



Volume 27

2022

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)
Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)

EQUIPE TÉCNICA

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 27 – 2022

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2022. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

A NECROPOLÍTICA NO BRASIL: UM REFLEXO DA CRISE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA EM TEMPOS DE COVID-10.....	05
RIBEIRO, Deborah Francisco SOUZA, Luis Fernando Garcia BREGA FILHO, Vladimir	
ANALISIS DEL PROCESO HISTÓRICO Y DE GLOBALIZACION DE CHINA.....	22
GOYENECHÉ, Fredi Eduardo	
O DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE GENÉTICA E À BUSCA PELA ANCESTRALIDADE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.632.750/SP.....	56
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti	
EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO Y SU ACTUAL PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....	69
LEÓN, Aníbal Quiroga	
ACERCA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, INTERDISCIPLINAR, CONTEMPORÁNEO.....	85
MANRIQUE, Jorge Isaac Torres	
REALIZAÇÃO DO TESTE DE ALCOOLEMIA E A VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO POLICIAL DE TRÂNSITO.....	101
PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos	
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: UNA MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DEL DERECHO PENAL CULPABILISTA Y DEL DERECHO PENAL DE ACTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	123
RUÍZ, Armando Noriega BLANCO, Milton Pereira SALAS, Fernando Luna	
REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL E DIREITOS HUMANOS.....	140
GONDIM, Laís Maria Belchior MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota	
LA IMPORTANCIA DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL MEDIO AMBIENTE	159
DIAS, Handel Martins SARTI, Lia MOITA, Gabriella Guimarães	
FACÇÕES CRIMINOSAS: A PROVENIÊNCIA DO SENTIMENTO DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO PRIVADA DA PENA EM ÂMBITO NACIONAL.....	180
CUNHA, Jordy Abraão da BEZERRA, Tiago José de Souza Lima	

LAS FAMILIAS DEL SIGLO XXI: LOS FACTORES QUE INTERVIENE EN LA CRISIS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA EN MATERIA DE FAMILIA.....202

GALINDO, Doris Ortega

HERNÁNDEZ, Paula Andrea Cortina

NOTA AO LEITOR

A 27ª edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro

Editora da Revista Intertemas

REALIZAÇÃO DO TESTE DE ALCOOLEMIA E A VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO POLICIAL DE TRÂNSITO

PERFORMANCE OF THE ALCOHOLEMIA TEST AND THE PROHIBITION OF SELF-INCRIMINATION IN TRAFFIC POLICE INSPECTION PROCEDURES

PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares Dos¹

PRAZERES, Karla Luzia Alvares Dos²

RESUMO: O trabalho acadêmico em epígrafe tratou de abordar a problemática existente na obrigatoriedade de realização do teste do etilômetro em condutores que recusam se submeter sem que apresentem sinais notórios de alteração da capacidade psicomotora. Relevante frisar a falta de interpretação por parte do Estado da literalidade dos vários dispositivos legais em vigor quando da aplicação das referidas normas jurídicas. Contudo, merece destaque a conclusão pela manutenção de garantias individuais que protegem o cidadão contra eventuais abusos de sua liberdade. Assim, a embriaguez ao volante torna-se algo muito mais complexo que se espera quando da produção de provas.

Palavras-chave: Embriaguez. Etilômetro. Recusa. Alcoolemia, Violação, Princípio.

ABSTRACT: The academic paper in question dealt with the problem of the need to perform the alcohol test in drivers who refuse to submit without showing noticeable signs of altered psychomotor capacity. It is relevant to emphasize the State's lack of interpretation of the literality of the various legal provisions in force when applying those rules. However, it is worth highlighting the conclusion by maintaining individual guarantees that protect citizens against possible abuses of their freedom. Thus, drunk driving becomes much more complex than expected when taking evidence.

Keywords: Drunkenness. Ethylometer Refusal. Alcohol, Violation, Principle.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Doutorando em Ciências Contábeis e Administração pela FUCAPE Business School; Doutorando em Educação pela Universidad Autonoma de Assunção - UAA; Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Cordoba - UNC; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista – FADIC; Mestre em Ciências da Religião pela Faculdade Unida de Vitoria – FUV; Mestre em Ciências da Educação pela Universidad Del Sol - UNADES; Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa - UDE; Tabelião e Oficial de Registro; Professor Universitário.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sa – UNESA; Mestra em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista – FADIC; Mestranda em Direito Internacional pela Universidad Autonoma de Assunção - UAA; Tabeliã e Oficiala de Registro; Professora Universitária.

O presente estudo visa abordar a problematização que existe na obrigatoriedade de realização do teste de alcoolemia quando da fiscalização da Operação Lei Seca, especificamente no Estado de Pernambuco, e sua recusa pelo condutor abordado que não deseja se submeter, recusa esta que lhe acarretará em sanções administrativas ou criminais que afrontarão de forma contundente o princípio da não produção de provas contra si mesmo.

Por meio de uma interpretação vasta dos principais dispositivos ordinários se procurará analisar amparos que permitam justificar a imposição do poder estatal nas blitz da citada operação. Em meio tantas alterações legislativas sobre a matéria, será observado a existência ou não de mérito para tal aplicabilidade.

A finalidade do trabalho é justamente esclarecer a existência ou não de conflito entre as normas previstas sobre alcoolemia e o referido princípio, observando a melhor solução para o impasse.

A metodologia utilizada será o estudo bibliográfico e a análise literal das normas que versam sobre a matéria.

Finalmente, os objetivos gerais da pesquisa é abordar a natureza dos limites impostos pela norma e suas consequências, especificadamente se estão violando garantias fundamentais inerentes ao condutor.

A embriaguez ao volante foi abordada pelo legislador pela primeira vez através da Lei nº 9.503, que instituiu em 23 de setembro de 1997, o nosso então Código de Trânsito Brasileiro (CTB), uma lei de natureza ordinária onde o legislador tratou de abordar certa preocupação com a segurança no trânsito.

Podemos destacar assim a título de curiosidade, que foi preciso transcorrer cerca de nove anos após a promulgação de nossa Constituição Federal (CF) em vigor desde 1988, para que fosse possível ainda que tardio, a elaboração dessa legislação, sem esquecer é claro que como tudo no Brasil para funcionar necessita de regra de transição a exemplo dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) referentes a CF, com o CTB não foi tão diferente, pois custou cento e vinte dias de *vacatio legis*, para entrar em vigor e produzir seus efeitos após sua publicação, fato este ocorrido na gestão do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso (FHC).

Quando se trata da conduta de embriaguez ao volante, os últimos estudos do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) apontam que dos acidentes de trânsito que ocorrem anualmente no país, o álcool ainda figura como principal vilão

responsável nessa estatística, fato este que levou o poder público a tentar inibir a mistura álcool e direção de forma mais severa e rigorosa, tanto pelo número de óbitos precoces, quanto pelo número de acidentados, que de certa maneira oneram e muito o custo com o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse sentido, o álcool representa, na condição de droga lícita, um fator que reconhecidamente contribui para a elevação do número de acidentes, uma vez que, compromete cientificamente os sentidos indispensáveis dos condutores de veículos automotores, reduzindo assim, a segurança no trânsito.

Sendo assim, podemos analisar que após a criação do CTB, o legislador percebeu que para conter o avanço da violência no trânsito provocada, sobretudo pelo álcool, era preciso se adaptar a realidade social e cultural, e editou algumas normas federais que endureceram o hábito de beber e dirigir no país, tanto que o objetivo de tais dispositivos legais sobre a matéria, foi alterar aspectos do diploma principal, o CTB, a exemplo da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, editada na gestão do Presidente da República Luis Inácio o Lula da Silva, que por sua popularidade social passou a ser chamada de Lei Seca, a Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, que passou a ser apelidada pelos meios de comunicação de Nova Lei Seca e por fim a Lei nº 12.971, de 9 de maio de 2014 e a mais recente, a Lei nº 13.281 de 4 de maio de 2016, ambas criadas na gestão da Presidenta Dilma Rousseff.

Destarte, a redação do CTB que versa sobre embriaguez ao volante obteve várias modificações em sua redação originária, com escopo de não deixar dúvidas de sua aplicabilidade. Sendo essas normas e outras infraconstitucionais os principais objetos de consultas do nosso trabalho.

Não se pode esquecer que a vida é o bem jurídico mais importante a ser tutelado, e nesse sentido, uma das previsões preliminares do CTB contidas em seu art 1º, § 2º, diz: “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”.

Cabe ressaltar ainda que o objeto deste trabalho está em analisar a recusa ao teste frente à obrigatoriedade de realização sem sinais alcoólicos. Sendo assim, o tema envolve uma ponderação polêmica de princípios jurídicos fundamentais em rota de colisão, qual seja, o da legalidade, da presunção de inocência e o da não autoincriminação.

2 DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ART. 165 DO CTB

Com o intuito de atribuir mais rigor para condutores que insistem em conduzir veículo sob a influência de bebida alcoólica, fora elaboradas como visto anteriormente alguns dispositivos que inclusive serão analisados nesse trabalho, que chegaram a propor até tolerância zero. A intenção do legislador foi instituir penalidades para motoristas que provocassem acidentes pelo uso abusivo de álcool ao volante.

Dentre os principais artigos do CTB que tratam da matéria álcool ao volante, estão o art. 165 contido no CTB no Capítulo XV relativo à parte das infrações; os arts 276 e 277 ainda do CTB contido no Capítulo XVII relativos às medidas administrativas e o art 306 também do CTB contido no Capítulo XIX, Seção II relativos aos crimes de trânsito em espécies.

Sabemos que no direito, a conduta que afronta a lei é classificada como infração, e nesse caso em algumas situações essa infração pode ser considerada como crime ou não. Em se tratando da embriaguez ao volante por seu aspecto nocivo a vida o legislador para tutela-la tratou de cominar punição criminal quando evidente o perigo e/ou punição de caráter administrativo quando associada ou não a criminal.

No caso do art. 165 do CTB, a redação mais recente da infração que o caput do dispositivo conceitua é de natureza meramente administrativa, conforme podemos verificar *in verbis*: “Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: “ (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

Ora, se analisarmos a literalidade da redação concluímos que dirigir trata-se de verbo de ação, movimento, logo para caracterizar a infração é indispensável que o condutor esteja (seja flagrado) com o veículo em movimento e requer ainda sob a influencia de droga lícita (álcool) ou ilícita (entorpecente).

No entanto, não tratou a lei de regulamentar no próprio texto, os meios pelo qual essa influencia seria comprovada ou observada.

O CTB confere ao condutor das infrações administrativas, algumas “punições” como Infração, Penalidade e Medida Administrativa, ambas cumulativamente. Essas conseqüências no tocante ao caso específico art. 165 do

CTB, representa infração gravíssima o que significa um acréscimo de sete pontos na Carteira Nacional de Habilitação do Condutor (CNH), uma penalidade de multa agravada pela Lei nº 12.760/12 em 10X o valor base atribuída à gravíssima que de acordo com a alteração recente do valor corrigido pela Lei nº 13.281/16, correspondente a **R\$ 2.934,70** reais mais a suspensão do direito de dirigir por um ano, e para concluir a medida administrativa de recolhimento da CNH do condutor por dois dias úteis o que acarreta na sequência a retenção do veículo, pois sem sua CNH o condutor ficará impossibilitado de conduzir o referido veículo.

Como é possível verificar o legislador procurou atribuir para essa infração específica de embriaguez ao volante, consequências bem severas e rigorosas, mais é preciso lembrar que elas precisam ao mesmo tempo, respeitar as garantias constitucionais do indivíduo.

Outra possibilidade de abrangência que o legislador garantiu com essa redação do caput do Art. 165 do CTB, propositalmente ou não, se refere a questão de se poder atribuir a infração administrativa a uma infinita possibilidades de veículos, já que o termo DIRIGIR possui uma amplitude vasta, uma vez que o texto não delimitou a especificidade do veículo ser ou não da categoria automotor. Evidente que a expressão empregada pelo legislador, foi no sentido de se tratar de veículo capaz de contrair multa (emplacado), mas deixou uma lacuna futura para quem sabe condutores de outros veículos, como por exemplo, ciclista, cavaleiro, maquinista, piloto de aeronave ou embarcação, serem atingidos pela norma.

A inovação legislativa trazida pela entrada em vigor da recente Lei nº 13.281/16, diz respeito diretamente a problematização desta pesquisa, foi à inclusão no CTB do art. 165-A, que estabelece:

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: (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

Percebe-se que com a inclusão desse novo caput do CTB, o legislador buscou corrigir a falha que havia antes nas infrações envolvendo a o instituto da recusa, tendo em vista a dificuldade encontrada pelos agentes de trânsito em fiscalizar a embriaguez. Antes, conforme a Portaria 219 de 19 de novembro de 2014 do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) que tentou inovar a fiscalização do art. 165 do CTB, pois enquanto que o condutor fazia uso de seu direito de recusar

para fugir da comprovação do crime do art. 306 do CTB que ainda vamos abordar, ou até mesmo das punições administrativas da própria infração, o agente teria que analisar a alteração da capacidade psicomotora conforme a Resolução prevê art. 432/2013 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), por meios subjetivos para formar seu juízo de convencimento observando assim, aspectos do comportamento do condutor como vestes, fala, halito, outros.

Nesse âmbito, a Portaria 219 acabou padronizando o seguinte para livrar o agente de analisar os sinais subjetivos de alteração da capacidade psicomotor do condutor, aquele que recusasse seria considerado “incapaz” (presunção de embriaguez), ou seja, livraria-se do crime, mas responderia pela administrativamente pela recusa cujos efeitos seriam absurdamente equivalentes aos efeitos dos casos de constatação da referida embriaguez. Em outras palavras, o DENATRAN repassou para o condutor o ônus de provar aquilo que ele não tem obrigação de colaborar ativamente. O ditado popular “quem não deve, não teme” passou a reger lamentavelmente a citada portaria em desfavor do condutor.

Aduz que, para dar amparo legislativo aos agentes de trânsito diante da recusa pelo condutor durante a aplicabilidade da Operação Lei Seca, a referida portaria estabeleceu o código de infração específico para esses casos, conforme tabela abaixo:

Código da Infração	Desdob.	Descrição da Infração	Amparo Legal (CTB)	Infrator	Gravidade	Órgão Competente
757-9	0	Cond que se recusar a se submeter a qq dos proc prev no art. 277 do CTB	277 § 3º c/c 165	Condutor	7- Gravíss 10X	ESTADUAL/RODOV

Fonte: <http://www.denatran.gov.br./portaria219/2014>

Destarte, aquele que se recusava fazer o teste do bafômetro era notificado pelo art. 165 por infringir o disposto no art. 277, §3º do CTB, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Para efeito de punições, o art. 165-A passou a estabelecer de forma desproporcional a mesma gravidade tanto para quem se recusa quanto para quem se submete e constata. Ora não há razoabilidade que não seja compelir o condutor a colaborar com a produção de provas, quando se estabelece o mesmo tratamento do condutor constatado embriagado (aceitou fazer o teste) e o condutor recusado (que não aceita fazer o teste). Quem recusa, faz uso de um direito de evitar e não poderia o legislador jamais igualar a quem se submete e constata (comprova). Um exemplo disso, é que em São Paulo, o número de recusas subiu de 6,9% para 9,4% o índice de janeiro a outubro entre 2015 e 2016. Resultado o legislador se convenceu que o condutor já não estava se incomodando mais com as penalidades da recusa, e em consequência disso alterou o valor da multa conforme a Lei 13.281/16, de R\$ 1915,40 para R\$ 2.934,70, como se a solução fosse apenas mexer no bolso do brasileiro.

Tanto que antes, no código da infração de recusa criada pela Portaria 219 que é de natureza infraconstitucional, previa que o condutor seria autuado por se recusar a submeter a qualquer dos procedimentos previstos no art. 277, §3º do CTB, algo descabido, pois o condutor esta recusando a se submeter ao único procedimento disposto, o teste do etilômetro, e não a qualquer dos testes. Logo, cabe ao agente tentar comprovar a embriaguez por outros meios que não sejam apenas o etilômetro. Também, o art. 277, não está incluso no CTB na seção das infrações, assim, não havia antes previsão legal expressa nessa seção quanto a recusa pelo condutor ao teste para que se pudesse haver infração como agora passou a existir com a criação do Art. 165-A.

Anteriormente, era falha e ilegal administrativamente a notificação pela recusa e seus efeitos, pois não havia a recusa como infração tampouco não cabia para o art. 277 prever infração, uma vez que esta na seção do CTB das medidas administrativas, e o pior o condutor acabava sendo notificado de acordo com a Portaria 219 pelo art. 165 do CTB, dirigir sob a influência de álcool, por mera presunção já que deixou de haver comprovação, agora com o art. 165-A a recusa tem previsibilidade na seção do CTB das infrações, o que ainda é passível de discussão tendo vista não garantir ser ela legítima.

3 DA LITERALIDADE DOS ARTS. 276 e 277 DO CTB.

A análise da literalidade dos art. 276 e 277 chama atenção quando se buscar encontrar fundamentação para tanta autuação por reusa.

Sobre o art. 276, vejamos:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012).

Concluimos que a tolerância aplicada à embriaguez ao volante é zero, pois o texto do caput é bem objetivo e não deixa dúvida, quando emprega o termo coloca "qualquer concentração de álcool". Outrossim, o legislador observou que para o critério de prova, era indispensável que o índice fosse zero, caso contrario como já foi antes, sendo algum valor, poderá ser este distinto seus efeitos de organismo para organismo para caracterizar embriaguez.

Sendo assim, acusando qualquer índice, já estaria comprovada a infração independente se alterou ou não a capacidade psicomotora. Há um tempo, a tolerância chegou a ter um percentual, algo em torno de 0,06 dg/l, daí o questionamento que era feito seria, porque 0,06 compromete e 0,04 não prejudica a dirigibilidade? Que estudo científico vai garantir que esse valor prejudica e menor que ele, não vai? Nessa perspectiva, teria então acertado o legislador quando estipulou a alcoolemia zero, pois dessa forma o critério tornou-se objetivo e sem margem de questionamentos.

Assim sendo, se a tolerância não for zero, não haveria possibilidade do agente constatar de forma objetiva sem aferição se o condutor encontra-se ou não em tal índice estabelecido, diferente do qualquer concentração de álcool, que nesse caso, fica visível para o agente o surgimento de algum sinal que certifique a infração.

No tocante ao art. 277 do CTB, relevante seria notar um aspecto bem interessante além daqueles que já foram visto:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016)

Em primeiro lugar, o princípio constitucional da legalidade garante a todos os indivíduos que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. O Princípio fala na norma “LEI”, sendo assim Portaria e Resolução não pode dispor de tal exigibilidade. Portanto, analisando a redação do caput do art. 277 do CTB, fica evidente o condutor de veículo envolvido em acidente ou parado numa blitz policial PODERÁ (se fosse regra, seria deverá) ser submetido a teste que permita certificar a influência alcoólica, logo o legislador não aplicou na lei a expressão DEVERÁ, o qual significa dever, obrigação, sem consentimento, algo bem diferente do verbo poder que induz a ideia de livre vontade. Se o condutor poderá ser submetido, por que então disponibilizar apenas um meio, qual seja o etilômetro??

Cabe ressaltar, que de todos os diplomas vistos até aqui, nenhum previu explicitamente, a obrigatoriedade por parte de qualquer condutor, de realização sem consentimento, de qualquer procedimento de avaliação de alteração da capacidade psicomotora, nem tampouco, que o condutor está obrigado a colaborar ativamente com isso.

4 DA INFRAÇÃO CRIMINAL DO ART. 306 DO CTB

Falamos da infração administrativa prevista no CTB e agora chegou à vez de abordarmos a esfera penal contida no referido diploma, quando a conduta do condutor vai ser tipificada criminalmente em virtude de sua gravidade a bem jurídico penalmente tutelado.

Este trabalho de pesquisa foi desenvolvido através de uma abordagem na esfera penal justamente pelo fato do CTB prever para o caso em epígrafe, embriaguez ao volante, crime para quem pratica. Se bem que, o instituto da recusa, não adentra nessa seara, ficando restrito ao âmbito meramente administrativo.

Para sintetizar, vamos analisar o tipo penal mais recente contido no art. 306 do CTB, relativo à embriaguez ao volante, e o que sua redação estabelece:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

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: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

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 (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

§3º O CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Pois bem, analisando literalmente a descrição do tipo penal e suas modificações normativas, concluímos a necessidade existente em se interpretar a lei principalmente quanto às garantias individuais do cidadão.

Anteriormente o crime do caput do art. 306 do CTB alterado através da Lei nº 11.705/2008 se caracterizava toda vez que fosse comprovada concentração numérica etílica no sangue, ou seja, exigia-se prova quantitativa, para configuração e reconhecimento do delito, sem a qual não haveria como impor pena ao condutor que não se submetesse aos procedimentos.

Entretanto, com a edição da Lei nº 12.760/2012, o legislador tratou de corrigir essa lacuna e procurou imprimir uma abordagem mais rigorosa e objetiva, desengessando a redação contida no tipo, retirando o parâmetro baseado na exigência de teor numérico, para a inserção do parâmetro consentâneo (advindo do consentimento, apropriado, adequado) de natureza mais flexível, ou seja, exige-se agora, que o condutor esteja com a capacidade psicomotora alterada devido à influência alcoólica, alargando assim, o tipo penal, sendo esta a redação atualmente em vigor, que revogou os elementos normativos estabelecidos pela anterior Lei nº 11.705/2008.

Outra análise literal do tipo penal em vigor, diz respeito ao verbo introdutório do caput do art. 306 do CTB, nesse caso “conduzir”, que traz alguns requisitos para caracterizar o tipo penal, sendo que o primeiro diz respeito à exigência de perigo real, qual seja, de flagrar o condutor sob a influência de álcool guiando veículo em movimento, o outro se refere ao tipo do veículo, nesse caso automotor. Sendo assim, mesmo que o condutor esteja embriagado conduzindo numa carroça ou bicicleta, não caracterizará o delito, pois os veículos de tração animal e propulsão

humana não estão enquadrados no referido caput, algo bem diferente quando se trata da literalidade da infração administrativa do art. 165 do CBT que não traz a expressão veículo nem tampouco automotor.

Outro aspecto curioso que permeia essa análise, são os verbos empregados nos arts. 165 e 306 do CTB, sendo no art. 165 “dirigir” e no art. 306 “conduzir”. Acontece que segundo o dicionário Aurélio, etimologicamente falando, ambas as expressões significam guiar veículo. Mas, há estudiosos do trânsito que entendem haver distinções técnicas, resumida na seguinte frase ilustrativa: **“Se um condutor estiver empurrando sua moto, ele estaria conduzindo; case estivesse pilotando, ele estaria dirigindo”**. Se são sinônimos ou não, o que importa é que transmitem a mesma ideia de verbo de ação, ou seja movimento.

Igualmente pensou no caso da infração criminal que decorre também de prova constituída, nesse caso, o **art. 306** do CTB (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência) para ser configurada, necessita do agente a comprovação do tipo penal, razão pela qual, o legislador tratou logo de estabelecer meios de provas para que o agente possa certificar a conduta, qual sejam, 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 verificação dos sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora.

Concluindo essa abordagem, segue quadro abaixo que ilustra tudo que foi analisado:

TABELA DOS ÍNDICES DE CARACTERIZAÇÕES

AUTUAÇÃO	EXAME DE SANGUE (álcool/litro de sangue)	TESTE DO ETILÔMETRO (álcool/litro de ar alveolar)	VERIFICAÇÃO DOS SINAIS DE CAPACIDADE PSICOMOTORA
INFRAÇÃO (art. 165, CTB)	Qualquer Concentração (Alcoolemia Zero)	Medição, $\geq 0,05$ até $0,33$ mg/l	Obtido na forma do art. 5º da Resolução nº 432/2013 do CONTRAN: Laudo de Médico Perito através Exame
CRIME (art. 306, CTB)	Concentração ≥ 6 dg/l	Medição $\geq 0,34$ mg/l	

			Clínico ou Constatação pelo Agente através de conjunto de sinais previsto no Anexo II.
Fonte: Índices previstos nos arts. 6º e 7º da Resolução nº 432 de 2013 do CONTRAN.			

5 DA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

Como já visto, o CTB é uma norma bastante complexa e repleta de imperfeições e dúvidas, entretanto, via de regra, as infrações administrativas para serem aplicadas, bastaria que fossem flagradas pelo agente, mas no caso da infração administrativa do art. 165 do CTB que versa sobre dirigir sob a tal “influência de álcool”, no que tange a produção de provas que certifique a infração, o caput do art. 277 e seu §2º, elenca que poderá ser caracterizada por **teste** (alcoolemia ou toxicologia), **exame clínico**, **perícia** ou **outro procedimento** que, por meios **técnicos ou científicos** permitam constatar, como também **imagem**, **vídeo**, **constatação de sinais** que **indiquem alteração da capacidade psicomotora** ou produção de **quaisquer outras provas em direito admitidas**, desde que estabelecidas pelo CONTRAN. Lembrando que a tolerância é zero, sendo assim, qualquer concentração caracterizada por algum dos meios de provas, já a caracteriza (parâmetro numérico).

No caso da produção de provas que certifique a culpabilidade do condutor no crime previsto no art. 306 do CTB, que seria conduzir com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, sendo a tal influencia mais uma vez o requisito, o legislador também tratou de elencar um rol meios pelos quais essa conduta poderia ser tipificada.

Na visão de Fernando Capez, ele se manifesta nesse sentido, declarando que:

A chamada Lei Seca (Lei n. 12.760/2012, incluiu no texto legal outras formas de comprovação da embriaguez (além da pericial), para compatibilizar o privilegio contra a autoincriminação (direito de não produzir prova contra si mesmo) com a necessidade de tutela do bem jurídico segurança viária. Assim, além do etilômetro (bafômetro) e do exame de sangue, constituem também meios de prova da embriaguez o exame clínico, a perícia, o vídeo, a prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos. (CAPEZ, 2015, pag. 51)

Antes porem, necessário se faz conceituar o que se entende por estado psicomotor, vindo este a caracterizar-se pela capacidade de alguém poder coordenar mentalmente seus movimentos corporais. Assim, a alteração da capacidade psicomotora, nada mais é que a perda de reflexos dos sentidos.

Relativo a este aspecto da constatação, a Lei 12.760/2012, trouxe no art. 306 do CTB os seguintes parágrafos:

§ 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.

Enquanto que a Lei 12.971/2013, acrescentou a toxicologia ao dispositivo, estando em vigor:

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, 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 ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Enfim, entende-se que quando o legislador diz no §1º do art. 306 do CTB, as condutas, no plural, serão constatadas, está se referindo as condutas de estar sob a influência de álcool (droga lícita) ou tóxico (droga ilícita). Em seguida elenca nos dois incisos do parágrafo as duas formais de aferição (constatação) através do qual o tipo penal estará figurado, o da concentração de teor etílico ou da presença dos sinais que indiquem alteração do estado psicomotor, nota-se que foi empregado propositalmente entre as referidas formais, o conectivo “**ou**” (de alternância) ao invés do conectivo “**e**” (de adição), nesse caso, apresentando uma das formais previstas, basta.

Para averiguar a conduta de embriaguez ao volante através do inciso I, o teste de alcoolemia pelo uso do etilômetro materializa, tendo em vista se tratar de constatação metrológica, qual se já, de concentração. Já a alteração dos sinais da

capacidade psicomotora previsto no Inciso II, o legislador deixou a cargo do CONTRAN regulamentar que assim fez pela Resolução nº 432/2013, como se segue:

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.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro.

§ 3º Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

DOS SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA

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

I – exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou

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.

Analisando o disposto na resolução acima, observa-se que a constatação da alteração da capacidade psicomotora descrita no art. 306 do CTB para caracterizar o tipo penal, prevista pela Lei nº 12.760/12, pode ser confirmada por pelo menos um, dos procedimentos a que for submetido o condutor, previsto em um rol de quatro possibilidades de constatação, qual sejam, o exame de sangue, que sem consentimento do condutor, incorre em lesão corporal; o exame clínico, realizado por laboratórios especializado, reservado para constatação de consumo de tóxico; teste em etilômetro, o mais popular de todos, de constatação metrológica por via aérea, cujos índices difere do estabelecido para o exame sanguíneo e, por fim, a verificação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora, realizada pelo agente, desde que

observados os critérios previstos no art. 5º da Resolução do CONTRAN 432/2013 em seu Anexo II, que estabelece os seguintes critérios mínimos abaixo:

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.

Mister analisar ainda, que enquanto que os três primeiros procedimentos geram resultados cuja materialidade é de natureza objetiva (exame de sangue, teste de etilômetro e exame laboratorial) com expedição de prova para confirmação da alteração da capacidade psicomotora, ainda que necessitem da colaboração ativa (consentimento) do condutor, o quarto procedimento, que trata da verificação dos sinais de alteração, se feito por exame clínico com emissão de laudo por perito médico, também se enquadraria na condição materialidade de natureza objetiva, porém se verificado pelo agente de trânsito, através da observação dos critérios de aparência, atitude, orientação, memória e capacidade motora e verbal do condutor, que deverão ser considerados para efeito de validade, por um conjunto desses critérios, produzirá materialidade de natureza subjetiva, algo descartado como meio de prova para o Direito Penal por sua fragilidade de interpretações, caso não sejam subsidiadas pelo implemento de provas complementares, a exemplo de testemunha, vídeo ou foto (imagem), como previsto. O fato é que as alterações legislativas da Lei 12.760/12 alargaram os meios de prova a ser utilizados como comprovação da embriaguez no volante.

Não podemos esquecer ainda que o crime de trânsito quando configurado não exclui os efeitos da natureza administrativa prevista no CTB, e vice-versa. Em outras palavras, tais procedimentos são aplicados ao condutor **cumulativamente**, visto que uma só conduta, a exemplo da embriaguez ao volante, geram simultaneamente efeitos criminais (Crime de Trânsito) e administrativos (Infração de Trânsito), conforme disposto no art. 7º, §1º, ambos da referida Resolução

432/2013, como exposto: “§ 1º A ocorrência do crime de que trata o caput não elide a aplicação do disposto no art. 165 do CTB”.

6 DA RECUSA AO TESTE DO BAFÔMETRO E SEUS EFEITOS

Recentemente o instituto da recusa sofreu uma inovação legislativa com sua inserção taxativa no rol das infrações administrativas de trânsito contidas no CTB através do art. 2º da Lei nº 13.281/2016 que entrou em vigor em novembro deste ano, que passou a prever:

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.

Seus efeitos continuam exageradamente os mesmo da constatação, algo que extrapola os limites da razoabilidade, tendo em vista que na recusa não há uma certificação materializada a exemplo da constatação de quem realiza o teste e acusa. Ora, se o Estado possui outras formas de certificar a influência ou não de álcool no condutor, por que ficar restrito ao etilômetro, até porque no art. 3º, §2º da Resolução nº 432/2013 do CONTRAN diz que deve-se priorizar nas fiscalizações o teste de alcoolemia, o que não esgota os outros meios previstos para isso. Vejamos o trecho: “§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro”.

Antes, o referido instituto, encontrava amparo legal no CTB conforme apontado no §3º, art. 277, do CTB, cuja redação foi incluída pela então Lei nº 11.705/08, in verbis:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016)

Nesse caso a recusa seria um dispositivo protetivo a disposição do condutor no intuito de protegê-lo de arbitrariedades e legalmente expresso no CTB. Quanto a obrigatoriedade de realização do teste de alcoolemia, a única normatização que prevê essa possibilidade mesmo sem consentimento alheio encontra-se no art. 11 da Resolução 432/2013 do CONTRAN, que trata das disposições morais, nesse caso apenas para as VITIMAS FATAIS de acidente de trânsito, conforme se observa: “ Art. 11. É **obrigatória** a realização do exame de alcoolemia para as **vítimas fatais** de acidentes de trânsito.”

Para esclarecer percebe-se que quando se fala na expressão teste de alcoolemia, esta se referindo ao gênero que possui como espécies, os meios: vídeo, teste de etilômetro, imagem, testemunha, exame clínico, perícia, sinais notórios de alteração da capacidade psicomotora na aparência, entre outros.

Diante dos fatos, resta cristalino, episódio ocorrido em Porto Alegre em 2015, no qual condutor impetrou ação contra ato da Polícia Rodoviária Federal que o autuou por haver se recusado a submeter-se ao teste de alcoolemia, cujo pedido era a devolução de sua CNH o que foi aceito em primeira instância. Ao recorrer da decisão junto ao TRF-4, o DETRAN do Rio Grande do Sul, não obteve sucesso, visto que o Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, relator da 3ª Turma, entendeu que:

A negativa de um motorista para fazer teste do bafômetro não pode ser considerada prova de embriaguez. Logo, a recusa a teste do bafômetro não se equipara a prova de embriaguez. A verificação do estado de embriaguez, ao menos para cominação de penalidade administrativa, pode ser feita por outros meios de prova que não o teste do etilômetro. Ademais, a jurisprudência exige que a embriaguez seja demonstrada por outros meios de prova. (Apelação Cível 5001367-22.2015.4.04.7106/RS)

Ante o exposto, caberia a sociedade compreender, que exigir dos nossos legisladores a criação de leis extremistas, não significa alcançar a eficácia desejada, tendo em vista essa eficácia precisar estar aliada a educação.

7 DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Os princípios jurídicos são verdadeiros mandamentos que devem ser seguidos e respeitados. A conquista pela humanidade dos direitos fundamentais do cidadão é resultado de um longo processo de constitucionalização, razão pela qual

são inerentes a todo indivíduo e, portanto, irrenunciáveis, invioláveis, imediatos, universais e imprescritíveis.

Os princípios são considerados como garantias capazes de protegerem esses direitos adquiridos pelo indivíduo, limitando assim os excessos dos atos estatais, sobretudo quando esses abusos do Estado visam força o indivíduo a colaborar com a materialidade de algum procedimento sem seu devido e espontâneo consentimento.

Nesse contexto, se enquadraria o princípio da não produção de provas contra si mesmo que possui uma vasta abrangência, sendo cabível em qualquer relação envolvendo o Estado e o Indivíduo, sobretudo devido à superioridade hierárquica estatal.

Com relação ao cabimento, o jurista e doutrinador Luiz Flavio Gomes afirma que “existe várias dimensões do referido princípio, entre eles, o direito ao silêncio, direito de não confessar, direito de não ceder o corpo para produção de provas, entre outros”. Interessante ressaltar a relatividade dos direitos fundamentais, o que acontece muitas vezes por razões de conflitos de normais.

Quando se trata do ordenamento jurídico, não existe nenhum dispositivo expresso invocando que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, sendo este um desdobramento implícito do princípio da legalidade, conforme previsto no art. art. 5º, inciso II, CF que expõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em outras palavras, garante que ninguém é proibido de fazer algo que a lei não proíba.

Expressamente, o princípio da não autoincriminação encontra amparo através de alguns Tratados Internacionais, no primeiro deles, o Decreto nº 592 de 1992, que promulgou o **Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político**, do qual o Brasil adotou, prevê no seu art. 14, que toda pessoa acusada terá direito de não ser obrigada a depor contra si. Em seguida, foi a vez do Decreto nº 678 também de 1992 que estabeleceu o **Pacto de São José da Costa Rica** também passou a prever de forma expressa o princípio *nemo tenetur se detegere* no seu art. 8º.

Segundo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2008, os princípios contidos nos tratados internacionais sobre direito humanos do qual o Brasil for membro, possuem caráter normativo supralegais, algo inclusive pacificado através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Ter status de supralegalidade, garante aos princípios não serem contrariadas por legislação ordinária. Sendo assim, o princípio da não autoincriminação vedaria a obrigatoriedade de qualquer cooperação ativa do indivíduo em procedimento incriminatório, como é o caso do teste de alcoolemia.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “o princípio nemo tenetur se detegere decorreria da conjugação dos princípios da presunção de inocência e ampla defesa, do qual afirma que o indivíduo é inocente até que se prova sua culpa, sendo perfeitamente claro que não está obrigado a produzir prova alguma contra si mesmo”.

No caso de certificação probatória da alteração da capacidade psicomotora pela influência de álcool faz-se necessário o teste de alcoolemia (não invasivo), seja por sopro (etilômetro) ou por exame de sangue (invasivo), porém é indispensável a colaboração (consentimento) do condutor, ocasião em que o princípio nemo tenetur se detegere resguarda o condutor através de sua característica limitadora, até porque, esses não são os únicos meios de comprovação previstas.

Assim, extrapola o legislador ordinário quando deixou a prova da infração totalmente dependente da colaboração do condutor, que não tem obrigação de colaborar ativa ou passivamente na construção de sua culpabilidade, devendo buscar alternativas probatórias que dispensem dessa participação.

No tocante a recusa ao teste, o condutor acaba sofrendo penalidades por mera presunção (suspeita) de dirigir sob a influência de álcool, negando assim, a colaborarem na verificação do consumo. Nota-se que essa presunção contraria o princípio da não autoincriminação, uma vez que impõem ao condutor, penalidades por exercer uma garantia. Deste modo, a simples recusa em realizar o teste para constatação de embriaguez não poderia de acordo com a ordem constitucional, trazer prejuízos administrativos ou criminais.

Ao contrário, havendo condições do agente em verificar a influência de álcool através da observação de sinais notórios que permitam a constatação da embriaguez, mesmo que tenha o condutor recusado realizar o teste, cabe a autuação do art. 165-A. do CTB, até porque se o agente pode comprovar a embriaguez do condutor por vários meios em direitos disponíveis, porque presumir a embriaguez pela simples recusa.

Por fim, caso o condutor se recuse a realizar o teste de alcoolemia e o agente ao analisar seus sinais não encontre alteração da capacidade psicomotora que

o convença do estado embriaguez, deveria este ser liberado sem penalidades, visto estar amparado por direitos assegurados no texto constitucional.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os fundamentos acima expostos, verifica-se que a pesquisa procurou analisar a hermenêutica constante na literalidade dos dispositivos legais ora invocados, sobretudo, pelo legislador ordinário no tocante ao instituto da recusa e seus efeitos diante da obrigatoriedade do teste de embriaguez ao volante.

No caso em apreço, restou cristalino que por mais nobre que seja a causa da redução de acidentes no trânsito, esta não deve prosperar por uma aplicação extremista de uma norma que atropela direito fundamental de primeira geração já consagrado.

Ademais, percebeu-se que a penalidade aplicada ao condutor pela recusa diante da realização do teste, acaba se traduzindo em mero “revanchismo administrativo” por parte do Estado, criado no intuito de “castigar” todo aquele que não colabore ativamente com a produção de provas, fato observado antes da Lei nº 13.281/2016 entrar em vigor, onde se autuava o condutor que recusasse se submeter ao teste por mera **equiparação** do art, 277, §3º com o art. 165, ambos do CTB.

Contudo, a criação agora de uma infração administrativa (art. 165-A) exclusiva para a recusa advinda a partir da Lei nº 13.281/2016 em vigor, não esgota a flagrante violação de garantia já consagrada em principio constitucional, pois errou o legislador quando estabeleceu um meio de prova que necessitasse do consentimento do individuo para produção de lastro probatório, conforme discussão promovida sobre o objeto em análise.

Logo, a aplicação de penalidades ao condutor que se recusa ao teste e não apresenta qualquer sinal de alteração da capacidade psicomotora, esta eivado de nulidade, tendo em vista, vilipendiar princípios que resguarda liberdades fundamentais do individuo contra abusos do Estado, principalmente quando se tenta instituir, ainda que de forma velada, uma mera presunção de culpa, ao invés de inocência para todo aquele que recusar-se ao teste.

Resta ainda comprovado, que não cabe ao condutor o ônus da comprovação de atestar sua não ingestão alcoólica, pelo contrario, é do Estado esse ônus, na medida que, acusa indiretamente, todo cidadão abordado na Blitz da Lei

Seca, de haver em tese ingerido. Logo, a inversão “disfarçada” do ônus da prova não se legitima nesse caso, já que são raras suas aplicações e previsões legais. Não podemos esquecer que todo princípio é um dispositivo, ainda que explícito ou implícito, limitador de eventuais afrontas a direitos, funcionando como verdadeiros mandamentos que deve ser seguido quando da criação de qualquer norma.

Aduz ainda, com relação aos recentes entendimentos da Suprema Corte, que aos princípios são garantidos status supra legal no ordenamento jurídico pátrio, logo, acima das leis ordinárias, portarias e resoluções, todos dispositivos infraconstitucionais, para tanto, o direito contra não autoincriminação é, em si, um privilegio do indivíduo. E nesse conflito ora apurado, deve prevalecer a preservação da garantia, mesmo que sob o argumento de tutela da segurança viária defendida pelo Estado, tendo em vista que a recusa não deve ser equiparada a prova de embriaguez presumida.

Assim, cumpre salientar, completo desacordo e razoabilidade legislativa quando da equiparação pelo legislador dos efeitos administrativos da recusa com da constatação, visto que enquanto a recusa pode ser tratada como mero risco de perigo abstrato, a constatação em si já comprova claro risco de perigo real, logo, igualar os efeitos de ambos dispositivos como se configurassem a mesma gravidade é, no mínimo, arrecadador e desproporcional.

Ante o exposto, pelo fato de existir outros meios legais de se verificar a alteração da capacidade psicomotora do motorista sem que caiba a ele, consentir ou colaborar, visto que o teste do etilômetro não é e não deve ser o único meio disponível, concluo pela manutenção na íntegra da garantia da não produção de provas contra si mesmo, pelo fato de não caber ao condutor provar ao Estado que não bebeu, numa visível inversão informal do ônus da prova, que podem inclusive acarretar em sanções penais ou administrativas, no intuito de que sejam resguardadas liberdades constitucionais. Nesse sentido a obrigatoriedade perpetrada pela autoridade coatora, nesse caso o Estado, em forçar a realização do teste do etilômetro, para todo e qualquer condutor que deixe de apresentar qualquer sinal de alteração da capacidade psicomotora, configura-se ato ilegal e “fere de morte” o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III, da CRFB/88, sendo este princípio constitucional base do estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988** (CF/1988), promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. DOU de 24.9.1997 e retificado em 25.9.1997.

BRASIL. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. DOU de 20.6.2008.

BRASIL. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. DOU de 21.12.2012.

BRASIL. **Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014**. Altera os arts. 173, 174, 175, 191, 202, 203, 292, 302, 303, 306 e 308 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito. DOU de 12.5.2014.

BRASIL. **Lei nº 13.281, de 04 de maio de 2016**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. DOU de 5.5.2016.

BRASIL. **Resolução do CONTRAN nº 432, de 23 de janeiro de 2013**. 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 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

BRASIL. **Portaria do DENATRAN nº 219, de 19 de novembro de 2014**. Estabelece requisitos de segurança para transporte remunerado de cargas por motocicleta e motoneta.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Nova Lei Seca**. 2.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2015.

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. **Crimes de Trânsito - Aspectos Penais e Processuais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.