



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES. TANCREDO
DE ALMEIDA NEVES”

INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA POR RECUSA AOS TESTES DE ALCOOLEMIA

LETICIA TABANEZ VIEIRA FURTADO

RESUMO

O art. 165-A do CTB prevê sanções administrativas aos condutores de veículos automotores que se recusem a se submeter a testes que permitam certificar a influencia de álcool ou qualquer outra substância psicoativa em seu organismo. Porém, essa sanção administrativa obriga o condutor a produzir provas contra si mesmo, afrontando o princípio da presunção de inocência que é visto como um direito fundamental do indivíduo. Desde a data de sua apresentação, tal dispositivo gerou inúmeras discussões a respeito da sua inconstitucionalidade, por esse motivo, o presente artigo tem como principal objetivo dissertar sobre a inconstitucionalidade do art. 165-A do CTB, por ferir princípios fundamentais. Ainda que considerássemos que o princípio da não auto-incriminação não tivesse aplicação no campo administrativo, o que não se sustenta visto que o devido processo legal previsto na constituição se estende aos processos administrativos, não podemos esquecer que diante a embriaguez ao volante, existe a possibilidade real de uma responsabilização criminal. A metodologia utilizada no presente artigo é o método indutivo, baseando-se em premissas. As técnicas para a análise do conteúdo são de uma pesquisa teórica, utilizando como procedimento uma pesquisa bibliográfica e documental, analisando textos doutrinários, normas, jurisprudências, artigos, documentos e outras fontes tanto primárias quanto secundárias. A inicial hipótese de inconstitucionalidade do dispositivo fica claramente demonstrada, tendo em vista que, toda norma que afronte os princípios da presunção de inocência e a garantia da não autoincriminação é inconstitucional, dessa forma o artigo 165-A, não pode produzir efeitos.

Palavras-Chave: Inconstitucionalidade. Não auto-incriminação. Presunção de inocência. Recusa ao teste de alcoolemia.



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

1 INTRODUÇÃO

O principal objetivo deste artigo é dissertar sobre o artigo 165-A, incorporado no CTB pela lei 13.281 de 2016, que, desde a data de sua apresentação, gerou inúmeras discussões a respeito da constitucionalidade de tal norma.

O dispositivo prevê aos condutores de veículos, que se recusarem a se submeter a testes e exames que permitam a certificar que esteja conduzindo o veículo sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa, sanções administrativas.

Fazendo uma análise de forma geral, vislumbramos que o dispositivo é inconstitucional por punir o condutor que se recusa a se submeter aos testes de alcoolemia. Pois essa previsão fere garantias que estão previstas na Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LVII e LXII, que falam sobre o princípio da presunção de inocência e o princípio da não autoincriminação, que inclusive também é previsto no direito internacional, na Convenção Americana de Direitos Humanos (em seu artigo 8º, parágrafo 2º, alínea g) e no Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos (no artigo 14, parágrafo 3º, alínea g).

No Direito Brasileiro, o Princípio da presunção de inocência é considerado direito fundamental e, em consonância com o que está disposto no Pacto de San Jose da Costa Rica.

Tais princípios constitucionais asseguram que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, e essa negativa não poderá ser utilizada em seu desfavor para a aplicação de uma penalidade e nem poderá servir como uma presunção de culpa em um delito.

Perante uma conduta ilícita, cabe ao Estado, por meios lícitos, produzir as provas que incriminem a conduta delitiva do agente, não podendo obrigá-lo a produzir provas em seu desfavor.

É por força de tais princípios que ninguém poderá ser obrigado a fazer os testes de alcoolemia, podendo a submissão a esses procedimentos ocorrer apenas com a manifestação de forma voluntária do condutor.



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

Para chegar as conclusões, a presente pesquisa utilizou como metodologia o método indutivo, baseando-se em premissas. As técnicas para a análise do conteúdo são de uma pesquisa teórica, utilizando como procedimento uma pesquisa bibliográfica e documental, analisando textos doutrinários, normas, jurisprudências, artigos, documentos e outras fontes tanto primárias quanto secundárias.

O artigo 165-A obriga o condutor a produzir provas contra si mesmo, colocando uma sanção administrativa para quem não as produz, ferindo diretamente os princípios constitucionais da não autoincriminação e o da presunção de inocência, o que torna tal dispositivo inconstitucional. Não pode ser admitido em um Estado Democrático de direito, que uma norma infraconstitucional, seja contrária a Carta Magna, extirpando direitos fundamentais do indivíduo. Dessa forma, tal dispositivo não pode produzir efeitos, sejam eles administrativos ou penais.

2. Artigo 165-A – LEI 13.281/16

A legislação federal 9.503, de 23 de setembro de 1997 (CTB), traz em si um dispositivo no qual são mencionadas sanções impostas a pessoas que conduz veículo sob influência de substâncias psicoativas, porém, não deixava claro os meios empregados para provar a influência dessas substâncias no organismo. Por esse motivo o teste do bafômetro não se fazia obrigatório, pois a recusa a fazer o teste encontrava embasamento a princípios constitucionais, como veremos a frente.

Posteriormente, o legislador criou a lei 13.281/2016 que incorporou o artigo 165-A ao CTB, com o intuito de punir a quem se recusa a fazer o teste do bafômetro, ficando dessa forma mais fácil do estado provar que o condutor conduz veículo tendo ingerido substâncias psicoativas. Tal artigo diz:

Art. 165-A CTB. 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;



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

Penalidade – multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Por esse motivo o presente trabalho se fez necessário, pois o novo dispositivo afronta princípios fundamentais. O principal objetivo da pesquisa é Analisar o artigo 165-A da LEI 3.281/16, frente ao ordenamento jurídico brasileiro com base em leis, princípios, doutrinas, para verificar a sua constitucionalidade.

Para averiguar a inconstitucionalidade de tal dispositivo utilizamos a metodologia baseada no método indutivo, fundamentando-se em premissas

As técnicas utilizadas para análise de conteúdo são de uma pesquisa teórica, pois o procedimento utilizado baseia-se em uma pesquisa bibliográfica e documental, analisando textos doutrinários, normas, jurisprudências, artigos, documentos e outras fontes tanto primárias quanto secundárias.

Com o advento de tal lei a simples recusa de fazer o teste do bafômetro já é suficiente para o cidadão receber uma multa. Dessa forma, por via indireta, o Estado obriga o condutor a se submeter ao procedimento para produzir a prova, ensejando, dessa forma, a autoincriminação, pois, caso contrário, será punido.

A respeito da não autoincriminação Antonio Magalhães Gomes Filho diz:

O direito à não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional. (1994, p. 114)

Portanto, ninguém poderá ser constrangido a produzir provas contra si, independentemente de culpa, pois essa imposição fere diretamente princípios constitucionais.

Em uma análise de forma geral, é possível verificar a inconstitucionalidade no dispositivo que pune o condutor que se recusa a se submeter ao teste do bafômetro, por violar princípios constitucionais considerados princípios fundamentais.



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

2.1 Violação constitucional

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

(...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (2000, p. 747-748).

Um dos direitos violados é o da não autoincriminação, que está previsto normativamente no direito constitucional, no direito comparado e no direito internacional. Na legislação brasileira, tal princípio é identificado como princípio constitucional processual implícito, tendo relação com a cláusula do devido processo legal e do princípio da presunção de inocência.

Se considerássemos que o princípio da não autoincriminação não se aplica no direito administrativo, tese que não se sustenta, tendo em vista que a nossa Carta Magna estende o Devido Processo Legal, aos processos administrativos (art. 5º, LV, CF/88), ainda seria inconstitucional a multa aplicada pela recusa aos testes de alcoolemia, pois muito além da infração administrativa, diante do caso de embriaguez, estamos frente à possibilidade de uma possível responsabilização criminal.



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

A constituição Federal está no topo de todo o sistema jurídico pátrio e serve como fundamento de validade de qualquer norma infraconstitucional sendo, dessa forma, válidas apenas aquelas normas que estiverem compatíveis formal e materialmente com a constituição, caso contrário, serão consideradas inconstitucionais.

Quando determinada norma é inconstitucional, ela deve ser afastada do nosso ordenamento pelos aplicadores do direito, através do controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Outro princípio que é violado pelo citado artigo é o princípio da presunção de inocência que também tem uma previsão constitucional.

2.2 Princípio da Presunção de Inocência – ART. 5º, LVII

O princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, e é uma garantia processual atribuída ao acusado, e oferece a ele o direito de não ser considerado culpado por nenhum ato delituoso até que tenha uma sentença condenatória transitada em julgado. Desta forma, garante a todos um julgamento de forma justa, respeitando a dignidade da pessoa humana.

O princípio da presunção de inocência é considerado um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e tutela a liberdade pessoal, tendo o Estado que comprovar a culpabilidade do acusado que, constitucionalmente e presumidamente inocente, sob pena de um retrocesso ao estado de arbítrio estatal.

A presunção de inocência é um princípio que está manifestado de forma implícita no nosso ordenamento jurídico e é um dos mais importantes institutos.

Os princípios constitucionais limitam o poder do estado e garantem uma proteção a dignidade da pessoa humana. O princípio da presunção de inocência é uma garantia fundamental e indispensável ao exercício da jurisdição

Nesse sentido, podemos citar as palavras de Ferrajoli “que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social” (FERRAJOLI, 2010, p.506).



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

Portanto, a pessoa que se recusa a fazer o teste do bafômetro não pode sofrer nenhum tipo de sanção administrativa, pois não existem provas concretas de utilização de substância psicoativa, devendo nesse caso prevalecer o princípio constitucional da presunção de inocência.

2.3 Princípio da Não Autoincriminação – ART. 5º, LXIII

O princípio da não autoincriminação assegura que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo ou se autoincriminar, incluindo o suspeito ou indiciado, o acusado, as testemunhas, etc...

Nenhuma autoridade ou particular poderá obrigar um indivíduo a produzir provas involuntariamente que o incrimine de forma direta ou indireta.

Essa matéria encontra-se consubstanciada em normas constitucionais e em convenções ratificadas pelo Brasil.

De acordo com a convenção Americana de Direitos Humanos - CADH (1969, art. 8º, 2, "g") :

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

[...] (g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

É possível ainda observar o princípio da não autoincriminação consubstanciado no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - PIDCP (1992, art. 14, 3, "g"):

[...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...] (g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

Podemos dizer que o princípio da não autoincriminação é uma manifestação da cláusula da ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), do direito de permanecer calado (art.5º, LXIII da CF/88) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF/88).

Sobre tal princípio, o Ministro Celso de Mello assim se posicionou em um *Habeas Corpus* julgado em 14.02.2006:

[...] Com o explícito reconhecimento dessa prerrogativa, constitucionalizou-se, em nosso sistema jurídico, uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do "due process of law". Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado - ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 -RTJ 176/805-806) -, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria, consoante reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Esse direito, na realidade, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos. Atua, nesse sentido, como poderoso fator de limitação das próprias atividades de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, p. ex.). Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual "Nemo tenetur se detegere", nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o "Bill of Rights" norte-americano. Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Trata-se de prerrogativa, que, no autorizado magistério de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("Direito à Prova no Processo Penal", p. 111, item n. 7, 1997, RT),



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

"constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo...". O direito de o indiciado/acusado (ou testemunha) permanecer em silêncio - consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em *Escobedo v. Illinois* (1964) e, de maneira mais incisiva, em *Miranda v. Arizona* (1966) - insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal.

O princípio da não autoincriminação desfruta do *status* de direito fundamental e nenhuma outra regra pode servir como instrumento de coação, fazendo com que o indivíduo viole seus direitos fundamentais.

Vivemos em um Estado democrático de direito, onde as garantias constitucionais servem como instrumento de limitação do poder do Estado. Esse poder limita-se principalmente por princípios constitucionais. Dessa forma, nenhuma outra legislação pode confrontar esses princípios.

Toda norma que afronte o princípio da presunção de inocência e a garantia da não autoincriminação, o que é o caso do art. 165 – A do CTB, com redação dada pela lei nº 13.281/2016, não pode produzir efeitos penais ou administrativos, por ser inconstitucional.

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que vivemos em um Estado Democrático de Direito, tendo como instrumento limitador do poder do Estado as garantias constitucionais.

Essa delimitação do poder é possível por meio dos princípios constitucionais e todas as normas que se submetem a tais fundamentos, obedecendo a constituição federal, devendo os órgãos que são responsáveis por decidir conflitos, obrigatoriamente, seguir tais princípios.

Uma justiça que seja justa depende de preceitos constitucionais que se encontram distribuídos por todo o texto legal. A garantia do princípio da presunção



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

de inocência garante a inexistência de arbitrariedade do poder público buscando uma resposta para a sociedade.

O magistrado deve ser neutro, não deixando se influenciar pela ignorância e por princípios que são equivocados de justiça, muitas das vezes, difundidos por mídia e formadores de opiniões. O aplicador da lei deve ser técnico para não ser injusto, devendo analisar o caso concreto, aplicando o direito fundamentado em seus princípios fundamentais e dispositivos constitucionais, expressando assim a vontade do povo, positivada através de seus representantes.

É legítimo o uso da força pelo Estado, desde que utilizada em favor da sociedade, caso contrário, em desconformidade com o justo, o uso da força se torna violência, sendo assim um ato ilícito, prejudicando o pleno exercício de um Estado Democrático de Direito.

Em uma situação onde um condutor abordado pelo agente de trânsito se recusa a fazer os testes de alcoolemia, é possível a produção de provas por meios que não confrontem a constituição, como, por exemplo, testemunhas, auto de constatação por agente de trânsito, que inclusive é possuidor de fé pública, entre outros, que tem previsão no próprio dispositivo e não obrigam que o condutor produza provas contra si mesmo.

É inadmissível em nosso ordenamento um dispositivo que aplique uma sanção ao cidadão que se recusa a produzir provas contra si mesmo, violando de forma direta o princípio da não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência.

Concluimos, portanto, que a inicial hipótese de inconstitucionalidade do dispositivo foi claramente demonstrada, pois, toda norma que afronte os princípios da presunção de inocência e a garantia da não autoincriminação é inconstitucional, dessa forma o artigo 165-A, não pode produzir efeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro (CTB)**. Lei Nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997.



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**, prefácio da 1ª Edição Italiana, Norberto Bobbio. *In tradutor* Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares *et alli*. 3ª Ed. Ver. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829>. Acesso em maio de 2017.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

SILVA, Rodrigo Vaz. Garantia da não auto incriminação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467>.

Acesso em maio 2017.