

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE
SANÇÕES DEVIDO A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA**

Daniel Alves de Matos

Manhuaçu

2020

DANIEL ALVES DE MATOS

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE
SANÇÕES DEVIDO A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no
Curso Superior de Direito do Centro Universitário
UNIFACIG, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional, Direito
Administrativo, Direito Penal e Processual Penal

Orientador(a): Msc. Fernanda Franklin Seixas
Arakaki.

Daniel Alves de Matos

Manhuaçu

2020

DANIEL ALVES DE MATOS

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE
SANÇÕES DEVIDO A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no
Curso de Superior de Direito do Centro Universitário
UNIFACIG, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional, Direito
Administrativo, Direito Penal e Processual Penal

Orientador (a): Fernanda Franklin Seixas Arakaki.

Data de Aprovação: 02 de dezembro de 2020

Banca Examinadora:

Fernanda Franklin Seixas Arakaki

Alcymar Aparecida Rosa Paiva

Denis Ribeiro dos Santos

Manhuaçu

2020

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo analisar a (in)constitucionalidade e (i)legalidade da aplicação de sanções devido a recusa à submissão aos testes de alcoolemia previstos no Código de Trânsito Brasileiro diante o ordenamento jurídico pátrio. Recusa essa que, levando-se em conta direitos fundamentais constitucionais, administrativos, penais e processuais penais, mostra-se controversa e desproporcional, violando princípios basilares de tais searas do Direito, como os da culpabilidade, liberdade de locomoção, devido processo legal, razoabilidade, proporcionalidade, poder de polícia, intervenção mínima, adequação social, ofensividade e a questão do ônus probatório. Apesar de tais incompatibilidades, as sanções ainda continuam sendo aplicadas pelas autoridades de trânsito lastreadas pelo Código de Trânsito Brasileiro. Entretanto, tal assunto gera polêmica, haja vista que pela análise aprofundada de princípios fundamentais e garantias do direito constitucional, administrativo, penal e processual penal, chega-se ao entendimento de que a recusa à submissão aos testes de alcoolemia não pode ensejar sanção alguma, permitindo que a matéria seja levada até a via judicial para que seja demonstrada sua inconstitucionalidade e ilegalidade. O método utilizado para elaboração do presente trabalho de conclusão de curso foi o de pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa e método hermenêutico, analisando-se legislação, doutrina, julgados e artigos referentes ao assunto.

Palavras chave: Testes de alcoolemia; Autoridades de trânsito; Dirigir embriagado; Influência de álcool ou outras substâncias; Desproporção.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA	8
3 PRINCÍPIOS E PODERES DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA	12
4 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL E A QUESTÃO PROCESSUAL DO ÔNUS PROBATÓRIO ANALISADOS DIANTE A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA	19
5 A TIPIFICAÇÃO DE QUEM SE RECUSA A SE SUBMETER AOS TESTES DE ALCOOLEMIA FRENTE ÀS DE QUEM É PEGO CONDUZINDO VEÍCULO SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL OU OUTRAS SUBSTÂNCIAS	24
6 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE SANÇÕES DEVIDO À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA	26
7 RECURSO INOMINADO NO PROCESSO 71007975899 RS	42
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
9 REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O Brasil conta com uma das maiores frotas de veículos do mundo, além de uma das maiores malhas rodoviárias. Tal numerário enseja também um grande número de infrações de trânsito, demandando a aplicação de sanções a algumas condutas. Nesse sentido, foi incluído o artigo 165-A no Código de Trânsito Brasileiro, tornando típica a recusa à submissão aos testes de alcoolemia ou outras substâncias psicoativas. Tipificação essa que é controversa e desproporcional, violando ditames constitucionais, administrativos, penais e processuais penais na intenção frustrada de coibir a prática, quase que comum, de dirigir embriagado, a qual resulta em milhares de acidentes e mortes no trânsito.

As sanções aplicadas pela recusa à realização dos testes de alcoolemia geram calorosos debates, haja vista tratar-se de uma conduta de perigo abstrato, não trazendo qualquer dano objetivo a sociedade, além de que são as mesmas de quem é pego com certeza sob a influência de álcool ou outra substância, conduta essa que configura um perigo concreto a sociedade. Nesse sentido, tem-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: Diante dos direitos individuais, seriam constitucionais e/ou legais as sanções aplicadas a quem se recusa a submissão aos testes de alcoolemia?

O objetivo desta pesquisa é analisar a submissão aos testes de alcoolemia diante o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foi desenvolvido uma pesquisa de natureza bibliográfica, de abordagem qualitativa e método hermenêutico, possuindo como marco teórico a própria legislação brasileira.

Neste diapasão, o trabalho é dividido em 7 capítulos. Após essa introdução, o segundo capítulo trata da temática constitucional, abordando direitos fundamentais e princípios basilares da Constituição Federal de 1988. Não culpabilidade, liberdade de locomoção e devido processo legal. O terceiro capítulo, contextualiza princípios e poderes administrativos que são infringidos pelas sanções aplicadas pela recusa ao teste do bafômetro. Devido processo legal, razoabilidade, proporcionalidade, e abuso do poder de polícia. O quarto capítulo, faz uma análise penal e processual

penal, levando-se em conta a intenção do legislador em aplicar uma norma tão severa que viola princípios penais como os da intervenção mínima, proporcionalidade, adequação social e ofensividade, além de abordar a questão do ônus probatório.

Já o quinto capítulo, faz um comparativo entre as sanções de quem recusa a se submeter aos testes de alcoolemia com as de quem é pego conduzindo veículo sob a influência de álcool ou outras substâncias e o sexto, faz um apanhado das quatro partes tratadas anteriormente buscando o entendimento acerca da inconstitucionalidade e ilegalidade das sanções provenientes da recusa aos testes de alcoolemia por meio das infringências mencionadas. Por fim, o sétimo e último capítulo explana e analisa o Recurso Inominado no Processo 71007975899 RS que decidiu pela inconstitucionalidade e ilegalidade da recusa aos testes do bafômetro.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA

Os direitos fundamentais positivados na constituição servem como arma na proteção dos cidadãos do poder do Estado, sendo um bem de toda e qualquer pessoa, sem distinções, os quais não prescrevem pelo decurso de tempo.

Tais direitos e garantias fundamentais estão resguardados ainda pelo pálio do não retrocesso, devendo partir-se de uma perspectiva de acumulação de direitos, não podendo ser impostas limitações que visem sua diminuição.

Como direitos de primeira geração, impõe-se um papel negativo por parte do Estado, devendo o mesmo abster-se de interferir em certas relações individuais.

A garantia e princípio constitucional da não culpabilidade ou inocência ganhou repercussão internacional com sua implementação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Declaração essa que foi um dos principais marcos da busca e garantia dos direitos fundamentais. Vejamos o artigo XI, 1:

DUDH - Artigo XI, 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, on-line).

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 também trouxe expresso tal direito, demonstrando e reafirmando a importância na garantia de tal preceito.

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: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1998, on-line).

Por meio desse princípio percebe-se que a culpabilidade necessita de elementos formais para que seja imposta a alguém. Isso faz com o ônus da prova seja invertido, cabendo à parte acusadora a demonstração do ilícito. Logo, a

inocência é presumida, não se podendo, por suposição da autoridade competente ou inércia por parte do acusado em oferecer provas, ser penalizado por tais condutas. Nessa linha de raciocínio fala Ferrajoli (1997):

A acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra hipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada (FERRAJOLI, 1997, p.152).

Nesse sentido, deve ser feita uma ponderação entre o Direito de Punir do Estado e a presunção de inocência do acusado, além de que a punição deve ser baseada em uma conduta que fira de forma clara e concisa algum direito, que no caso é o direito de transitar em segurança pelas estradas brasileiras. Presunções e dúvidas devem culminar com a absolvição do acusado, impedindo qualquer antecipação condenatória, requerendo-se uma análise do caso concreto aprofundada e revestida de certeza acerca da necessidade de imposição de determinadas sanções.

Quanto à garantia constitucional da liberdade de locomoção, é um direito constitucional previsto no artigo 5º, XV, da CF/88:

É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (BRASIL, 1988, on-line).

Por meio de tal verbete é possível chegar ao entendimento de que qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, em tempo de paz, pode locomover-se no território nacional. Isso inclui andar nas vias públicas, estar em locais públicos de uso comum do povo, funcionando como um direito/poder que pode ser exercido por todo e qualquer indivíduo.

A liberdade de locomoção é fruto de um direito maior, qual seja, o da liberdade. A privação da locomoção não pode ser feita por ato arbitrário e desmedido por parte do Estado, devendo respeitar o devido processo legal para isso.

Transgressões a tal direito afrontam diretamente a honra do indivíduo, o qual fica submisso a imposição estatal, figurando a privação como um enorme retrocesso aos direitos e garantias fundamentais conquistados através dos tempos e que são resguardados pela Constituição Federal.

Já a garantia constitucional do devido processo legal, que vem positivada no artigo 5º, incisos LIV e LV, confere a todos os indivíduos acusados da prática de algum ilícito um processo devido e justo. In verbis:

CF/88, art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988, on-line).

CF/88, art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988, on-line).

Pedro Lenza (2016), em seu livro *Direito Constitucional Esquematizado*, cita o entendimento de Olavo Ferreira, no que tange o devido processo legal ser dividido em substantivo ou material:

O princípio do devido processo legal tem duas facetas: 1) formal e 2) material. Esta segunda encontra fundamento nos artigos 5º, inciso LV, e 3º, inciso I, da Constituição Federal. Do devido processo legal substancial ou material são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não há repercussão prática na discussão sobre a origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se que os mesmos tem status constitucional, e diante de tal situação todos os atos infraconstitucionais devem com eles guardar relação de compatibilidade, sob pena de irremissível inconstitucionalidade, reconhecida no controle difuso ou concreto... A razoabilidade e proporcionalidade das leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o Direito tem conteúdo justo (LENZA, 2016, p.1247).

Tal direito pode ser considerado um “supra princípio” constitucional, relacionando-se também aos princípios da ampla defesa, contraditório, juiz natural, razoabilidade, proporcionalidade, etc.

O princípio do devido processo legal foi dividido em duas dimensões: devido processo legal formal e devido processo legal substancial. O primeiro dirige-se ao magistrado, que deve buscar o saneamento do processo observando todos os

demaís princípios que se correlacionam com o do devido processo legal. Por outro lado, o devido processo legal substancial visa a limitação do exercício do poder do Estado, autorizando o julgador a exercer um controle de constitucionalidade e proporcionalidade. Busca-se a justiça por meio da razoabilidade e proporcionalidade. No que tange ao devido processo legal substancial, ensina Alexandre Freitas Câmara (2008):

O devido processo legal substancial deve ser entendido como uma garantia do trinômio 'vida-liberdade-propriedade'. Através da qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis (CÂMARA, 2008, p.35).

Portanto, o devido processo legal substancial dirige-se em maior parte ao legislador, limitando sua atuação, visando que o mesmo não crie normas que submetam o indivíduo a sanções sem que primeiro tenha um procedimento para a constatação da necessidade de tais. As leis devem ser criadas de forma racional, providas de razoabilidade, pautando-se em critérios de justiça e proporcionalidade, indo além do âmbito do processo judicial, alcançando qualquer elaboração normativa.

3 PRINCÍPIOS E PODERES DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA

Antes de adentrar nos méritos dos princípios administrativos em espécie, faz-se necessário ter-se uma compreensão clara e concisa acerca do que é um princípio e do quão grandioso são seus ensinamentos. Para isso, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004) diz o seguinte:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (MELLO, 2004, p.451).

Tal dizer desse grande autor da literatura jurídica mostra-nos o quão atentatório é a transgressão a um princípio do Direito, devendo tais ensinamentos advindos dessa fonte serem respeitados com o máximo clamor, tendo em vista que os princípios figuram antes mesmo da criação de normas jurídicas, funcionando como pilares de sustentação. Insurgências contra tais princípios demonstram desatenção e ofensa a todo ordenamento jurídico.

O princípio do devido processo legal, devido a sua magnitude, está previsto em diversas constituições de países soberanos, além de estar previsto também na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, funcionando como uma garantia fundamental do homem livre, *in verbis*:

DUDH - Artigo 8. Todos os seres humanos têm direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, online).

Sendo o Brasil signatário de tal declaração, consagrou-se na Constituição Federal de 1988, também, tal princípio:

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: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1998, on-line).

Por meio da análise de tais postulados permite-se concluir que é garantido a todos indivíduos meios efetivos para ser exercido o contraditório e a ampla defesa, tudo isso por meio de um processo formal e imparcial, sendo a inobservância de tais formalidades meio hábil para reconhecer a nulidade de todo procedimento. Alexandre Mazza (2018) diz o seguinte acerca do assunto:

Como regra geral, o processo administrativo deve ser instaurado antes da tomada de qualquer decisão pela Administração Pública, sob pena de nulidade da própria decisão. Somente em casos excepcionais de risco iminente, devidamente justificados, pode-se admitir que primeiro seja expedido o ato administrativo e depois instaurado o devido processo legal. As hipóteses que autorizam o devido processo legal diferido no tempo são: a) risco de irreversível lesão ao patrimônio público; b) situação de emergência (MAZZA, 2018, p.110).

Devido a tal dizer, vê-se que a tomada de decisões deve ser precedida pelo devido processo administrativo, principalmente em decisões que possam culminar com a limitação de liberdade, bens e direitos, sendo autorizado a inversão da ordem somente em casos excepcionais em que sejam irreversíveis os danos e em situações de emergência, ambos devidamente justificados no caso concreto. Inobservâncias a tal princípio figuram como transgressão ao Estado Democrático de Direito, banalizando a Constituição.

Princípio da razoabilidade, aceitabilidade, admissibilidade, discernimento, plausibilidade, ponderação, precaução, prudência, sensatez, suportabilidade, tolerabilidade, todos esses adjetivos são esperados nas decisões e atitudes dos servidores públicos, seja no setor Administrativo, Legislativo ou Judiciário. Logo, como obrigação dos servidores públicos, não se pode aceitar atitudes desmedidas

que porão direitos e prerrogativas em déficit. Tal princípio está positivado no artigo 2º, parágrafo único da Lei 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (BRASIL, 1999, on-line)

Segundo Alexandre Mazza (2018):

Ser razoável é uma exigência inerente ao exercício de qualquer função pública. Sob a vigência do Estado de Direito não se pode admitir a utilização de prerrogativas públicas sem moderação e racionalidade. A própria noção de competência implica a existência de limites e restrições sobre o modo como as tarefas públicas devem ser desempenhadas. Não basta atender à finalidade pública predefinida pela Lei, importa também saber como o fim público deve ser atendido. Trata-se de exigência implícita na legalidade (MAZZA, 2018, p.110)

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009) diz ainda o seguinte quanto à razoabilidade:

Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário (PIETRO, 2009, p.72).

Vê-se que tal princípio funciona como limitador do poder de discricionariedade do administrador público. No que tange ao tema abordado, visa impor limites ao poder de legislar.

O princípio da razoabilidade ainda pode ser manejado pelo Poder Judiciário, caso seja inobservado em momento anterior por quem produz e faz a aplicação de normas positivadas, quando não guardada proporção entre os meios empregados e o fim que a lei visa alcançar.

Nesse sentido, encontra-se a lição do grande doutrinador Diógenes Gasparini (2012):

A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade não lhe reservou, em absoluto, qualquer poder

para agir a seu gosto, ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser conseguido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite, sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma: nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público mesmo quando atua no exercício de competência discricionária (GASPARINI, 2012, p.78-79).

Já o princípio da proporcionalidade, pode ser resumido pelo seguinte postulado: “Não se usam canhões para matar pardais”. Esse verbete externaliza com clareza o princípio da proporcionalidade, princípio esse que está intimamente ligado com o princípio da razoabilidade, e que é voltado para a aferição da medida justa por parte da administração diante de situações concretas. Tal princípio foi definido com excelência pelo artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n. 9784/99.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - Adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (BRASIL, 1999, on-line).

Tal aparato legal foi criado com a finalidade de coibir excessos por parte do agente público no que se refere ao poder sancionador. A proporcionalidade visa a regulação do poder disciplinar e do poder de polícia.

A violação à proporcionalidade pode manifestar-se no que diz respeito à intensidade, havendo conduta desproporcional quando a força de reação administrativa for incompatível com o baixo grau de lesividade do comportamento a ser censurado. Nos dizeres de Alexandre Mazza (2018):

A proporcionalidade na lei constitui exigência aplicável ao legislador, pois, no momento de criação da norma, está obrigado, sob pena de violação do devido processo legal material (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), a estabelecer penas adequadas à gravidade dos comportamentos a serem reprimidos (MAZZA, 2018, p.143).

No julgamento do RE 466.343-1, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a aferição de cumprimento do princípio da proporcionalidade na aplicação de restrições a direitos fundamentais deve ser realizada testando o conteúdo do instrumento restritivo à luz de três subprincípios:

a) Princípio da adequação ou idoneidade: avalia se o meio empregado está apto a atingir os fins pretendidos; b) Princípio da necessidade ou exigibilidade: exige a inexistência de outro meio menos gravoso, à luz dos direitos fundamentais, igualmente capaz de atingir o mesmo resultado; c) Princípio da proporcionalidade *stricto sensu*: opera por meio da ponderação entre a intensidade da medida empregada e os fundamentos jurídicos que lhe servem e justificativa (STF, 2008, on-line).

Logo, o legislador está submetido a esses três requisitos no momento de criação de normas, principalmente as que limitam direitos e liberdades individuais.

No caso do presente trabalho, desponta a proporcionalidade *stricto sensu*, visto que a norma que sanciona quem se recusa a se submeter a testes invasivos de alcoolemia mostra-se extremamente intensa levando-se em conta os fundamentos que servem de justificativa para sua aplicação.

Além dos princípios administrativos, será abordado o poder administrativo, mais especificamente o poder de polícia, sendo esse uma prerrogativa da administração pública para fiel consecução de suas vontades, visando o bem comum da comunidade. Tendo em vista o tema abordado pelo presente trabalho, deve-se levar em conta o poder de polícia em seu sentido amplo, visto que inclui toda e qualquer limitação estatal à liberdade e propriedade privada, englobando restrições legislativas e limitações administrativas.

Nesse diapasão, o foco será as restrições legislativas que são impostas a população, e que abusam de direitos fundamentais na tentativa imediatista e frustrada de se obter algum resultado em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Os conceitos dos principais doutrinadores tendem a uma visão de restrição e limitação da liberdade e propriedade privada por parte da Administração Pública,

seguem alguns:

Hely Lopes Meirelles (1999):

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 (MEIRELLES, 1999, p.127).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009):

A atividade da Administração Pública expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo (MELLO, 2009, p.830).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p.123) a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.70) conceitua o poder de polícia da seguinte forma: “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade de propriedade em favor do interesse da coletividade.”

Destaca-se ainda o conceito Legislativo de poder de polícia, que está condicionado no artigo 78, do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio

de poder (BRASIL, 1966, on-line).

Portanto, nota-se que tal poder visa limitar, restringir e disciplinar liberdades particulares em detrimento de um interesse maior, o interesse público. Se por um lado tem-se o interesse público, que é defendido com discricionariedade, possíveis restrições a diretrizes constitucionais não podem prosperar, haja vista a condição superior dos interesses protegidos pela Carta Magna.

Tal poder, por seu grandioso impacto quando usado de forma desmedida, está condicionado a três requisitos, quais sejam: necessidade, proporcionalidade e eficácia.

Por meio da necessidade, avalia-se se determinada atitude por parte do particular deve ser regulada pela Administração Pública ou, por conta de seu irrisório prejuízo, mereça ser ignorada. A proporcionalidade visa balancear a limitação imposta pela polícia ao caso concreto, não admitindo-se desequilíbrios e injustiças. E por fim, a eficácia avalia se a medida adotada está apta a sanar os prejuízos que determinada conduta lesiva pode causar.

O administrador público que se atenta a tais postulados dificilmente irá abusar do poder de polícia, exercendo seu encargo com responsabilidade e postura ética.

4 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL E A QUESTÃO PROCESSUAL DO ÔNUS PROBATÓRIO ANALISADOS DIANTE A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA

Apesar da recusa à submissão aos testes de alcoolemia não ser considerada crime, por analogia, é de grande valia fundamentar a ilegalidade de tal procedimento por meio do Direito Penal e Processual Penal.

Os princípios que limitam o poder punitivo estatal advém do período iluminista, onde a crueldade e severidade do Estado Absolutista deixou espaço para legislações democráticas que visam a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos. Hoje em dia, tais princípios inspiram todo o sistema normativo, fazendo-se presente tanto no momento de elaboração das normas, quanto no momento de sua aplicação, não sendo possível a aceitação de desvios por parte de agentes públicos no manejo de tais princípios.

No que tange o tema do presente trabalho, será dada atenção aos princípios que são infringidos pela imposição de sanções devido a recusa à submissão aos testes de alcoolemia.

O Estado, por meio do princípio da legalidade, tem o dever de proteger a população e o faz por meio da criação de normas que regulam condutas e aplicam sanções a quem as infringe. Entretanto, algumas dessas sanções são desmedidas e vexatórias à dignidade da pessoa humana, levando-se em conta o pequeno dano social das condutas infringidas. E é nesse cenário que surge o Princípio da Intervenção Mínima, visando limitar e eliminar o arbítrio do legislador no que tange o conteúdo das normas penais incriminadoras. Nesse sentido, ensina Cleber Maçon (2015):

Para enfrentar esse problema, estatuiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8.º, que a lei somente deve prever as penas estrita e evidentemente necessárias. Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do

ordenamento jurídico (MAÇON, 2015, p.130).

Confira-se ainda o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade (STF, 2012, on-line).

Por meio da análise de tal instituto penal observa-se que o Estado deve-se preocupar somente com as condutas que realmente colocam em risco a integridade e segurança da sociedade, sendo as punições justificadas por meio de ataques concretos a bens jurídicos relevantes. Além do mais, por meio do princípio da fragmentariedade – corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal – deve o poder de punição selecionar os bens jurídicos a serem protegidos, limitando à condutas agressivas, indiscutíveis quanto a sua relevância, fazendo com que não sejam punidas ações que sejam consideradas irrelevantes no que tange o bem estar e segurança da sociedade.

Com o advento do Iluminismo e da democratização das sociedades, busca-se eliminar, na medida do possível, intromissões desnecessárias do Estado na vida privada dos indivíduos. Essa nova forma de pensar libertou os indivíduos das arcaicas e autoritárias relações medievais, implicando recusa a qualquer forma de intervenção ou punição desmedida e banal, trazendo à tona o princípio da proporcionalidade.

No Direito Penal busca-se a proporcionalidade no que diz respeito a cominação de penas estritamente necessárias e proporcionais aos delitos cometidos. Segundo as palavras de Cleber Maçon (2015):

O princípio da proporcionalidade funciona como forte barreira impositiva de limites ao legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral (MAÇON, 2015, p.52).

Cleber Maçon (2015, p.136) diz ainda o seguinte acerca da proporcionalidade

abstrata, legislativa: “na proporcionalidade abstrata (ou legislativa), são eleitas as penas mais apropriadas para cada infração penal (seleção qualitativa), bem como as respectivas graduações – mínimo e máximo (seleção quantitativa)”.

Vale destacar que, modernamente, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sobre o panorama de proibição ao excesso, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. E é nesse contexto de proibição ao excesso que parte a principal crítica das sanções que são cominadas a recusa à submissão aos testes de alcoolemia, visto que são as mesmas que são aplicadas a quem é pego embriagado ou sob efeito de outra substância psicoativa.

No que tange o princípio da adequação social Welzel (1987), expõe em sua obra que:

O Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se consequentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas (Welzel, 1987, p.83).

Deduz-se, consequentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não se revestem de tipicidade e, por isso, não podem constituir delitos.

Segundo ainda Stratenwerth (1982, p.6), “é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento”.

Logo, a expressão “condutas socialmente adequadas” deveria surgir como barreira no momento de tipificação de condutas por parte do legislador, devendo o mesmo selecionar e avaliar comportamentos partindo da ótica da relevância e da produção de resultados concretos no mundo fático.

Pelo princípio da ofensividade, exige-se concretamente a comprovação de lesão a um bem jurídico tutelado. Devido a isso, condutas inofensivas e abstratas, em um Estado Democrático de Direito, devem passar despercebidas pelo legislador

e pelos operadores do Direito.

Nesse sentido ensina Cezar Roberto Bitencourt (2008):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido (BITENCOURT, 2008, p.22).

Tendo em vista isto, o legislador atua como peça fundamental e primeira na proteção e defesa do princípio da ofensividade, visto que é dele quem parte o poder de elaboração de tipos penais e normas sancionadoras, devendo tal, focar-se somente em condutas concretamente lesivas.

Entretanto, não raras vezes, o legislador atua pautado no objetivo de oferecer resposta rápida a algumas situações de decadência da sociedade (aumento no número de mortes e acidentes no trânsito), passando por cima da ofensividade de algumas condutas, fazendo com que eventuais equívocos e desvios sejam levados ao Poder Judiciário, sendo sanados dentro do devido processo legal, funcionando o Poder Judiciário como guardião de direitos e garantias.

Dentro do direito processual penal, a prova penal é inerente ao devido processo legal, não admitindo que o indivíduo seja restringido de seus direitos constitucionais sem que o julgador tenha certeza de que sua decisão encontra respaldo no seio da comunidade, refletindo em harmonia com os interesses sociais consagrados na Carta Magna do país. Nesse sentido, acentua Mittermaier (2004):

Os motivos que guiam o legislador ao traçar as regras da prova, são os mesmos motivos gerais que presidem a toda a organização do

processo criminal. São: 1º o interesse da sociedade, a necessidade da punição de todo culpado; 2º a proteção devida às liberdades individuais e civis, que por efeito do processo criminal podem ser gradativamente comprometidas; 3º por último e como consequência, a necessidade de nunca castigar a um inocente (MITTERMAIER, 2004, p.22).

É posicionamento majoritário que a divisão do ônus da prova é baseada no interesse de quem afirma, logo, o ônus de alegar um fato recai sobre quem afirma, a quem o fato aproveita. Tal ensinamento encontra correspondência no CPP, artigo 156.

No que tange ao ônus probatório da acusação, ensina o mestre Tourinho Filho (1997) que:

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da acusação (TOURINHO FILHO, 1997, p.238).

Em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, deve prevalecer sempre os fundamentos da dignidade da pessoa humana, preservando sempre a liberdade dos indivíduos, não sendo aceito entregar ao acusado o ônus de provar sua inocência. Devido ao fato de não ser obrigação do acusado demonstrar sua inocência diante de uma acusação, não pode desse direito ser-lhe aplicadas sanções. Deve prevalecer o direito à não autoincriminação, sendo ato lícito a não produção de provas contra si mesmo. Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele próprio, só pode valer se for dada por livre arbítrio do indivíduo. Não são aceitáveis fraudes, coações físicas e morais, pressão artificialismos, etc.

5 A TIPIFICAÇÃO DE QUEM SE RECUSA A SE SUBMETER AOS TESTES DE ALCOOLEMIA FRENTE ÀS DE QUEM É PEGO CONDUZINDO VEÍCULO SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL OU OUTRAS SUBSTÂNCIAS

Antes de adentrar na defesa e demonstração da inconstitucionalidade e ilegalidade das sanções devido a recusa à submissão aos testes de alcoolemia, é necessário fazer um comparativo entre as sanções de quem é pego conduzindo veículo sob a influência de álcool ou outras substâncias com as de quem somente se recusa a se submeter aos testes de alcoolemia, as quais são as mesmas.

Artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro:

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)

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 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (BRASIL, 1997, on-line)

Artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro:

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) (Vigência)

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, 1997, on-line)

Logo, é possível perceber que a segunda tipificação é desmedida, visto que a simples recusa aos testes de alcoolemia não significa que o motorista esteja bêbado ou sob efeito de alguma substância e querendo se safar das sanções e do crime de dirigir embriagado ou sob efeito. Trata-se de uma conduta de perigo abstrato, não trazendo qualquer dano, ou perigo de dano objetivo à sociedade, não sendo plausível a aplicação das mesmas sanções de quem é pego embriagado ou sob efeito de outra substância (exceto a tipificação de crime), conduta essa de perigo concreto.

6 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE SANÇÕES DEVIDO A RECUSA À SUBMISSÃO AOS TESTES DE ALCOOLEMIA

Nessa parte do trabalho será feita uma abordagem acerca de todo o conteúdo que foi explicitado nos capítulos anteriores, justificando o entendimento acerca da inconstitucionalidade e ilegalidade das sanções derivadas da recusa à submissão aos testes de alcoolemia através de princípios e posicionamentos doutrinários.

Na seara constitucional serão abordadas justificações através da análise dos direitos fundamentais da não culpabilidade, liberdade de locomoção e do devido processo legal, todos estes previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

Pelo brocardo da não culpabilidade, se cabe à acusação demonstrar a culpa do acusado, como pode a inércia na realização do teste de alcoolemia ensejar a aplicação de sanções?

O raciocínio se mostra simplista para a resposta de tal pergunta: a fiscalização de trânsito no combate a embriaguez visa a prevenção de acidentes, e caso algum condutor seja flagrado em estado de embriaguez será punido com as sanções administrativas e penais. Tal infração pode ser constatada de diversas formas, indo desde o bafômetro, até constatação de sinais de embriaguez do condutor. Dito isto, sendo possível a autoridade de trânsito constatar a embriaguez do condutor por outras formas que não o teste de alcoolemia, não faz sentido a penalização do condutor que se recusa a fazer tal teste.

Acerca do assunto, Luis Flávio Gomes (2008) discorre que:

A prova da embriaguez se faz por meio de exame de sangue ou bafômetro ou exame clínico. A premissa básica aqui é a seguinte: ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo. O sujeito não está obrigado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova. Em outras palavras: não está obrigado a ceder sangue, não está obrigado a soprar o bafômetro. Havendo recusa, resta o exame clínico (que é feito geralmente nos Institutos Médico-Legais). (...) A recusa ao exame de sangue e ao bafômetro não pode sujeitar o motorista a nenhuma sanção, porque ele conta com o direito constitucional de não se auto incriminar (GOMES, 2008).

Devido ao princípio da não culpabilidade que prega que o indivíduo seja considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória, passando por um devido processo legal para que seja demonstrada sua culpabilidade, presume-se a inocência até que seja demonstrado o contrário.

Nesse sentido ensina o Ministro do STF, Gilmar Mendes (2008, p.632) acerca da não culpabilidade: “Princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal”.

Logo, por conta da inocência ser presumida e não ser constatado nenhum sinal de que o motorista esteja em estado de embriaguez, não se pode impor nenhuma consequência desfavorável à pessoa que se recuse a submeter-se a testes de alcoolemia.

Além disso, a inconstitucionalidade mostra-se também pelo fato de que a produção de provas deve partir do órgão acusador, sendo totalmente lícito ao acusado não produzir provas contra si mesmo - *nemo tenetur se detegere* – não fazendo sentido o motorista ser penalizado pela sua inércia em se submeter ao teste de alcoolemia. Justificando tal raciocínio, Aury Lopes Júnior (2007) diz o seguinte:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemotenetur se detegere*) (LOPES JR, 2007, p. 5019).

Portanto, evidentemente desmedida as sanções aplicadas ao condutor devido a recusa à submissão ao teste de alcoolemia baseado no princípio constitucional da não culpabilidade, considerando-se que a não produção de provas contra si mesmo é direito do indivíduo acusado de ilícitos, não podendo dessa recusa ser aplicada qualquer sanção desfavorável contra o mesmo.

Já o artigo, 5º, XV, da CF/88 trata da garantia a liberdade de locomoção, prevendo que é garantido a todos, em tempo de paz, a entrada, permanência e

locomoção no território nacional com seus bens.

A Magna Carta de 1215, no seu art. 39, apregoava que “nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de sua propriedade, ou tomado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”.

Levando-se em conta a infração de recusa à submissão ao teste de alcoolemia, prevista no CTB, o condutor que é abordado em fiscalização de trânsito e se recusa a tal teste tem seu documento de habilitação recolhido pela autoridade de trânsito, impedindo-o de tomar a direção do veículo novamente no momento da recusa, sendo necessária a apresentação de outro condutor habilitado, que também será submetido ao referido teste, para que o veículo seja liberado e possa seguir viagem.

Analisando a situação, o direito de locomoção do autuado fica corrompido, sendo este impedido de sair do local da infração por meios próprios, tendo que suportar um enorme constrangimento na busca de um condutor disposto a conduzir seu veículo e que ainda se disponha a ser submetido ao teste de alcoolemia.

A aplicação de tal instituto se dá por analogia, visto que a liberdade de locomoção não é retirada na essência. Tem-se a retenção do veículo, fazendo-se necessário a apresentação de outro condutor. Isso demonstra que o Estado faz com que a pessoa seja constrangida a ceder seu meio de locomoção a outro, tirando sua independência e honra.

Nessa perspectiva analógica, Miguel Reale (1998) afirma o seguinte:

Aos princípios poderá ser atribuído o fato de condicionar e orientar a compreensão do ordenamento jurídico quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas (REALE, 1998, p. 306).

Por fim, o instituto constitucional do devido processo legal prega que é necessário um procedimento formal e prévio à tomada de decisões por parte do

poder público, figurando como garantia da segurança jurídica, resguardando o princípio da legalidade e da não surpresa.

Tal procedimento tem como requisitos o contraditório e a ampla defesa, que figuram como garantias fundamentais para o alcance da justiça em um Estado Democrático de Direito, oportunizando à parte acusada o direito de defender-se.

No que tange a infração de trânsito do artigo 165-A, do CTB, são aplicadas as seguintes sanções ao condutor: multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo. Sanções essas que são bastante rígidas levando-se em conta o universo de sanções aplicadas pelo CTB.

Devido ao fato da gravidade de tais sanções, o devido processo legal para a imposição das mesmas é requisito necessário, visto que a multa é demasiadamente alta e que a suspensão do direito de dirigir causa diversos danos ao condutor que a sofre. Como exemplo, pode ser usado o caso de um taxista que tem o direito de dirigir suspenso, ficando o mesmo sem poder exercer seu trabalho, impactando diretamente na manutenção de sua família. Além disso, caso não seja apresentado outro condutor para a retirada do veículo do lugar da infração, o veículo será removido pela autoridade de trânsito, tendo o proprietário arcar com todos os custos de tal empreitada.

Nessa perspectiva, os doutrinadores Ferraz e Dallari (2007) dissecaram a expressão “processo legal devido”:

Processo - sequência de atos concatenados e encadeados em que todos os interessados tenham forças idênticas.

Legal - a anatomia e a fisiologia, ou seja, o aparato e o procedimento não de estar previamente estabelecidos em lei, inteiramente reverentes à axiologia constitucional pertinente.

Devido - o processo legal há de ser eficiente, proporcional, transparente e isonômico no equacionamento da deflagração e do favorecimento das instâncias judiciais (FERRAZ e DALLARI, 2007, p.68).

Tal posicionamento está lastreado pelo que diz a doutrina majoritária, previsto também na Carta Maior, o que faz o devido processo legal funcionar como garantia processual fundamental do povo, funcionando como arma na pacificação de conflitos, resguardando um julgamento imparcial por parte do Estado, garantindo procedimentos regulares visando o pleno direito de ação e defesa.

Já a abordagem no ramo do Direito Administrativo visa a justificação da ilegalidade das sanções devido a recusa à submissão ao teste de alcoolemia levando-se em consideração em um primeiro momento os princípios administrativos que são violados e em segundo momento a questão do abuso do poder de polícia, fazendo-se uma análise profunda visando a defesa do ponto de vista abordado por tal trabalho.

Alexandre Mazza (2018) diz o seguinte acerca do princípio do devido processo legal:

Como regra geral, o processo administrativo deve ser instaurado antes da tomada de qualquer decisão pela Administração Pública, sob pena de nulidade da própria decisão. Somente em casos excepcionais de risco iminente, devidamente justificados, pode-se admitir que primeiro seja expedido o ato administrativo e depois instaurado o devido processo legal. As hipóteses que autorizam o devido processo legal diferido no tempo são: a) risco de irreversível lesão ao patrimônio público; b) situação de emergência (MAZZA, 2018, p.110).

Palavras essas expressadas por Alexandre Mazza em seu livro e que se aplicam também às sanções impostas em razão da recusa à submissão aos testes de alcoolemia, haja vista que a retenção e possível remoção do veículo são tomadas sem qualquer possibilidade de defesa por parte do condutor, não havendo um caso excepcional que demanda medidas acautelatórias urgentes. O condutor não oferece risco concreto a sociedade, não merecendo ser expedido um ato administrativo tão rígido a um caso que não demanda tal excepcionalidade.

Entretanto, um ponto crítico no que tange a recusa à submissão aos testes de alcoolemia pode surgir quando abordamos o caso em que um motorista embriagado ou sob efeito de outras substâncias usa a prerrogativa da recusa à submissão aos

testes de alcoolemia na intenção de furtar-se do crime de dirigir embriagado presente no artigo 165 do CTB.

Nesse sentido, a fim de defender o entendimento do presente trabalho, tem-se o parágrafo 2º do artigo 277 do CTB:

§ 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 (BRASIL, 1997, on-line).

Levando em conta essa previsão, vê-se que a certificação de embriaguez pode ser constatada por meio de imagem, vídeo e outros sinais constatados pelas autoridades de trânsito que indiquem alteração da capacidade psicomotora, não sendo exclusiva a utilização dos testes de alcoolemia.

Logo, entende-se que a crítica que pode ser levantada no caso do condutor que tenta furtar-se do crime de dirigir embriagado por meio da recusa à submissão aos testes de alcoolemia cai por terra, haja vista que a certificação da embriaguez pode ser constatada por outros meios legais de prova, não fazendo com que o ônus probatório seja invertido e o condutor tenha que provar sua inocência pelos testes invasivos de alcoolemia.

Antonio José Calhau de Resende (2009) pontua o seguinte acerca do princípio administrativo da razoabilidade:

A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato (RESENDE, 2009).

O princípio da razoabilidade mostra-se mais evidente quando colocado frente ao poder sancionador do Estado frente aos administrados, visto que a discricionariedade no momento de criação das normas é pouco controlada efetivamente. Devido a isso, em não raras vezes, o legislador acaba criando normas incoerentes, desconexas e desprovidas de fundamentação. Tais vícios são objeto

para invalidação pela própria administração pública ou por meio do Judiciário, caso provocado. Logo, por tais vícios inerentes no que tange o exercício da razoabilidade de forma discricionária, ela deveria, finalisticamente, ser tratada de forma vinculada.

Cumprе destacar que o fim buscado com a criação da norma que torna a recusa aos testes de alcoolemia em infração é a manutenção e preservação da vida, além do direito de trafegar com segurança nas vias terrestres brasileiras. Entretanto, o condutor que é abordado e se recusa ao referido exame não apresenta nenhum sinal de embriaguez, conduzindo seu veículo perfeitamente, sendo penalizado simplesmente por não aceitar a feitura do teste. Logo, não é feita uma ponderação racional entre a força da medida empregada e os fundamentos jurídicos que lhe servem de fundamento. Os meios pelos quais são buscados a segurança no trânsito não guardam coerência lógica com as sanções empregadas.

Atitudes que violem a razoabilidade não serão inapropriadas, serão ilegais e ilegítimas, ofendendo a finalidade da lei, por ofenderam princípio implícito na Constituição Federal, admitindo correção pelo Poder Judiciário, o qual realizará somente controle de legalidade, ou seja, legalidade em sentido amplo, fazendo-se uma análise de compatibilidade entre a lei e as regras constitucionais, não podendo adentrar no mérito administrativo.

Nessa linha de pensamento esclarece Fábio Pallaretti Calcini (2003) acerca da intervenção legal por parte do Judiciário em incompatibilidades Legislativas e Executivas:

O princípio da razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou justiça (Calcini, 2003, p.146).

Levando em conta o princípio da proporcionalidade e a comparação entre as sanções sofridas por quem comete a infração de dirigir embriagado ou sob efeito com as de que, recusa-se a submeter aos testes de alcoolemia, previstas no Código de Trânsito Brasileiro, é possível perceber a desproporcionalidade do legislador na

criação do instituto que penaliza a recusa ao teste do bafômetro, faltando-lhe bom senso, visto que a negativa do condutor na realização do mesmo não faz presumir que ele esteja bêbado, portanto não merecendo ser penalizado com as mesmas sanções que sofre um motorista sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa, o qual está em total irresponsabilidade com a sociedade.

Fernanda Marinela (2018) diz o seguinte acerca de tal princípio:

O princípio da proporcionalidade exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto. A atuação proporcional da autoridade pública exige também uma relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte. Por fim, o foco está nas medidas tomadas pelo Poder Público, não podendo o agente público tomar providências mais intensas e mais extensas do que as requeridas para os casos concretos, sob pena de invalidação por violar a finalidade legal e, consequentemente, a própria lei (MARINELA, 2018, p.102).

Logo, sendo a decisão por parte do agente público manifestamente inadequada para buscar a finalidade legal, a Administração terá infringido os limites da discricionariedade, dessa forma então, ferindo o princípio da proporcionalidade. Tal situação enseja a correção dessa ilegalidade por meio do Judiciário com a anulação do ato, sendo impossível bloquear somente o excesso.

Levando-se em conta a busca da máxima efetividade com mínima restrição, deve ser levado em consideração o fato de o condutor não apresenta nenhum sinal de embriaguez que possa ser constatado por outros meios, não se tem efetividade nenhuma constatada na diminuição dos acidentes de trânsito, haja vista a preservação de todas as capacidade motoras e cognitivas preservadas por parte do condutor, apesar de ter sido essa a intenção declarada no momento de criação da norma.

Hely Lopes Meirelles (1999) conceitua poder de polícia:

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 (MEIRELLES, 1999, p.115).

Por essência, a prerrogativa de polícia é um simples ato administrativo, e como todo ato administrativo, subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as atividades da Administração, podendo ainda ser regulado/manejado legalmente pelo Poder Judiciário.

Levando em conta o fim buscado com a criação da legislação que torna a recusa aos testes de alcoolemia ilegal, a segurança no trânsito, identifica-se violações no manejo do poder de polícia por parte dos legisladores que criaram tal norma. Limita-se a atuação do particular que fica impedido de tomar a direção de seu veículo por conta do recolhimento do documento de habilitação; pode resultar a remoção do veículo, limitando a liberdade de propriedade, além de que pode ainda ser penalizado com multa gravíssima, multiplicada por dez vezes, 7 pontos na carteira e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, impactando diretamente na liberdade do indivíduo.

Todas essas sanções, baseadas apenas na recusa do condutor a submissão ao teste do bafômetro, extrapolam o limite necessário, indo além do que se espera de um exercício regular do poder de polícia. Faltou ao legislador motivação concreta ao criar tal ordenamento. Isso porque a segurança do trânsito não é atingida pelo condutor que recusar-se ao teste do bafômetro. O mesmo encontra-se em plena capacidade de direção veicular.

Por ser um poder discricionário, não é feito um controle pormenorizado de suas imposições, o que, em caso de infrações, faz com que abusos do poder de polícia tenham de ser corrigidos. Quanto a isso Hely Lopes Meirelles (1999) diz o seguinte:

Tratando-se de um poder discricionário, a norma legal que o confere não minudeia o modo e as condições da prática de ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas, se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível por via judicial. O ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito a invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder (MEIRELLES, 1999, p.131).

Portanto, por ser claro e robusto o manejo desmedido por parte do legislador no momento de criação da norma presente no Código de Trânsito Brasileiro, limitando excessivamente direitos fundamentais em prol de um direito – segurança no trânsito – que não é ameaçado concretamente, fica demonstrado abuso nítido do poder de polícia, estando tal norma passível de anulação por via judicial.

Por fim, na abordagem Penal e Processual Penal, serão tratados assuntos acerca dos princípios que limitam o poder punitivo estatal, os quais são infringidos pela legislação que sanciona a recusa ao teste de alcoolemia, além de uma análise processualista, abrangendo o processo probatório e seus requisitos, os quais, também são infringidos.

Tal análise em tais ramos do direito far-se pertinente devido ao fato de que várias condutas tipificadas no Código de Trânsito Brasileiro repercutem em tais esferas, além de que são aplicadas as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal aos crimes cometidos na direção de veículos automotores. Logo é guardada uma grande intimidade entre tais ramos.

O Estado deve preocupar-se somente com as condutas que coloquem, de alguma forma, em risco a segurança e o bem-estar da sociedade, expondo-a a dano. Condutas que não causam prejuízos consideráveis, por seu desvalor, devem ser resolvidas sem o império do Estado, o qual deve agir somente em último caso, como consequência do espírito de liberdade que permeia as sociedades democráticas.

Nesse sentido já se posicionou o STF:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social

(STF, 2009, on-line).

Neste diapasão, analisando as sanções devido a recusa aos testes de alcoolemia, é possível reconhecer infringências ao princípio da intervenção mínima.

Tais infringências se dão principalmente pelo fato de que o condutor abordado pela autoridade de trânsito não apresenta nenhum sinal visível capaz de demonstrar sua embriaguez, o que, caso fosse possível, ensejaria diretamente a aplicação da tipificação contida no artigo 165, do CTB. Por conta da não demonstração de embriaguez, deve ser reconhecido o fato de que os estados de ânimo e percepção do condutor estão preservados, logo, não oferecendo risco algum a sociedade, não merecendo tal conduta ser tutelada.

Para análise do princípio da proporcionalidade quanto ao tema abordado por tal trabalho far-se necessário comparar novamente a conduta de recusar-se a fazer os testes de alcoolemia e a conduta de ser pego dirigindo embriagado, todas previstas no CTB e já faladas em tópicos anteriores.

Nesse sentido, constata-se que as penalidades são as mesmas para as duas condutas. Condutas essas que são totalmente diferentes do ponto de vista da lesividade que oferecem a sociedade. Na segunda é constatado cabalmente a embriaguez do condutor, a qual, pode, com certeza, influenciar nas suas capacidades motoras podendo causar males maiores no trânsito. Já a primeira, o condutor apenas se recusa a fazer o teste de alcoolemia, não sendo constatada nenhuma alteração em seu estado motor e de ânimo.

Nesse diapasão, vale fazer ainda uma análise do §2º, do artigo 277, do CTB. O mesmo prega que a infração de dirigir sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência pode ser constatada por outros meios, quais sejam: 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.

Logo, percebe-se com clareza a falta de proporcionalidade no momento de

criação da norma que sanciona a recusa aos testes de alcoolemia, impondo sanções semelhantes às que são impostas ao condutor que é pego embriagado, não se tendo qualquer certeza de que o mesmo possa ter consumido álcool ou outra substância psicoativa. Além disso, o Código de Trânsito Brasileiro permite a certificação da embriaguez por outras formas, o que, caso fosse constatado, ensejaria diretamente a aplicação da infração tipificada no artigo 165, não fazendo sentido a aplicação de sanções ao condutor que não apresenta nenhum sinal de embriaguez e que simplesmente se recusa a submissão a um teste extremamente invasivo e constrangedor, ato esse ilícito, demonstrando excesso em demasia por parte do legislador.

Tal posicionamento pode ser justificado pela dissertação de Alberto Silva Franco (2007), acerca da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade de fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade) (SILVA, 2007, p.67).

Nas palavras de Luiz Regis Prado (2002), é precisamente sintetizado o princípio da adequação social:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (PRADO, 2002, p.124).

Tal princípio, o da adequação social, é muito similar ao princípio da intervenção mínima, haja vista que ambos levam em consideração a lesividade que

a conduta traz aos indivíduos e a sociedade. Nesse caso, deve-se levar em conta não os anseios individuais, mas sim o que a grande massa anseia.

Leis e normas visam regular condutas individuais e coletivas. Tal poder é feito através de funcionários públicos, os legisladores, os quais, por seu papel de representantes do povo, devem fazer uma valoração acerca daquilo que realmente produz resultado no mundo concreto, devendo diferenciar condutas que são consideradas socialmente adequadas daquelas que merecem intervenção do Direito Penal.

A fim de concretizar tal posicionamento, segue ensinamento de Oscar Emilio Sarrule (1998):

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito (SARRULE, 1998, p.98).

Remetendo ao contexto fático da aplicação de sanções à recusa aos testes de alcoolemia, leva-se em conta para demonstrar sua ilegalidade o fato de que o fim buscado com tal tipificação não pode ser justificado com a imposição de sanções ao condutor, visto que tal não apresenta perigo claro e concreto de causar algum mal a sociedade, estando em plena capacidade de conduzir seu veículo. Isso faz com que o anseio buscado pela sociedade, transitar com segurança nas vias, não seja alcançado, visto que não chega a ser infringido, figurando as sanções como arbítrio estatal na tentativa frustrada de defender um direito, o qual, por ser o meio inadequado, não se adequa socialmente a realidade fática.

Já o princípio da ofensividade ou lesividade ensina que não existe crime sem que haja lesão ou algum tipo de perigo de lesão a determinado bem jurídico de outrem. Nesse sentido, o princípio da ofensividade deve ser observado pelo legislador quando da criação de leis, não tipificando condutas inofensivas e também pelo juiz, que deve verificar em cada caso se houve ou não lesão ao bem jurídico.

No que tange a tipificação do CTB que aplica sanções a quem se recusa a submeter aos testes de alcoolemia, o legislador acabou por tipificar uma conduta que, numa análise racional, não gera ofensa concreta a nenhum bem jurídico, atuando como forma de precaução apenas. Esse raciocínio é alcançado levando-se em consideração que o condutor apenas se recusa a se submeter aos testes invasivos de alcoolemia, não havendo por parte dele conduta que demonstre inaptidão para a condução de veículo, a qual fosse constatada, poderia ensejar diretamente a penalização do art. 165 do CTB. Logo, o condutor deve ficar impune por tal negativa.

Corroborando tal entendimento, ressalta Zaffaroni (1973):

O injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional (ZAFFARONI, 1973, p.226).

Por fim, no que tange a questão probatória, faz-se necessário uma análise do §2º do artigo 277, do Código de Trânsito Brasileiro:

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 (BRASIL, 1997, on-line)

Por meio do parágrafo segundo de tal artigo permite-se extrair que a condução de veículo automotor embriagado pode ser constatada por diversos meios além dos testes de alcoolemia, não sendo exclusivo o seu uso, apesar de serem os mais comuns.

Vejamos o que ensina Renato Brasileiro de Lima (2017):

Na seara penal, por força do princípio da presunção de inocência, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude da recusa do acusado a se submeter a uma prova invasiva, no âmbito administrativo, o agente também não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, porém, como não se aplica a regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, a controvérsia pode ser resolvida com base na regra do ônus da prova, sendo que a recusa do agente em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo, no contexto do conjunto probatório, com a consequente imposição das penalidades e medidas administrativas previstas tanto no artigo 165 e 165-A.

Se a Constituição Federal (artigo 5º, LXIII) e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92, artigo 8º, §2º, g) asseguram ao suspeito, indiciado, acusado ou condenado, esteja ele solto ou preso, o direito de não produzir prova contra si mesmo, do exercício desse direito não pode advir nenhuma consequência que lhes seja prejudicial. Fosse possível a extração de alguma consequência prejudicial ao acusado por conta de seu exercício, estar-se-ia negando a própria existência desse direito.

Portanto, o exercício desse direito não pode ser utilizado como argumento a favor da acusação, não pode ser valorado na fundamentação de decisões judiciais, nem tampouco ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador. Do uso desse direito não podem ser extraídas presunções em desfavor do acusado, até mesmo porque milita, em seu benefício, o princípio da presunção de inocência (CF 88, artigo 5º, LVII) de cuja regra probatória deriva que o ônus da prova recai integralmente sob a acusação.

Da recusa em produzir prova contra si mesmo também não se pode extrair a tipificação do crime de desobediência (CP, art. 330). Afinal de contas, se o artigo 330 do Código Penal tipifica a conduta de “desobedecer a ordem legal de funcionário público”, há de se concluir pela ilegalidade da ordem que determine que o acusado produza prova contra si mesmo. O exercício regular de um direito – de não produzir prova contra si mesmo – não pode caracterizar crime, nem produzir consequências desfavoráveis ao acusado. Sua recusa em se submeter-se a determinada prova é legítima (LIMA, 2017, p.136)

Por meio do exposto fica claro que a função/ônus em produzir provas deve partir do polo ativo da ação, no caso em concreto, o Estado está incumbido de provar a ilegalidade da conduta do indivíduo. Caso o Estado não o faça, a pessoa não pode ser obrigada a provar sua inocência, sendo esta presumida por força do princípio da presunção de inocência, não podendo ser impostas sanções devido a tal

inércia do acusado.

Logo, o exercício de tal direito – não produzir provas contra si mesmo – é totalmente legítimo, não podendo ensejar qualquer forma de punição como faz o CTB no artigo 165-A.

7 RECURSO INOMINADO NO PROCESSO 71007975899 RS

Diante de todos posicionamentos apresentados no presente trabalho, encontra-se ainda recurso inominado no processo 71007975899 do Rio Grande do Sul, provido, no qual foi pregado que a não constatação de sinais formais de que o condutor conduzia o veículo sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa não pode ser considerada infração de trânsito.

Na decisão foi pregado que, não sendo constatado formalmente que o cidadão conduzia veículo automotor sob sinais externos de álcool ou substância psicoativa, não há infração de trânsito e que autuar o condutor que não apresenta qualquer ameaça à segurança no trânsito, pela mera recusa em realizar os testes de alcoolemia, configura arbitrariedade.

Segue trecho da referida decisão:

[...] somente é possível autuar o condutor que se recuse a realizar os testes caso esse apresente sinais externos de influência de álcool -, os quais deverão ser devidamente certificados por meio do Termo próprio, com descrição de todas as características que levam à conclusão e na presença de testemunha idônea, ou outros meios, descritos no art. 277 do CTB.

Desse modo, não sendo constatado formalmente que o cidadão conduzia veículo automotor sob sinais externos de álcool ou substância psicoativa, não há infração de trânsito.

Destarte, autuar o condutor que não apresenta qualquer ameaça à segurança no trânsito, pela mera recusa em realizar os testes oferecidos pelos agentes de trânsito, configura arbitrariedade.

Infração pelo artigo 165-A do CTB que viola frontalmente os Princípios Constitucionais de Liberdade (direito de ir e vir), Presunção de Inocência e de Não Auto Incriminação e Individualização da Pena, previstos no art. 5º, XV, LVII, LXIII, e XLVI da CF (TJRS, 2019, on-line).

Tal julgado, abre precedente para o manejo na via judicial das sanções devido a recusa à submissão aos testes de alcoolemia, trazendo à tona principalmente o princípio da inocência, pelo qual entende-se que nenhum indivíduo pode ser considerado culpado até que lhe seja oportunizado propor defesa e seja

formalmente considerado culpado.

No que tange a tipificação do art. 165-A do CTB, não é constatado nenhum sinal que certifique embriaguez ou efeito por outra substância psicoativa, não sendo justa e razoável a aplicação de sanções pela simples inércia do condutor em produzir provas contra si mesmo, auto incriminando-se por uma conduta que não gera riscos a outros condutores e sociedade.

Logo, é visto que a conduta de recusar-se a submissão aos testes de alcoolemia não leva qualquer risco ao trânsito, sendo inconstitucional e ilegal a aplicação de sanções, violando frontalmente os Princípios Constitucionais de Liberdade, Presunção de Inocência e de Não Auto Incriminação, previstos no art. 5º da Constituição.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto o conteúdo do presente trabalho, permitiu-se chegar ao raciocínio de que as sanções provenientes da recusa à submissão aos testes de alcoolemia, apesar de estarem tipificadas no Código de Trânsito Brasileiro e serem aplicadas pelas autoridades de trânsito, apresentam diversas incongruências.

Por ser uma norma que impacta em diversos ramos do direito, discussões e pontos de vista conflitantes são aparentes, pondo em conflito direitos fundamentais constitucionais, administrativos, penais e processuais penais.

Na abordagem constitucional, através das garantias da não culpabilidade, liberdade de locomoção e devido processo legal, permitiu-se constatar que o artigo 165-A do CTB afasta a presunção de inocência do condutor, colocando barreiras a sua liberdade de locomoção, isso tudo sem oportunizá-lo um procedimento formal e prévio.

Na abordagem administrativa, viu-se também que o devido processo legal foi suprimido, não oportunizando a defesa do condutor, configurando a tipificação do artigo 165-A do CTB afronta direta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, visto que não é feita uma ponderação racional entre a força da medida empregada e os fundamentos jurídicos que lhe servem de fundamento, sendo penalizado com as mesmas sanções de quem é pego embriagado ou sob efeito de outras substâncias, demonstrando abuso do poder de polícia por parte do legislador quando da criação da norma.

Já na abordagem penal, através dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, nota-se que o Estado intervém de maneira desproporcional na vida da sociedade, preocupando-se com uma conduta inofensiva que não coloca em risco a segurança, isso porque não há lesão ou perigo a nenhum bem jurídico, figurando as sanções como arbítrio estatal, não se adequando socialmente a realidade fática, forçando ainda o condutor a inverter o ônus de produção de provas.

Por fim, o julgado no Recurso Inominado no Processo 71007975899 RS

decidiu que a não constatação de sinais formais de que o condutor conduzia o veículo sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa não pode ser considerado infração de trânsito, o que abre precedente para a derrubada do artigo 165-A do CTB através do judiciário.

É indiscutível que a segurança no trânsito é um direito fundamental, devendo ser defendido e colocado em patamar superior a alguns direitos fundamentais. Entretanto, a norma que sanciona a recusa à submissão aos testes de alcoolemia mostra-se demasiadamente exagerada, não resguardando o fim buscado, qual seja, a segurança no trânsito.

Logo, diante de todo exposto, alcança-se o entendimento de que a legislação que sanciona a recusa à submissão aos testes de alcoolemia mostra-se incongruente quando analisada perante normas constitucionais, administrativas, penais e processuais penais, podendo ensejar o manejo na via judicial para que seja reconhecida sua inconstitucionalidade e/ou ilegalidade.

9 REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de outubro de 1948**. Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 19 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL, **Lei 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 15 out. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Banco Bradesco S/A, Luciano Cardoso Santos. Min. CEZAR PELUSO. Brasília, 03 dez. 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acesso em: 15 out. 2020

BRASIL, **Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em 15 out. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 111.016 MG. Wesley Gonçalves Davi, Defensoria Pública da União, Defensor Público-Geral Federal, Superior Tribunal de Justiça. Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 12 jun. 2012.

Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807849/habeas-corpus-hc-111016-mg-stf>>. Acesso em: 15 out. 2020

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de Trânsito Brasileiro.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 84.412 SP. Bill Cleiton Cristovão ou Bil Cleiton Cristóvão ou Cil Cleiton Christoff ou Ciu Cleyton Cristovão ou Bill Cleiton Cristoff ou Bil Cleyton Cristovão, Luiz Manoel Gomes Junior, Superior Tribunal de Justiça. Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 19 out. 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp>>.

Acesso em: 15 out. 2020

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71007975899 RS. Clacir Luiz Antonini, Departamento Estadual de Trânsito (DETRAM RS). Rel.

MAURO CAUM. Bento Gonçalves, 27 fev. 2019. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/685079479/recurso-civel-71007975899-rs>>.

Acesso em: 15 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALCINI, F. P. **O Princípio da Razoabilidade: um limite a discricionariedade administrativa**. Campinas: Millennium, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.

CARVALHO, Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – teoría del garantismo penal**. Madrid, Trotta, 1997.

FRANCO, Alberto Silva Franco. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Lei seca (Lei n.º 11.705/2008). Exageros, equívocos e abusos nas operações policiais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1842, 17 jul. 2008. Disponível em <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11496](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11496)>. Acesso em: 16 out. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador : JusPodvim, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Método, 2015.

_____, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Método, 2015.

_____, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Método, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RESENDE, Antonio José Calhau. O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. **Revista do Legislativo**. Abril, 2009.

SARRULE, Oscar Emilio. **La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

STRATENWERTH, **Derecho Penal: Parte General**. Madrid: Edersa, 1982.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

WELZEL, **Derecho Penal alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Teoria Del delito. Buenos Aires. **Ediar**, 1973.
<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/06/princípio-da-ofensividade-ou->

lesividade.html, acesso em 20 out. 2020.