janeiro-capital-14-vara-faz-publica/inteiro-teor-367511145>> Acesso em 18 de out. 18.

ANEXO I

TABELA DE VALORES REFERENCIAIS PARA ETILÔMETRO

MR mg/L	VC* mg/L		MR mg/L	VC* mg/L		MR mg/L	VC mg/L		MR mg/L	VC mg/L	
0,05	0,01	INFRAÇÃO DO ART. 165 CTB	0,54	0,49	INFRAÇÃO DO ART. 165 CTB + CRIME DO ART. 306 CTB	1,03	0,94	INFRAÇÃO DO ART. 165 CTB + CRIME DO ART. 306 CTB	1,52	1,39	INFRAÇÃO DO ART. 165 CTB + CRIME DO ART. 306 CTB
0,06	0,02		0,55	0,50		1,04	0,95		1,53	1,40	
0,07	0,03		0,56	0,51		1,05	0,96		1,54	1,41	
0,08	0,04		0,57	0,52		1,06	0,97		1,55	1,42	
0,09	0,05		0,58	0,53		1,07	0,98		1,56	1,43	
0,10	0,06		0,59	0,54		1,08	0,99		1,57	1,44	
0,11	0,07		0,60	0,55		1,09	1,00		1,58	1,45	
0,12	0,08		0,61	0,56		1,10	1,01		1,59	1,46	
0,13	0,09		0,62	0,57		1,11	1,02		1,60	1,47	
0,14	0,10		0,63	0,58		1,12	1,03		1,61	1,48	
0,15	0,11		0,64	0,58		1,13	1,04		1,62	1,49	
0,16	0,12		0,65	0,59		1,14	1,04		1,63	1,50	
0,17	0,13		0,66	0,60		1,15	1,05		1,64	1,50	
0,18	0,14		0,67	0,61		1,16	1,06		1,65	1,51	
0,19	0,15		0,68	0,62		1,17	1,07		1,66	1,52	
0,20	0,16		0,69	0,63		1,18	1,08		1,67	1,53	
0,21	0,17		0,70	0,64		1,19	1,09		1,68	1,54	
0,22	0,18		0,71	0,65		1,20	1,10		1,69	1,55	
0,23	0,19		0,72	0,66		1,21	1,11		1,70	1,56	
0,24	0,20		0,73	0,67		1,22	1,12		1,71	1,57	
0,25	0,21		0,74	0,68		1,23	1,13		1,72	1,58	
0,26	0,22		0,75	0,69		1,24	1,14		1,73	1,59	
0,27	0,23		0,76	0,69		1,25	1,15		1,74	1,60	
0,28	0,24		0,77	0,70		1,26	1,15		1,75	1,61	
0,29	0,25		0,78	0,71		1,27	1,16		1,76	1,61	
0,30	0,26		0,79	0,72		1,28	1,17		1,77	1,62	
0,31	0,27		0,80	0,73		1,29	1,18		1,78	1,63	
0,32	0,28		0,81	0,74		1,30	1,19		1,79	1,64	
0,33	0,29		0,82	0,75		1,31	1,20		1,80	1,65	
0,34	0,30		0,83	0,76		1,32	1,21		1,81	1,66	
0,35	0,31		0,84	0,77		1,33	1,22		1,82	1,67	
0,36	0,32		0,85	0,78		1,34	1,23		1,83	1,68	
0,37	0,33		0,86	0,79		1,35	1,24		1,84	1,69	
0,38	0,34	0,87	0,80	1,36	1,25	1,85	1,70				
0,39	0,35	0,88	0,81	1,37	1,26	1,86	1,71				
0,40	0,36	0,89	0,81	1,38	1,27	1,87	1,72				
0,41	0,37	0,90	0,82	1,39	1,27	1,88	1,73				
0,42	0,38	0,91	0,83	1,40	1,28	1,89	1,73				
0,43	0,39	0,92	0,84	1,41	1,29	1,90	1,74				
0,44	0,40	0,93	0,85	1,42	1,30	1,91	1,75				
0,45	0,41	0,94	0,86	1,43	1,31	1,92	1,76				
0,46	0,42	0,95	0,87	1,44	1,32	1,93	1,77				
0,47	0,43	0,96	0,88	1,45	1,33	1,94	1,78				
0,48	0,44	0,97	0,89	1,46	1,34	1,95	1,79				
0,49	0,45	0,98	0,90	1,47	1,35	1,96	1,80				
0,50	0,46	0,99	0,91	1,48	1,36	1,97	1,81				
0,51	0,46	1,00	0,92	1,49	1,37	1,98	1,82				
0,52	0,47	1,01	0,92	1,50	1,38	1,99	1,83				
0,53	0,48	1,02	0,93	1,51	1,38	2,00	1,84				

MR = Medição realizada pelo etilômetro

VC = Valor considerado para autuação
admissível

EM = Erro máximo

* Para definição do VC, foi deduzido da MR o EM ($VC = MR - EM$). No resultado do VC foram consideradas apenas duas casas decimais, desprezando-se as demais, sem arredondamento, observados os itens 4.1.2 e 5.3.1 do Regulamento Técnico Metrológico (Portaria n.º 06/2002 do INMETRO), visto que o etilômetro apresenta MR com apenas duas casas decimais.

Erro máximo admissível (EM):

1. MR inferior a 0,40mg/L: 0,032 mg/L
2. MR acima de 0,40mg/L até 2,00mg/L: 8%
3. MR acima de 2,00mg/L: 30%

ANEXO II

SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Informações mínimas que deverão constar no termo mencionado no artigo 6º desta Resolução, para constatação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito:

I. Identificação do órgão ou entidade de trânsito fiscalizador;

II. Dados do condutor:

a. Nome;

b. Número do Prontuário da CNH e/ou do documento de identificação;

c. Endereço, sempre que possível.

III. Dados do veículo:

a. Placa/UF;

b. Marca;

IV. Dados da abordagem:

a. Data;

b. Hora;

c. Local;

d. Número do auto de infração.

V. Relato do condutor:

- a. Envolveu-se em acidente de trânsito;
- b. Declara ter ingerido bebida alcoólica, sim ou não (Em caso positivo, quando);
- c. Declara ter feito uso de substância psicoativa que determine dependência, sim ou não (Em caso positivo, quando);

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador:

a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:

- i. Sonolência;
- ii. Olhos vermelhos;
- iii. Vômito;
- iv. Soluços;
- v. Desordem nas vestes;
- vi. Odor de álcool no hálito.

b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta:

- i. Agressividade;
- ii. Arrogância;
- iii. Exaltação;
- iv. Ironia;
- v. Falante;

vi. Dispersão.

c. Quanto à orientação, se o condutor:

i. sabe onde está;

ii. sabe a data e a hora.

d. Quanto à memória, se o condutor:

i. sabe seu endereço;

ii. lembra dos atos cometidos;

e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta:

i. Dificuldade no equilíbrio;

ii. Fala alterada;

VII. Afirmação expressa, pelo agente fiscalizador:

a. De acordo com as características acima descritas, constatei que o condutor acima qualificado, está () sob influência de álcool () sob influência de substância psicoativa.

b. O condutor () se recusou () não se recusou a realizar os testes, exames ou perícia que permitiriam certificar o seu estado quanto à alteração da capacidade psicomotora.

VIII. Quando houver testemunha (s), a identificação:

a. nome;

b. documento de identificação;

c. endereço;

d. assinatura.

IX. Dados do Policial ou do Agente da Autoridade de Trânsito:

a. Nome;

b. Matrícula;

c. Assinatura.