XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

JONATHAN CARDOSO RÉGIS

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Eloy Pereira Lemos Junior; Jonathan Cardoso Régis.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-624-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o XXIX Congresso Nacional do Conpedi Balneário Camboriú - SC, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos, cujo encontro teve como tema principal "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II" pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Diogo De Almeida Viana Dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UFMA, e Universidade UNICEUMA

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Jonathan Cardoso Régis

Universidade do Vale do Itajaí - Univali

LEI SECA: NEMO TENETUR SE DETEGERE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL-CONSTITUCIONAL EM XEQUE?

LEI SECA (DUI LAW): NEMO TENETUR SE DETEGERE AND CONSTITUTIONAL LEGAL DUE PROCESS IN CHECK?

Arnaldo Rodrigues Bezerra Neto [1]
Artur Cortez Bonifacio [2]

Resumo

O presente artigo propõe uma análise crítico-reflexiva acerca do entendimento judicial que respalda a penalização na esfera administrativa do condutor que tão somente se recusa a realizar o teste do etilômetro oferecido por um agente fiscalizador do Estado. Aborda-se a força normativa da Constituição no que tange à proteção dos direitos e garantias individuais, além da aplicabilidade imediata da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) no ordenamento jurídico pátrio, especialmente o princípio da não autoincriminação – nemo tenetur se detegere. Além disso, demonstra-se a fusão dos ramos dos direitos administrativo sancionador e penal nos casos de recusa a teste técnico que permita a certificação de álcool ou outra substância psicoativa no organismo do condutor; e uma ofensa e mitigação a direitos do cidadão e ao Estado democrático de Direito na medida em que o Estado pune severamente na seara administrativa a quem se recusar a participar de modo ativo a teste cujo o resultado possa ser utilizado contra si em um possível processo criminal. Nessa perspectiva, utiliza-se a pesquisa doutrinária especializada, assim como a detida análise da jurisprudência pátria, especialmente o acórdão contido no Recurso Especial N.º 1.677.380/RS do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Recusa a teste de etilômetro, Nemo tenetur se detegere, Devido processo legal-constitucional, Juridicidade, Sistema acusatório

Abstract/Resumen/Résumé

This paper proposes a critical-reflexive analysis on the judicial understanding that supports penalization in the administrative sphere of the driver who refuses to take the breathalyzer test offered by a State patrolling agent. The normative force of the Constitution with regard to the protection of individual rights and guarantees is thus addressed, as well as the immediate applicability of the 1969 American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica) in the Brazilian legal system, especially the principle of non-self-incrimination - nemo tenetur se detegere. Furthermore, it demonstrates the merging of the

[1] Especialista em Direito de Trânsito e Direito Eleitoral. Mestrando em Direito – Constituição e Garantia de Direitos – pela UFRN. Auditor da UFRN. Advogado.

[2] Pós-Doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Adjunto 4 de Direito Constitucional da UFRN. Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Fiscal do Estado do RN.

fields of administrative sanctioning rights and criminal law in cases of refusal to undergo a technical test that allows the certification of alcohol or other psychoactive substance in the driver's body, and also an offense and mitigation of the citizen's rights and the Democratic Rule of Law, to the extent that the State punishes severely, in the administrative sphere, those who refuse to participate actively in a test with results that may be used against them in a possible criminal trial. Accordingly, it is used the specialized doctrinal research, along with the detailed analysis of the Brazilian jurisprudence, especially the ruling contained in the Special Appeal No. 1.677.380/RS of the Superior Court of Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Refusal to take a breathalyzer test, Nemo tenetur se detegere, Constitutional legal due process, Juridicity, Prosecution system

1 INTRODUÇÃO

No sistema jurídico pátrio vigente, faz-se imperioso não só interpretar um artigo ou conjunto de dispositivos infraconstitucionais a partir de um conceito de bloco de legalidade ou juridicidade, em que se leva em consideração principalmente a força normativa dos princípios constitucionais, com especial atenção aos direitos e garantias individuais, mas também há de se ter cuidado redobrado ao afirmar que em determinados casos a punição administrativa não repercutirá em outras searas do direito, quando, na verdade, a interferência se revela de magnitude solar.

Logo, o presente artigo buscará analisar de modo crítico-reflexivo, à luz dos direitos e garantias fundamentais e da interface dos direitos administrativo sancionador e penal, o raciocínio referente à independência desses ramos quando da punição ao condutor pela recusa ao teste de etilômetro, como se verifica no respeitável acórdão que deu, por unanimidade, provimento ao Recurso Especial de n.º 1.677.380/RS, julgado em 10/10/2017, oriundo da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Essa decisão colegiada, respaldada no voto-condutor do Eminente Relator, Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que, no caso de recusa ao teste de alcoolemia, o etilômetro, popularmente conhecido como bafômetro, não há a necessidade de prova de embriaguez para punir o condutor administrativamente. Verificou-se, em suma, uma exposição jurídica de que o ato da recusa se refere à inobservância de um dever instrumental de fazer, configurando-se uma infração de mera conduta.

O entendimento dos reverenciáveis ministros da Segunda Turma da Corte Superior foi, como dito, o da independência das instâncias penal e administrativa sancionadora, correlacionando-a à inaplicabilidade, no âmbito administrativo, do princípio *nemo tenetur se detegere* (*não autoincriminação*) nos casos de recusa ao teste de etilômetro, por esse ato também não constituir concomitantemente um tipo penal.

Esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi sedimentado, em 19/05/2022, pelo Supremo Tribunal Federal ao fixar a tese de repercussão geral (tema 1.079), quando julgou as ações diretas de inconstitucionalidade (AD'Is) 4103 e 4017, bem como o Recurso Extraordinário de N.º 1.224.374/RS.

Não obstante, cumpre detalhar a análise dessa situação, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de subversão da lógica processual criminal e do sistema acusatório, além da mitigação desse princípio, haja vista que, quando o Estado pune severamente na esfera administrativa o condutor que se recusa ao teste do bafômetro, implicitamente, poderá estar

coagindo o cidadão na ocasião da fiscalização a abrir mão do seu direito à *não autoincriminação* na seara penal, forçando-o à submissão de um teste que será utilizado em seu desfavor em um possível processo-crime.

2 DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA *NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO* NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A denominada "Lei Seca" possui uma grande relevância para preservar vidas no trânsito e combater rigorosamente os infratores e criminosos que dirigem sob o efeito de álcool ou outra substância psicoativa que cause dependência. Todavia, não se pode aplicá-la ao arrepio de princípios protegidos pelo manto sagrado da constituição, sob pena de ofensa direta ao Estado Democrático de Direito; bem como sem levar em consideração um exame sistemático das áreas do direito envolvidas.

Aliás, sobre o tema, cumpre trazer à baila os consistentes e respeitáveis dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao prefaciar a obra Direito Administrativo Sancionador, de Fábio Medina Osório (2020, p. 13): "Por mais grave que seja uma suposta infração, não se poderá, sob o pretexto de combater sua gravidade, atropelar fórmulas básicas e fundamentais do devido processo legal constitucional".

Aqui, não se buscará aprofundar a diferenciação de interpretação e aplicação dos artigos 165 c/c 277, §3º, do Código de Trânsito Brasileiro e do artigo 165-A desse diploma legal, mas, sim, a análise do princípio da *não autoincriminação*, o qual possui correlação direta com esse arcabouço legal.

Nesse diapasão, vale dizer que o entendimento dos tribunais pátrios acerca da incidência desse princípio na esfera administrativa nos casos atinentes à recusa ao teste do bafômetro nunca foi pacífico, até que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema 1.079 da repercussão geral, fixou a seguinte tese:

> Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltados a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (art. 165-A e art. 277, §§ 2º e 3º, todos do Código de Trânsito Brasileiro, na redação dada pela Lei 13.281/2016)". (RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 1.224.374 RIO GRANDE DO SUL. RELATOR: MIN. LUIZ FUX. DATA DE JULGAMENTO: 19/05/2022.)

Sem embargo, urge sobrelevar a deferência ao princípio da não autoincriminação, nos casos sob análise, em decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal, que assim já se manifestou:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. ETILÔMETRO. RECUSA DO CONDUTOR EM FAZER O TESTE. DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.** ***ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*** RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. **"O artigo 165-A é flagrantemente inconstitucional, pois liquida com a presunção de inocência** [...] Portanto, **a mera negativa de não se submeter ao bafômetro sem que sejam apontados sinais de influência ilegal de álcool pelo agente de trânsito não pode incidir norma severa de multa elevada e mais doze meses de suspensão da habilitação.** O art. 165-A fere a presunção de inocência e caracteriza constrangimento ilegal obrigar o cidadão a submeter-se ao teste de bafômetro, a que não está obrigado, por mera conduta de estar guiando veículo.[…] **Sob a égide da Constituição da República de 1988, na jurisprudência deste Supremo Tribunal se conferiu especial amplitude ao direito à não autoincriminação**, [...] **Também na esfera administrativa esse princípio constitucional tem sido aplicado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** [...] **O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**...Pelo exposto, nego provimento ao recurso extraordinário. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 1.212.315 RIO GRANDE DO SUL. RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA. DATA DE JULGAMENTO: 21/06/2019.)

Sem dúvida, nesse julgado, observa-se uma acertada aplicabilidade desse princípio consectário da ampla defesa, de raiz constitucional, que serve como limitador do poder punitivo estatal numa democracia.

Anteriormente, o art. 277, §3º do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), combinado com o artigo 165 desse diploma normativo, era utilizado para punir o condutor que se recusava ao teste do bafômetro. Depois, a Lei 13.281/2016 trouxe nova redação ao §3º do artigo 277 ao relacioná-lo ao artigo 165-A, também inserido por essa lei no Código de Trânsito Brasileiro como infração autônoma, mas que também visa punir a supramencionada recusa.

Observaram-se mudanças rápidas no diploma legal de trânsito e uma ânsia para normatizar a punição do ato da recusa ao teste do etilômetro, que, por sua vez e ao nosso sentir, está intimamente relacionada ao princípio da *não autoincriminação.*

Diante desse cenário, o debate acerca da possibilidade da aplicação desse princípio fundamental no âmbito do direito administrativo sancionador vem ganhando força, mesmo com a pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, os destinatários da norma, o titular do poder constituinte originário de uma ordem constitucional, o povo, mais do que nunca, devem questionar e analisar as decisões que afetam diretamente seus direitos individuais, porquanto possuem indiscutível legitimidade.

A doutrina também possui importante papel na construção jurídico-democrática de um Estado na medida em que busca se posicionar, de modo crítico e científico, sobre as nuances das leis e da jurisprudência frente à constituição federal, oferecendo diretrizes para o aperfeiçoamento do sistema jurídico-constitucional como um todo.

Assim,

> No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002. p. 13).

Esse pluralismo enseja a construção de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição, o que se coaduna com um Estado Democrático de Direito, dentro dos limites de cada competência, por óbvio, bem como permite mudanças jurisprudenciais sobre temas relevantes para uma democracia, como o do caso em análise.

Como visto na jurisprudência da Corte Suprema, o princípio em voga tem sua aplicação reconhecida na seara do direito administrativo, incluindo os casos relacionados à recusa ao teste do etilômetro, não obstante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ratificado, atualmente, pelo Supremo Tribunal Federal, que literalmente afastou a sua incidência na esfera administrativa, sendo cabível a essas Cortes Superiores apenas quando a infração administrativa também constituir crime.

O princípio *nemo tenetur se detegere* – direito a *não autoincriminação* – está consagrado no artigo 8º, 2, alínea "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), no qual o Brasil é signatário, por meio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992 e artigo 5º, §2º, da Constituição Federal (1988). Numa compreensão teleológica, o referido princípio também está entabulado no artigo 5º, LV, LXIII, na nossa Carta Fundamental, consubstanciando-se na ampla defesa.

Apesar de verificar-se na jurisprudência da Corte Suprema o reconhecimento dos tratados internacionais como leis ordinárias, e, em algumas situações, observar-se a elevação dessas normativas a uma posição intermediária no campo infraconstitucional – supralegalidade – quando o assunto se refere a direitos humanos e não atende aos requisitos formais encartados

essencialmente no artigo 5º, §3º, da Carta Maior, cumpre defender a incidência imediata e automática desses tratados humanistas no ordenamento jurídico dos países signatários, inclusive o Pacto de San José da Costa Rica, porque respaldam direitos e garantias do Homem no mundo, cidadão universal, refutando-se, aqui, formalismos excessivos e valorizando os aspectos materiais envolvidos.

Nessa esteira, vale realçar os importantes ensinamentos do Professor Doutor Artur Cortez Bonifácio (2008), que, em sua obra *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentai*s, reconhece a possibilidade de admissão da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) como Norma *Iuris Cogentis* – imperativa – no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo,

> A Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser admitida como *iuris cogentis.* Tendo como referência respostas fundamentadas no direito constitucional positivo, a par da cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais, o grau de norma constitucional de direito fundamental. O mesmo tratamento é deferido à Convenção Americana de Direitos Humanos (BONIFÁCIO, 2008. p. 322).

Com efeito, ao nosso sentir, o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, é garantido nesse diploma fundamental que o Brasil ratifica, devendo-se ser admitido consistente e indistintamente nas searas pátrias do direito penal e administrativo sancionador por englobarem, por óbvio, um sistema punitivo ao indivíduo no Estado Democrático de Direito.

O Pacto de San José da Costa Rica, indubitavelmente, sob a égide de uma democracia, garante e protege os direitos do Homem universal, do cidadão, perante o Estado em todas esferas, seja civil, penal ou no âmbito do direito administrativo punitivo. Possui uma relevante carga axiológica, notadamente por respeitar os valores e direitos fundamentais individuais.

Por conseguinte, seguindo o raciocínio do Professor Doutor Artur Cortez Bonifácio (2008), ao recepcioná-lo formalmente e materialmente, o nosso ordenamento jurídico há de concedê-lo o *status* de norma de Direito Fundamental, com aplicação imediata e com a devida força constitucional, sem hierarquização, por, repita-se, resguardar os direitos fundamentais individuais, homenageando-se, inclusive, o teor do artigo 5º, §1º c/c §2º, da nossa Constituição Federal.

Cumpre reconhecer que o direito à *não autoincriminação* exsurge como um desdobramento da ampla defesa contida no artigo 5º, LV, da nossa Carta Maior, permeando o

campo da autodefesa do cidadão em face do poder-dever de punir do Estado, seja no âmbito criminal, seja na seara do direito administrativo sancionador.

O referido princípio também, numa compreensão exegética não reducionista, está consubstanciado no prisma do próprio direito ao silêncio, encartado, por sua vez, no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal brasileira.

Assim,

> segundo a essência do direito ao silêncio, a pessoa não pode ser violentada no seu instinto natural de preservação, o que implica o de procurar defender-se, quando se sente atacada ou, no caso, acusada, de modo que a ela não pode ser imposta a tarefa de cooperar ou colaborar para sua punição. A obrigação legal dessa ordem seria equivalente à tortura psicológica, ademais da aceitação de tratamento desumano, daí por que, com a visão sistêmica do arcabouço democrático da Constituição de 1988, percebe-se que o preceito em destaque não poderia deixar de constar dentre os direitos fundamentais (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 540).

Indubitavelmente, a *não autoincriminação* está ligada à dignidade da pessoa humana, princípio estruturante de uma ordem constitucional democrática. Logo, diante de um contexto de direito penal, processual penal e administrativo sancionador, o cidadão, sim, tem o direito de lançar mão da sua utilização no plano dos fatos, cabendo ao Estado utilizar meios eficientes, eficazes e constitucionais para exercer o seu ônus probatório.

Para se combater a embriaguez ao volante, o Estado poderá utilizar todos os meios lícitos de prova, à luz da força normativa da constituição e da proteção especial aos direitos individuais, para comprovar a infração ou crime de trânsito, nos termos do artigo 306, §2º, do CTB.

Nesta senda,

> embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reserva provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral -particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só *a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)* (HESSE, 1991, p. 19).

No seio de um Estado Democrático de Direito, resta impositivo fazer valer a ampla defesa e a *não autoincriminação*, direitos fundamentais do cidadão, definitivamente ligados à dignidade da pessoa humana, até mesmo quando colocados sob o olhar da ponderação,

porquanto há de se buscar uma saída jurídico-constitucional que não os mitiguem ou arrefeçam, sob pena de enfraquecer a *práxis* democrática do devido processo legal-constitucional.

Deve-se ter em mente que não se consente mais aquela velha máxima do interesse público sobre o privado, ou do coletivo sobre o individual: eles não são antagônicos sob o viés constitucional, mas complementam-se.

Logo, no caso da recusa ao teste do etilômetro, conclui-se que o artigo 165-A do CTB está eivado de cristalina inconstitucionalidade, pois reclama a punição de um direito – o da *não autoincriminação* – garantido não só pela Constituição Federal, mas também pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que o Brasil ratificou.

3 PERSUASÃO X COAÇÃO E A INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

Ao nosso sentir, a sanção à recusa ao teste do bafômetro não tem cunho persuasório à observância da legislação de trânsito, como restou assentado no *decisum* do Recurso Especial de n.º 1.677.380/RS, julgado em 10/10/2017 pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No plano fenomênico, surge como uma coação, ainda que indireta, ao condutor para participar ativamente da produção de provas contra si em um possível processo criminal, o que ofende, por óbvio, comandos constitucionais e penais, especialmente os entabulados no artigo 5º, LV e LIV, da Constituição Federal: ampla defesa, incluindo a autodefesa, e o devido processo legal.

Vejamos alguns trechos do Recurso Especial de n.º 1.677.380/RS, julgado em 10/10/2017, oriundo da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> 13. O princípio *nemo tenetur se detegere* tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção. 14. É possível admitir a incidência ampliada do princípio *nemo tenetur se detegere* quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico. 15. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do *nemo tenetur se detegere* não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito de sua competência, por falta de amparo no ordenamento jurídico pátrio. (RECURSO ESPECIAL DE N.º 1.677.380/RS. JULGADO EM 10/10/2017. SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.)

Esse é o ponto-chave da questão em debate. Embora o Superior Tribunal de Justiça enfatize nesse julgado, e o próprio Supremo Tribunal Federal, ao fixar a tese de repercussão geral (tema 1.079), a qual versa que, no caso da recusa ao teste do etilômetro, é inaplicável o princípio da *não autoincriminação* no âmbito administrativo devido à absoluta independência das instâncias administrativa e penal; além do fato de que, ao recusar-se a teste técnico o indivíduo não estaria cometendo crime e, por isso, a sua inobservância no núcleo administrativo, cumpre asseverar que essa independência é relativa e essas esferas se conectam firmemente e naturalmente, sobremaneira no momento da fiscalização.

Aliás, a defesa da efetivação do princípio da *não autoincriminação* no âmbito administrativo é consistente e clarividente em homenagem à ampla defesa de tessitura constitucional, ao Pacto de San José da Costa Rica (1969) e até mesmo ao precedente do Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 1.212.315/RS, como acima explanado. Contudo, sem se debruçar mais nesses argumentos, faz-se imprescindível demonstrar algumas nuances que, muitas vezes, não são levadas em consideração, mas que acabam por mitigar a ampla defesa no processo penal sob o argumento de que o *nemo tenetur se detegere*, no caso de recusa ao teste do bafômetro, é refutado na esfera administrativa.

Destarte, quando da abordagem fiscalizatória e no momento do oferecimento do aparelho ao condutor para a realização do sopro, constata-se a subversão do sistema acusatório penal e a coação para a participação ativa do sujeito na produção de provas contra si mesmo no âmbito criminal, pois, diante da negativa, o Estado promoverá punições administrativas gravíssimas.

O agente fiscalizador oferece um único teste de etilômetro e não há a informação de que aquele resultado obtido será utilizado para uma possível autuação na seara administrativa ou se servirá como substrato probatório em processo criminal em face do motorista.

Diante dessa realidade fática, verifica-se que o Estado, ainda que de modo indireto, exerce uma coação ao cidadão para produzir prova contra si mesmo na esfera penal, pois ao não realizar o teste, o condutor sofrerá severa pena pecuniária e terá o seu direito de dirigir suspenso por doze meses, nos moldes do artigo 165-A do CTB.

Esse raciocínio aqui defendido, como visto, não se coaduna com o da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgado sob análise, senão vejamos:

> 25. O princípio *nemo tenetur se detegere* merece prestígio no sistema de referência próprio, servindo para neutralizar os arbítrios contra a dignidade da pessoa humana eventualmente perpetrados pela atividade estatal de persecução penal. Protege os acusados ou suspeitos de possíveis violências físicas e morais empregadas pelo agente estatal na coação em cooperar com a

> investigação criminal. 26. Daí a aplicá-lo, de forma geral e irrestrita, a todas as hipóteses de sanção estatal destituídas do mesmo sistema de referência vai uma larga distância. (RECURSO ESPECIAL DE N.º 1.677.380/RS. JULGADO EM 10/10/2017. SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.)

Nota-se que, no trecho supracitado, a Corte Superior realça a proteção dos acusados ou suspeitos no que tange à não obrigatoriedade de cooperar com alguma investigação criminal, prestigiando o princípio *nemo tenetur se detegere*, e, em seguida, opõe-se à sua utilização de forma irrestrita, mas não se atenta, *data venia*, à intrínseca ligação entre os ramos do direito envolvidos no caso telado, administrativo sancionador e penal.

Verifica-se nesse *decisum* o argumento atinente à punição ao condutor devido à inobservância de um dever instrumental de fazer – recusar-se a realizar o teste do bafômetro oferecido –, constituindo-se uma infração de mera conduta no bojo do direito administrativo.

Vejamos:

> 27. Não há incompatibilidade entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e o §3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente persuasório da observância da legislação de trânsito. (RECURSO ESPECIAL DE N.º 1.677.380/RS. JULGADO EM 10/10/2017. SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.)

Esse entendimento, *permissa venia*, não deve prosperar nessa situação, uma vez que estamos diante de um elemento de prova que poderá ser confeccionado e utilizado no seio do direito administrativo sancionador e do direito penal a partir da participação ativa do condutor. A alegação de que a punição se refere à infringência de um mero ato de fazer restrito ao campo do direito administrativo de trânsito, na verdade, ao nosso sentir, consiste na mitigação ou até mesmo em ofensa ao exercício do direito à *não autoincriminação* na esfera penal.

A "persuasão" do Estado para a obediência à legislação de trânsito por parte do motorista ultrapassa de forma cristalina os limites do campo administrativo.

Fábio Medina Osório (2020) completa:

> O que não poderia aceitar, a nosso juízo, é a tipificação de condutas que significam forçar o indivíduo a um comportamento contrário aos seus próprios interesses, sob pena de esvaziarmos sua presunção de inocência e seus direitos processuais fundamentais, ligados ao devido processo legal (OSÓRIO, 2020, p. 448).

No acórdão em voga, observa-se a sustentação de que a segurança viária deve ser encarada como direito fundamental coletivo, o que aqui se apoia e ratifica, embora os meios utilizados para prestá-la devam respeitar os direitos e garantias do indivíduo, afinal, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a punição, ainda que administrativa, do exercício de um direito assegurado pela Constituição Federal e referendado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, o da *não autoincriminação.*

Essa penalização configura uma situação teratológica e inconcebível numa democracia, pois, como visto, a aplicação de penalidades administrativas gravíssimas ao condutor pelo simples ato de recusar participar ativamente de exame técnico se revela no plano factual como um mecanismo de coação para que o indivíduo produza provas que possam ser imputadas a ele num processo criminal.

Não nos esqueçamos que está inserto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro o tipo penal de condução do veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência; além de que o resultado do teste do etilômetro poderá servir como prova central para uma persecução desse crime por parte do Estado, sendo inadmissível enfraquecer e ofender os direitos e garantias do cidadão, ampla defesa e devido processo penal-constitucional, a pretexto de proteger, *data venia*, de forma retórica, a coletividade ou, como queiram, o interesse público.

A propósito, cumpre salientar que

> Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, ser sacrificados) frente à "supremacia" do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público-privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do "privado", situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, "público", se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso e poder estatal (LOPES JUNIOR, 2019, p. 38).

Ressalte-se que, no cenário ora analisado, o condutor não está somente sob a condição de um eventual mero infrator na esfera administrativa, mas também de um suspeito em matéria criminal, acusado e investigado *lato sensu*, talvez um futuro réu, caso tema e ceda participar ativamente do teste de etilômetro cujo resultado poderá ser utilizado como prova fundamental em processo-crime contra ele mesmo.

Vale destacar, ainda, que se observam alguns posicionamentos relacionando o conteúdo da Súmula n.º 301 do Superior Tribunal de Justiça, que trata da presunção *juris tantum* de paternidade quando da recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA com os casos de recusa ao teste do etilômetro.

Todavia, na primeira situação, no âmbito cível, verifica-se um direito indisponível do filho de conhecer seu pai biológico, correlato à própria dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito vigente (art. 1º, III, CF), sendo até compreensível a imputação coercitiva desse exame genético, desde que sustentado na plausibilidade de um contexto fático. No mais, também resta aceitável a presunção relativa de paternidade em caso de recusa, pois engloba apenas um sistema civil de responsabilidades, bem como direitos fundamentais do homem.

Nos casos em que o direito administrativo sancionador e o direito penal se entrelaçam umbilicalmente e estão em questão direitos e garantias individuais na esfera de um sistema punitivo, não há de se falar em presunção de embriaguez quando da recusa ao teste do etilômetro, muito menos na participação ativa do condutor-investigado na produção de provas que podem ser imputadas a ele em uma possível ação penal estatal.

Nesse sentido, Fábio Medina Osório (2020) pontua:

> O imputado não pode ser forçado a comportamentos positivos, físicos, contrários aos seus interesses, violando claramente, sua integridade fisiopsíquica, sua liberdade de movimentos, ou diversos direitos fundamentais em jogo, para fins de auxiliar a acusação ou o Poder Público (OSÓRIO, 2020, p. 447).

Aury Lopes Jr. (2019), nesse passo, conclui que

> a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional (LOPES JUNIOR, 2019, p. 62).

Isto posto, faz-se imprescindível reconhecer que essa instrumentalidade processual no sentido de proteger os direitos e garantias do cidadão, numa conjuntura democrática e sob o prisma de um sistema acusatório, engloba também as fases pré-processuais, investigativas e fiscalizatórias, sob pena de utilizar métodos que mais se assemelham ao sistema inquisitivo.

Walter Nunes Silva Júnior (2021), ao se referir à severa punição na esfera administrativa quando ocorre a recusa ao teste do etilômetro, de forma acertada e coerente, assim assinala:

> Essa norma, como se verifica, é de flagrante inconstitucionalidade, pois tipifica como ilícito administrativo o exercício do direito ao silêncio, que é o direito que o condutor tem de se recusar a fazer qualquer exame. (...) Note-se que, nessa vertente, o princípio do direito ao silêncio se afina, em tudo, com o brocardo *nemo tenetur se detegere* (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 542).

Nos casos da denominada "Lei seca", o agente fiscalizador possui a prerrogativa legal de submeter o acusado a diligências unilaterais e, mediante a recusa ao teste do etilômetro, por exemplo, poderá lançar mão da anotação dos sinais de embriaguez no auto de infração ou até mesmo lavrar o Termo de Constatação de Embriaguez – TCE.

Por conseguinte, ao seguir essas diretrizes, à luz de uma interpretação conforme a Constituição Federal, estar-se-á a respeitar o direito à *não autoincriminação* do cidadão, bem como o devido processo legal-constitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao nosso sentir, a unidade de direito interno de um país deve ser balizada a partir dos princípios e valores abraçados pelo sistema jurídico, especialmente os comandos da Carta Maior e dos Tratados Internacionais que versam sobre direitos do Homem universal, os quais, independentemente de formalismo receptivo, mas levando-se em consideração o seu conteúdo material, possuem *status* de Norma *Iuris Cogentis*, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica no Brasil.

O princípio *nemo tenetur se detegere* (*não autoincriminação*) deve ser aplicado nos casos relacionados à recusa ao teste do etilômetro no âmbito do direito administrativo sancionador. Ainda que não o fosse, a sua incidência, nesse caso específico, seria inevitável, pois, caso contrário, na prática, estaríamos diante de uma coação estatal para que o cidadão produzisse provas contra si mesmo na esfera penal, sob pena de sofrer gravíssimas penalizações administrativas.

Na situação em tela, observa-se uma clarividente conexão entre os ramos do direito administrativo e penal, sendo inadmissível aceitar num Estado Democrático de Direito a

subversão da lógica penal ao persuadir/coagir o condutor a produzir substrato probatório – leia-se resultado de teste do bafômetro – que poderá ser imputado a ele em processo-crime.

Durante a abordagem e no momento da realização do teste, à primeira vista, não se verifica a nitidez da fusão dessas instâncias do direito, mas as consequências como a condenação de um cidadão no âmbito criminal podem ser obtidas ao arrepio de princípios constitucionais do indivíduo, como a ampla defesa, a *não autoincriminação* e o devido processo legal.

Frise-se que

> as garantias processuais defendidas aqui não são geradoras de impunidade, senão legitimantes do próprio poder punitivo, que fora, desses limites, é abusivo e perigoso (LOPES JUNIOR, 2019, p. 88).

Demais disso, cumpre realçar que a embriaguez ao volante deve ser combatida veementemente e exemplarmente desde que o Estado lance mão de diversos meios disponíveis para prová-la, sem mitigar direitos individuais do cidadão ou subverter o sistema acusatório penal, conforme ensina Paulo Bonavides (2010):

> No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter, ao nosso ver, a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é sobretudo sua normatividade. Ou, colocado em outros termos: a legalidade é a observância das leis e das regras; a legitimidade, a observância dos valores e dos princípios. Ambas se integram na juridicidade e eficácia do sistema, fazendo-o normativo; sendo, tocante a essa normatividade, os princípios, o gênero, e as leis e regras a espécie. A regra define o comportamento, a conduta, a competência. O princípio define a justiça, a legitimidade, a constitucionalidade (BONAVIDES, 2010, p. 51).

Há de se ter um cuidado redobrado ao se ventilar a retórica da prevalência de um interesse coletivo em detrimento das garantias individuais do cidadão quando eles podem coexistir, sem causar distorções processuais e procedimentais do sistema acusatório de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, vale lembrar que os direitos individuais (*não autoincriminação*) e o interesse público (segurança viária) não são antagônicos, mas complementam-se mutuamente e podem conviver pacificamente numa democracia à luz da juridicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Malheiros Editores. 8ª Edição. 2010.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Método. 2008.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro** (CTB). Lei Nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997 que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF: 1997. E suas alterações.

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

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 1969. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm . Acesso em: 29 set. 2021.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die Normative Kraft Der Verfassung). Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto N.º 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **1963 – Curso de Direito Processual Penal:** Teoria (constitucional) do Processo Penal. 3ª Edição. Revista, ampliada e atualizada. Natal: OWL, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial N.º 1.677.380**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual. Acesso em: 29 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.017-/DF.** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2593474. Acesso em: 18 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.103-/DF.** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2628419. Acesso em: 18 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Recurso Extraordinário 1.212.315 Rio Grande Do Sul**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5703717. Acesso em: 29 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Recurso Extraordinário 1.224.374 Rio Grande Do Sul**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5742361. Acesso em: 18 ago. 2022.