

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA
FACULDADE DE DIREITO

EULLER FELIPE DE SOUSA ISIDORO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO**

DOCTUM
CARATINGA
2017

EULLER FELIPE DE SOUSA ISIDORO
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165 A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: A inconstitucionalidade do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro

Orientador: Prof. Doutor Oscar Alexandre
Teixeira Moreira

DOCTUM
CARATINGA

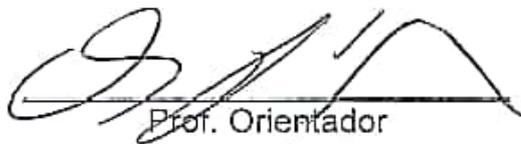
2017

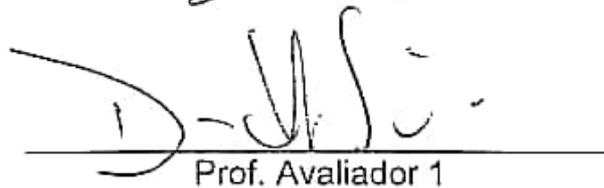
TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:
A Inconstitucionalidade do artigo 165/A do código de trânsito Brasileiro elaborado pelo aluno **Euller Felipe de Sousa Isidoro** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 11 de 12 de 20 17


Prof. Orientador


Prof. Avaliador 1


Prof. Avaliador 2

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, elaborado pelo aluno EULLER FELIPE DE SOUSA ISIDORO foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga, ___ de _____ 20__

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, introduzido pela lei 13.286/2016 determina que os condutores de veículos automotores que se recusarem a se submeter aos testes para aferição de alcoolemia, entre eles, “bafômetro”, exame clínico, exame de sangue, sofrerão penalidades de multa, suspensão do direito de dirigir por até 12 meses. Referida norma será analisada frente ao princípio/garantia da não autoincriminação, verificar-se-á se a imposição de penalidades pela não submissão aos testes violaria o mencionado princípio e conseqüentemente a Constituição Federativa do Brasil. Alguns autores entendem não ocorrer afronta ao princípio pelo fato de as penalidades terem caráter extrapenal, outros aduzem que a garantia se irradia por todos os ramos do ordenamento, não podendo haver qualquer sanção.

Palavras-chave: Artigo 165-A. Princípio da não autoincriminação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Article 165-A of the Brazilian Traffic Code, introduced by Law 13286/2016, provides that drivers of motor vehicles who refuse to undergo BAC tests, including "breathalyser", clinical examination, blood test, will suffer penalties of fine, suspension of the right to drive for up to 12 months. The said rule will be analyzed against the principle / guarantee of non-self-incrimination, it will be verified if the imposition of penalties for non-submission to the tests would violate the aforementioned principle and consequently the Brazilian Federal Constitution. Some authors understand that there is no affront to the principle because the penalties are extrapenal. Others assert that the guarantee is irradiated by all branches of the order, and there can be no sanction.

Keywords: Article 165-A. Principle of non-self-incrimination. Unconstitutionality.

DEDICATÓRIA

Felicidade pela primeira etapa "cumprida". A vitória não é minha e nem é de agora, começou há tempos, quando tal Dona Aparecida (in memoriam), apesar dos tempos difíceis, "guerreou" para criar com dignidade seus sete filhos na nossa famosa "Rua do Sal", preparando o terreno para minha geração. Continuando o caminho, veio meu pai, que com seu jeito peculiar, sempre me estendeu e estende suas mãos, faltam palavras, queria eu que ela não tivesse passado por determinadas situações, mas com toda sua força as suportou, as que sei e as que fui poupado de saber para manter meu caminho e alegria, é eterna minha gratidão. Minha digníssima esposa Nathália é quem me dá forças, suporta minhas descargas emocionais diariamente, minhas mudanças bruscas de humor, acredita em mim mais do que eu mesmo, e chegará comigo onde eu chegar. Minha querida filha Lívia é minha musa inspiradora, nada me motiva mais que a sua existência, me ensina a ser melhor todos os dias. Aos tios, Neilton Isidoro, Teca Isidoro, Fabiano Isidoro Alcinei Isidoro, Dinho Isidoro, Aldair Isidoro (in memoriam), meu obrigado a todos por serem como são, por serem verdadeiros amigos. Michelle Isidoro, obrigado por ser uma pessoa de personalidade firme e firme em seus posicionamentos, por me mostrar uma visão diferente das coisas, por ser totalmente autêntica. À todos os irmãos da vida, o meu muito obrigado, a vitória é nossa.

Quando se nasce pobre, ser estudioso é
o maior ato de rebeldia contra o sistema
Autor desconhecido.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	9
CAPÍTULO I - CONTROVÉRSIA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.....	10
1.1 Argumentos pela aplicabilidade do Artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.....	15
1.2 Argumentos pela não aplicabilidade do Artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.....	18
CAPÍTULO II A CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS.....	21
2.1 Supremacia da Constituição.....	21
2.2 Status constitucional do princípio da não autoincriminação ou “nemo tenetur se detegere”	23
2.3 Princípios constitucionais e sua força normativa.....	28
CAPÍTULO III ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.....	30
3.1 Aplicação prática do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.....	30
3.2 Prevalência do princípio da não autoincriminação e conseqüente inconstitucionalidade do artigo 165-A.....	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo trazer a lume discussão acerca da possível inconstitucionalidade do art.165-A, introduzido ao Código de Trânsito Brasileiro (CTB) via Lei nº 13.281 de 2016. Referido comando normativo traz em seu bojo a previsão de diversas e severas penalidades administrativas em face de condutores de veículos que se recusarem a ser submetidos a exame clínico; teste (“bafômetro”); perícia ou qualquer outro procedimento que permita certificar a influência do álcool ou outra substância psicoativa na forma disciplinada pelo CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito)

O comando normativo está em plena vigência e aplicabilidade, contudo, far-se-á sua análise à luz da Constituição, sobretudo sua confrontação com o princípio “nemo tenetur se detegere” (garantia da não autoincriminação), uma vez que ao cominar sanções ao jurisdicionado que não se submeter aos testes, exsurge, em tese, afronta ao direito/garantia de “não produzir prova contra si mesmo”, que se de fato for confirmado, fulminará de inconstitucionalidade o referido comando normativo. Será demonstrada, ainda, a desnecessidade do dispositivo, uma vez que a prova da embriaguez que se pretende punir pode ser aferida por outros meios.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O artigo 165-A está inserido no Código de Trânsito Brasileiro no Capítulo XV “Das Infrações”. Referido artigo traz como infração a recusa de qualquer condutor de veículo automotor que se recusar a passar pelos testes de aferição de alcoolemia, culminando diversas penalidades. Nesses termos:

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. 277:¹

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) meses².

Nesse sentido, é relevante a análise do mencionado dispositivo à luz do princípio da não autoincriminação, que se materializa pela não obrigatoriedade de qualquer cidadão realizar comportamento ativo que possa o incriminar, princípio conhecido vulgarmente como sendo “ o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Partindo da premissa de que se trata de princípio acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro com status constitucional, a violação a tal garantia violaria a Constituição, devendo a norma violadora ser tratada como inconstitucional. Por inconstitucional entende-se qualquer norma ou ato normativo que não se conforma, que não se adéqua, que viola, que vai de encontro à Constituição, lei das leis.

¹Art. 277 do Código de Trânsito traz as situações em que o condutor de veículo poderá ser submetido aos testes para aferição de embriaguez e quais são. “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”.

² BRASIL, *Código de Trânsito Brasileiro*, Lei nº 9503 de 23 de Setembro de 1997.

CAPÍTULO I - CONTROVÉRSIA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A norma objeto da pesquisa tem por objetivo sancionar os condutores de veículos que forem alvo de fiscalização e se recusarem a se submeter aos testes capazes de verificar a influência do álcool ou outra substância psicoativa no organismo, para tanto, trouxe a previsão de diversas penalidades nos seguintes termos:

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. 277:³

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) meses⁴.

É curial trazer à baila a evolução da “lei seca”⁵ no Brasil, que alterou diversos dispositivos do CTB na tentativa coibir a direção de veículos por condutores em situação de embriaguez, seja por álcool ou por outra substância de efeitos análogos. Embora não seja objeto dessa pesquisa, traz total pertinência com o artigo acima descrito, estando na referida lei, o verdadeiro fundamento para o surgimento do artigo 165-A. Ao incriminar a conduta de conduzir veículo embriagado, o legislador atuou em um primeiro momento equivocadamente ao estipular um valor de concentração de álcool por litro de sangue para a

³Art. 277 do Código de Trânsito traz as situações em que o condutor de veículo poderá ser submetido aos testes para aferição de embriaguez e quais são. “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”.

⁴BRASIL, *Código de Trânsito Brasileiro*, Lei nº 9503 de 23 de Setembro de 1997.

⁵Trata-se da Lei 11.705/08 que teve por finalidade de estabelecer a alcoolemia zero e impor penalidades mais severas aos condutores que dirigirem sob influência do álcool. Todas as sucessivas leis que a trataram da mesma matéria, modificando a norma mencionada, são vulgarmente denominadas “lei seca” ou “nova lei seca”.

caracterização do referido crime, conforme *artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro*⁶.

Percebe-se que para aferir tal valor, e conseqüentemente imputar o crime de embriaguez ao condutor, era imprescindível a submissão dos condutores aos testes de alcoolemia. A eficácia da referida norma esbarrou na garantia constitucional de não autoincriminação. Não sendo os condutores obrigados a se submeterem aos testes, a constatação do crime era praticamente impossível, contudo, no mesmo sentido do vigente artigo 165-A, o artigo 277 §3^{o7} preceituava que a recusa de submissão aos testes para aferição de embriaguez culminaria com as sanções administrativas do artigo 165 do mesmo diploma, que assim aduz:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
 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) meses⁸.

Nesses termos, é patente a tentativa de se obrigar a submissão aos testes já antes do artigo 165-A, porém, as sanções eram baseadas em presunção de embriaguez, diferente da norma objeto da pesquisa, que penaliza pura e simplesmente pela recusa aos testes.

Tentando corrigir o erro através da lei 12.760 de 20 de Setembro de 2012, a redação do artigo 306 do CTB foi alterada, não se exigindo mais, para a caracterização da embriaguez ao volante a constatação de um valor de concentração de álcool por litro de sangue no condutor, sendo suficiente para a subsunção ao tipo penal a verificação da capacidade psicomotora do condutor alterada em razão da influência do álcool, podendo tal verificação ser feita através

⁶*Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência* “.

⁷ BRASIL, *Código de Trânsito Brasileiro*, Lei nº 9503 de 23 de Setembro de 1997.

⁸ Idem.

de teste de alcoolemia e de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora, in verbis:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo⁹.

Dessa forma, restaria resolvida a questão da ineficácia da norma no que tange a não submissão dos condutores aos testes de alcoolemia, pois a embriaguez poderia ser constatada por outros meios.

É notória a necessidade de se coibir a violência crescente nas estradas e rodovias brasileiras que ceifa milhares de vidas anualmente. O Brasil, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) apresenta uma taxa de 23,4 morte por cada 100 mil habitantes, conforme estimativa divulgada no dia 19 de maio de 2016, sendo o quarto pior desempenho do continente americano, ficando atrás de Belize, República Dominicana e Venezuela.¹⁰ É justa e urgente a busca por soluções que visem combater essa crescente. Contudo, é imperioso o respeito a todas as garantias e direitos individuais deferidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo pela Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse prisma, destaca-se a garantia constitucional da não autoincriminação, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos art. 8º, 2, G¹¹ e no Pacto Internacional

⁹ BRASIL, *Código de Trânsito Brasileiro*, Lei nº 9503 de 23 de Setembro de 1997.

¹⁰CARDOSO, Cíntia. *Colaboração para A FOLHA*, em Genebra. Disponível em: <https://goo.gl/vcLChp>.

¹¹ Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) G- direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

dos Direitos Civis e Políticos art.14, 3, G¹², ambos documentos internacionais sabidamente ratificados pelo Brasil com status constitucional, e ainda a própria CR/88 em seu artigo 5º, inc. LXIII aduz que “ o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...”

Ensina Luís Flávio Gomes que o núcleo fundamental do direito a não autoincriminação é traduzido por uma inatividade que culmina natural e implicitamente em várias dimensões desta garantia, quais sejam: (1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória¹³.

Ao realizar o cotejo do artigo em comento com a garantia da não autoincriminação acima trabalhada, aflora em tese, incompatibilidade entre tais normas, uma vez que um dos desdobramentos da não autoincriminação é o direito de não participar ativamente na produção de prova incriminadora, e em sentido diametralmente oposto, o artigo 165-A visa obrigar, sob ameaça de sanção que o condutor participe na produção de provas de que conduz veículo sob influência do álcool ou outra substância psicoativa que cause dependência, podendo ele ser sancionado administrativamente ou criminalmente, dependendo do resultado efetivamente obtido com os testes. Caso seja realizado o teste de etilômetro, vulgarmente conhecido por “bafômetro”, ou exame de sangue, duas possibilidades se mostram possíveis: Sendo constatada qualquer concentração de álcool por litro

¹² Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) G- De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acesso em 26 de agosto 2017.

de ar alveolar ou constatado qualquer concentração de álcool por litro de sangue, estará o condutor incurso no artigo 165 do CTB, que assim aduz:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

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.¹⁴

Sendo constatada concentração de álcool igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar estará o condutor na prática de crime de trânsito, conforme artigo 306 do CTB abaixo reproduzido.

Art.306 CTB “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar;

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora¹⁵.

Note que a submissão do condutor aos referidos testes pode eventualmente e naturalmente gerar para ele consequências penais, daí a grande celeuma sobre a constitucionalidade da norma. Como dito alhures, é justa e urgente a necessidade de frear a violência no trânsito, porém, não se pode perseguir tal objetivo com ofensa à Constituição, ao arrepio das garantias constitucionais duramente conquistadas ao longo do tempo. Embora pareça nítida a ofensa constitucional, não há consenso na doutrina a respeito da (in) constitucionalidade, coexistindo duntas opiniões em sentidos opostos, o que justifica o presente trabalho.

¹⁴ BRASIL, *Código de Trânsito Brasileiro*, Lei nº 9503 de 23 de Setembro de 1997.

¹⁵ Idem

1.1 Argumentos pela aplicabilidade do artigo 165-A do CTB

Doutrina que advoga pela constitucionalidade e aplicação do artigo em comento preceitua que em verdade, não há obrigação em se submeter aos testes, o que ocorre é que o condutor deve suportar as penalidades pela não submissão, e que estas, por terem caráter extrapenal, não afrontariam o princípio da não autoincriminação. Afirmam que assim como no âmbito cível é plenamente possível extrair consequências prejudiciais àquele que se silencia, como por exemplo, a presunção de veracidade dos fatos alegados não contestados, em âmbito administrativo se aplicaria o mesmo raciocínio, pois nessas searas não haveria presunção de inocência, podendo o silêncio de qualquer das partes ser interpretado em seu desfavor. Importante frisar, que antes do advento da lei 13281/2016 que inseriu o artigo 165-A ao CTB, já previa o mesmo diploma em seu artigo 277 §3º norma semelhante, ou seja, prevendo sanção administrativa para os que não participassem dos testes, a grande diferença é que na vigência da redação antiga do artigo 277 §3º, o condutor sofreria as penalidades do artigo 165¹⁶, seria sancionado como se tivesse dirigindo sob influência do álcool, neste caso, a recusa do condutor geraria presunção em desfavor deste, que seria tratado como se embriagado estivesse. Professor Renato Brasileiro entendia ser este preceito sancionador totalmente constitucional, uma vez que na seara administrativa é natural a inversão do ônus da prova, podendo a recusa do condutor ser interpretada em seu prejuízo, assim leciona o autor:

O fato de o art. 277, § 3º, do CTB, prever a aplicação de penalidades e medidas administrativas ao condutor que não se sujeitar a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* do referido artigo é perfeitamente constitucional. Ao contrário do que ocorre no âmbito criminal, em que, por força do princípio da presunção de inocência, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude de recusa do acusado em 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 das medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB¹⁷.

¹⁶ O artigo 165 trata da infração administrativa de embriaguez, assim, conforme a antiga redação do art.277 §3º, o condutor que se recusasse a participar dos testes, incorreria nas penalidades do 165, ou seja, seria penalizado como se embriagado estivesse.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4 ed. Salvador: Juspodvm,2016.

É de se notar que a solução aventada pelo eminente jurista a justificar a constitucionalidade das penalidades administrativas é a inversão do ônus da prova admitida nesta seara. Porém, no caso do artigo 165-A, não há que se falar em ônus probatório, pois não há estado, situação, ou fato que se pretenda provar, as penalidades são pura e simplesmente pela recusa aos testes. Assim, as lições do referido autor, embora questionáveis até mesmo em relação ao artigo 277, pois diante de uma interpretação constitucional poderia a inversão do ônus “probandi” levar à necessidade de uma prova diabólica ao cidadão, sobretudo quando for necessário provar fato negativo, não tem relação direta com o 165-A, pois tratam de situações patentemente distintas.

Há quem ainda invoque razões políticas, em face do crescente número de acidentes envolvendo condutores embriagados, creem ser justificável sacrificar alguns valores em nome da sociedade. Argumentam que o direito à vida e à segurança são de estatura constitucional, que ainda que se entenda estar havendo afronta ao princípio da não autoincriminação, a solução seria a operação de ponderação entre os princípios colidentes, de um lado o direito do condutor à sua intimidade e inviolabilidade pessoal, e de outro o direito à vida e à integridade física dos demais condutores e transeuntes, prevalecendo estes últimos, uma vez que sem estes, é inviável o exercício de qualquer outro direito fundamental. Que nenhum direito é absoluto, e assim, a garantia da não autoincriminação poderia sofrer mitigações a depender do caso concreto.

Nessa linha, aduz o eminente jurista Eugenio Pacceli, in verbis:

Para que as intervenções corporais sejam legítimas, é preciso haver previsão legal e uma infração penal para cuja comprovação seja imprescindível exame pericial técnico, sendo também necessário controle judicial, apenas excepcionável em situações de urgência inadiável. Segundo o doutrinador, a ingerência corporal necessária à comprovação de concentração de álcool no organismo possuiria previsão legal expressa (art. 277 do CTB), de modo que preencheria, em tese, as exigências exigidas para a aplicação de modalidades probatórias análogas¹⁸.

Segundo o referido autor, impera entre nós uma incompreensão quanto ao alcance da garantia da não autoincriminação, o núcleo da garantia seria a proteção a integridade física e mental do acusado, bem como a sua capacidade de autodeterminação, daí por que são inadmissíveis exames como o do soro da

¹⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como reprodução simulada ou reconstituição dos fatos. Assim, não vemos também como acatar a proibição ou garantia de não se exigir o teste do “bafômetro”, não enxergamos como o bafômetro pode afetar quaisquer dos valores protegidos pelo princípio da não autoincriminação ou do direito ao silêncio.

Desse modo, o teste de alcoolemia seria plenamente exigível do condutor, uma vez que não fere qualquer dos núcleos abarcados pelo princípio “nemo tenetur se detegere”.

Em apertada síntese, os argumentos pela aplicação da norma em comento, seriam: 1) As sanções trazidas tem caráter extrapenal, logo, não ferem o a garantia da não autoincriminação; 2) nenhuma garantia é absoluta, assim, em uma operação de ponderação, a garantia à segurança e à incolumidade da coletividade deve prevalecer; 3) A submissão ao “bafômetro” não atinge o núcleo da garantia contra autoincriminação, este argumento defendido sobretudo por Eugenio Pacceli.

1.2 Argumentos pela não aplicabilidade do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro

Grande parte da doutrina trabalha pela impossibilidade de qualquer sanção para quem se recusar a ser submetido a qualquer teste que possa culminar com incriminação, pelo simples fato de que “ninguém é obrigado a realizar comportamento ativo auto incriminador” (nemo tenetur se detegere). Partindo da premissa de que se trata de uma garantia erigida a nível constitucional, qualquer norma que for de encontro a esta, padecerá da pecha da inconstitucionalidade. Sobre o significado do princípio “nemo tenetur se detegere”, leciona Luís Flavio Gomes que:

Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou **indiretamente**. Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artificialismos¹⁹.

Importante notar, que um dos testes para aferição da embriaguez é o exame clínico, neste ponto LFG esclarece que a garantia a não autoincriminação como dito alhures confere ao jurisdicionado o direito de manter um comportamento inerte, não podendo nenhuma autoridade estatal, nem particular lhe impor um comportamento ativo, um “facere”, contudo, não impede que este participe na produção de provas passivamente, ou seja, um “tolere”. Nesse diapasão, o exame clínico previsto como um dos testes para aferição de embriaguez seria perfeitamente viável, uma vez que se trata de um “tolere” e não um “facere”.

Nesse sentido, ao prever penalidades aos condutores que não participem ativamente dos testes, o artigo 165 A incontestavelmente visa coagir o cidadão a produzir prova contra si, e não há que se argumentar que o Direito é naturalmente uma ordem coativa, pois disso não se duvida, contudo, as coações permitidas são aquelas consonantes com a ordem constitucional. Assevera o mesmo autor acerca do alcance do referido princípio:

As dimensões do direito de não autoincriminação valem (são vigentes, incidem) tanto para a fase investigatória (qualquer que seja ela: inquérito policial, CPI etc.) como para a fase processual (propriamente dita). Vale também perante qualquer outro juízo (trabalhista, civil, administrativo etc.), desde que da fala ou do comportamento ativo do sujeito possa resultar uma persecução penal contra ele. Em síntese, o direito de não autoincriminação não projeta seus efeitos apenas para o âmbito do processo penal ou da investigação criminal ou civil. Perante qualquer autoridade ou funcionário, de qualquer um dos poderes, que formule qualquer tipo de imputação penal (ou se suspeita) ao sujeito, vigora o princípio (a garantia) da não autoincriminação (que consiste no direito de não falar ou de não se incriminar, sem que disso possa resultar qualquer prejuízo ou presunção contra ele). Se a garantia citada não tivesse essa extensão sua importância seria quase nenhuma. É irracional imaginar que alguém possa invocar a garantia perante o juízo penal, sendo obrigado a se incriminar perante um

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010. Acesso em 26 de agosto de 2017.

juízo trabalhista, civil, administrativo etc. A prova decorrente dessa autoincriminação lhe compromete seriamente²⁰.

Ainda sobre a dimensão e importância do princípio no ordenamento jurídico, vale a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho, nestes termos:

O direito à não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional²¹.

Do exposto, é forçoso reconhecer que obrigar o condutor a participar ativamente de quaisquer dos testes que o incrimine fere o princípio “nemo tenetur se detegere” e não prospera o argumento de que as sanções impostas aos que se recusarem participar dos testes são admissíveis por terem natureza extrapenal, os princípios constitucionais se irradiam por todo o ordenamento jurídico, seja em âmbito cível, penal, administrativo, etc. É perverso pensar que normas de caráter administrativo possam esvaziar, tornar inócua garantias outorgadas constitucionalmente, se assim fosse permitido, todas garantias poderiam ser inviabilizadas por comandos normativos administrativos sancionadores, o que seria totalmente esdrúxulo, uma autêntica subversão da ordem jurídica. No mais, é nítido que o Estado é a parte mais forte na persecução penal, munido de todo seu aparato para exercer seu direito de punir não pode depender do cidadão para ter sucesso em sua empreitada, nas palavras de Guilherme Souza Nucci:

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão da falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal.²²

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não autoincriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010.

²¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 3^o. Ed. 2007.

O mesmo autor ainda é mais incisivo ao discorrer sobre a obrigatoriedade do bafômetro:

Quer-se obrigar, na realidade, o motorista a oferecer prova irrefutável da ingestão de álcool, sob pena de ser sancionado. É previsão nitidamente inconstitucional. O condutor que se recusa a fornecer sangue para exame pericial ou que não queira soprar o bafômetro não pode sofrer **sanção alguma** (grifo nosso)²³.

É indubitosa a intenção do legislador em buscar a qualquer custo a colaboração do jurisdicionado na produção da prova, além de ser totalmente desnecessário, em virtude da possibilidade de se provar a embriaguez por outros meios, nitidamente fere o princípio “nemo tenetur se detegere” e conseqüentemente a Constituição da República de 1988, não podendo, portanto, o referido preceito ter aplicabilidade.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPÍTULO II – A CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS

2.1 Supremacia da Constituição

Ao discorrer sobre supremacia da constituição impossível não referenciar minimamente o jurista austríaco Hans Kelsen e sua teoria da hierarquia das normas jurídicas, que culminou com a “Pirâmide Kelseniana”. Em modesta definição, a referida teoria traz a ideia de que todo ordenamento jurídico é organizado de maneira escalonada, com normas inferiores e normas superiores, sendo que as inferiores extraem seu fundamento de validade da norma imediatamente superior, e assim sucessivamente, sendo fulminada de invalidade qualquer norma que vá de encontro à norma superior.²⁴ Aduz ainda, que no cume da pirâmide está a Constituição de um país e com ela todas as demais normas devem se compatibilizar, sob pena de invalidade. Na constituição é onde se abrigam as normas fundamentais de um Estado, num Estado democrático é fruto do poder constituinte, poder pertencente ao povo, por via do qual se exterioriza a maior expressão da soberania popular. A ideia, a afirmação de supremacia das constituições pode ser extraída do seu próprio conceito: “Fonte normativa suprema que abriga as normas jurídicas de supremacia, que organiza, estrutura constrói o sistema jurídico de um Estado de Direito”. Embora existam variações conceituais, o núcleo essencial é sempre o mesmo, qual seja, superioridade da norma fundamental. Leciona Luís Roberto Barroso que:

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição²⁵.

De maneira igualmente incisiva, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet:

O princípio da supremacia da constituição se traduz no fato de que as normas constitucionais, dada a sua origem e em virtude da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1987.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico. Em outros termos, o princípio da supremacia da constituição significa que a constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os demais atos normativos, assim como os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (mas também e de certo modo todo e qualquer ato jurídico), devem ter como critério de medida a constituição e os direitos fundamentais²⁶.

É de fácil constatação que não há qualquer divergência quanto à hierarquia superior da Constituição da República Federativa do Brasil, e como norma fundamental que é, nenhuma outra poderá contrariá-la, de nenhum ramo, civil, administrativo, penal ou qualquer que seja, sob pena de nulidade absoluta. As normas constitucionais se irradiam por todo o ordenamento, e não só, limita e vincula todo e qualquer exercício dos poderes constituídos, servem de vetores hermenêuticos para todas as normas infraconstitucionais. Decorre da supremacia constitucional a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e das próprias emendas constitucionais, escapando ao referido controle, somente normas originariamente constitucionais, pois estas gozam de presunção absoluta de constitucionalidade, uma vez que são expressão do poder constituinte originário, expressão máxima do poder soberano do povo. Segundo Luís Roberto Barroso “em todo ato de concretização de direito infraconstitucional, há uma operação mental de controle de constitucionalidade, cabendo ao intérprete antes de fazê-lo incidir, verificar sua conformidade com a Constituição, e em caso negativo, deverá prevalecer logicamente a norma fundamental.²⁷ Confirmada a posição se superioridade da Constituição Republicana, passa-se a seguir à análise do status com o qual ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio/garantia da não autoincriminação.

²⁶ *Curso de direito constitucional* / Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais – São Paulo : Saraiva, 2015.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

2.2 Status constitucional do princípio da não autoincriminação ou “*nemo tenetur se detegere*”

Literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir.

O princípio é expresso também por outras máximas latinas: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*. No direito anglo-americano recente, o princípio é expresso pelo *privilege against self-incrimination*²⁸.

Conforme já dito alhures, o princípio “*nemo tenetur se detegere*” ou princípio/garantia da não autoincriminação, sobretudo por tratar-se de direito fundamental, foi expressamente previsto em documentos internacionais sobre direitos humanos. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, referiu-se expressamente ao princípio em questão, dispondo, em seu art. 14, n. 3, alínea *g*, que toda pessoa acusada de um crime tem direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar--se culpada”²⁹. Também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi reconhecido o princípio *nemo tenetur se detegere* entre as garantias mínimas a serem observadas em relação às pessoas acusadas de um delito. No art. 8, parágrafo 2a, alínea *g*, estabelece-se o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.³⁰ Interessante lembrar que o Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos somente no ano de 1992. O cumprimento de seus dispositivos foi determinado, respectivamente, pelos Decretos n. 592, de 6 de julho, e n. 678, de 6 de novembro, ambos daquele ano. No tocante a abrangência, incidência e interpretação do respectivo princípio/garantia desnecessária nova abordagem, uma vez que já delimitada no subtítulo 1.3 conforme ensinamentos de Luis Flávio Gomes. Pretende-se neste ponto analisar

²⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

²⁹ BRASIL, *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, Decreto n° 592 de Julho de 1992. Disponível em: <https://goo.gl/37QcN2>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

³⁰ Brasil, *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://goo.gl/frx2MQ> Acesso em: 13 de nov.2017.

com que status os documentos internacionais mencionados, de onde se extrai patentemente a garantia da não autoincriminação foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro e conseqüentemente qual posição ocupam na pirâmide hierárquica.

Em alguns ordenamentos jurídicos a própria Constituição prevê expressamente quais tratado internacionais possuem hierarquia constitucional, é o caso da Constituição argentina na qual, além do princípio geral, estampado na Constituição, de que os tratados têm hierarquia superior à das leis, o seu art. 22 enumera quais os diplomas internacionais que têm hierarquia de normas constitucionais, todos eles relativos a direitos humanos. No Brasil a incorporação dos tratados internacionais se dá pela soma de vontades entre o chefe do poder Executivo e o Congresso Nacional, aquele manifesta a vontade de aderência ao tratado e esta casa legislativa deverá aprová-lo mediante decreto e somente após é que o tratado ingressa no ordem jurídica interna. A matéria é tratada nos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CRFB/88 que assim preceituam respectivamente:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais³¹.

Descabe aqui trazer à tona estudo intenso sobre a teoria monista ou dualista do direito internacional, bem como sobre o ingresso de todo e qualquer tipo de tratado internacional na ordem jurídica interna brasileira, pois o tema comporta verdadeira monografia à parte. Far-se-á somente uma sucinta exposição dos posicionamentos acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos, pois desta natureza se trata o princípio objeto central da pesquisa.

Conforme se depreende da simples leitura do art. 5º § 3º que veio para tentar superar a divergência sobre a hierarquia dos tratados, verifica-se que atualmente para que um tratado sobre direitos humanos alcance status de norma

³¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://goo.gl/FmrT8e>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

constitucional deve ele ser aprovado pelo Congresso Nacional em dois turnos de votação com quórum qualificado. A celeuma gira em torno dos tratados ratificados anteriormente à vigência do referido dispositivo, uma vez que este foi introduzido na Constituição brasileira somente no ano de 2004 via EC.45. Embora existam vários outros entendimentos a respeito, será esposado o posicionamento de destaque de duas correntes.

1) Supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente à emenda 45 de 2004.

Referida corrente foi predominante no Supremo Tribunal Federal, defendida principalmente pelo ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-SP que em seu voto reconhece a natureza supralegal dos tratados sobre direitos humanos, ou seja, estão acima das lei e abaixo da constituição, e toda norma infraconstitucional com eles conflitantes sofreriam um efeito paralisante, ou seja, não teriam aplicabilidade³².

2) Status constitucional dos tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional 45.

Para esta corrente os tratados sobre direitos humanos anteriores á referida emenda possuem status de norma constitucional, sustentam sua tese no próprio art. 5º § 2º, que preceitua expressamente que os direitos e garantias previstos na constituição não excluem outros decorrentes dos tratados pelo Brasil ratificados. Sendo assim, calcados em uma interpretação sistemática e teleológica constitucional que inconfundivelmente conferem intenso valor aos direitos e garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a máxima efetividade das normas constitucionais garantidoras não como negar status constitucional a esses tratados. Nessa senda, leciona Sylvia Helena de Figueiredo Steiner que as normas de direitos humanos se incorporam ao rol de direitos fundamentais previstos na constituição, logo, também são normas constitucionais. Na mesma toada Antônio Magalhães Gomes Filho em sua obra *O direito à prova no processo penal*, manifestava sua posição de que os tratados internacionais de direitos humanos,

³² RE 466.343- SP. Voto Gilmar Mendes. Disponível em: <https://goo.gl/NP9nGm>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

ratificados pelo Brasil, tinham hierarquia constitucional, complementando o sistema de direitos fundamentais da Constituição Federal, com apoio no art. 5º, § 2º, do texto constitucional. Entende-se assistir razão à segunda corrente, uma vez que a exigência posterior de quórum qualificado não pode retroagir para afetar situação já consolidada, é inconcebível. Flávia Piovesan citada por Maria Elizabeth Queijo defende que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45 têm hierarquia constitucional, fundada no art. 5, § 2 do texto constitucional, porque são materialmente constitucionais. Assim sendo, a disposição contida no § 3 do art. 5 da Constituição apenas se prestaria a erigir os tratados internacionais de direitos humanos em normas formalmente constitucionais, com *status* de emenda constitucional. Interpretação diversa conduziria à consequência de ter-se duas categorias distintas de normas de direitos humanos advindas de tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro: as anteriores à Emenda Constitucional n. 45, de 2004, com hierarquia de lei federal, e aquelas posteriores, com hierarquia constitucional, se aprovados os tratados na forma estabelecida no aludido dispositivo. Tal interpretação, no entanto, colide com o sistema de direitos fundamentais estruturado na Constituição Federal, alicerçado no valor da dignidade humana³³. Ainda corroborando com o entendimento pelo status constitucional dos tratados sobre direitos humanos anteriores à emenda 45, é imperioso colacionar excerto do voto do decano do Supremo Tribunal Federal, eminente Celso De Mello no RE466343-1 SP onde foi intensamente debatida a questão hierárquica dos tratados, embora sua tese tenha sucumbido.

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais: (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5a da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental

³³ Flávia Piovesan apud QUEIJO, Maria Elizabeth. *Direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é "*a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados*") Essa mesma percepção do tema em causa, que extrai a qualificação constitucional dos tratados internacionais de direitos RE 466.343 / SP humanos dos textos normativos inscritos nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, é também revelada por FRANCISCO REZEK ("*Direito Internacional Público - Curso Elementar*", p. 101/103, item n. 50, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva)³⁴.

Importante salientar que a tese constitucionalista foi a adotada para realização deste trabalho. Não obstante, ainda que fosse adotada a tese de supralegalidade em detrimento da constitucionalista, a norma insculpida no art.165-A do Código de Trânsito Brasileiro que se pretende impugnar não se aplicaria, em virtude do efeito paralisante que os tratados fariam incidir sobre ela, é o que se depreende da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE-466343-SP, sobretudo no voto do ministro Gilmar Mendes. Resolvida a análise hierárquica dos tratados sobre direitos humanos, e certos de que a garantia da não autoincriminação está veiculada em tratados ratificados antes da E.C 45,³⁵ a referida garantia assume as vestes de garantia constitucional com todas as suas implicações, sendo inconstitucionais as normas e atos normativos que a afrontarem. É cediço, que por longo tempo discutiu-se a questão da normatividade dos princípios, sendo ora reconhecidos como normas verdadeiramente mandamentais, ora como meros valores morais. Assim, interessante trabalhar a seguir, a evolução do tratamento dado aos princípios, considerados estes, em sua acepção jurídica.

³⁴ RE 466.343-SP, Voto Ministro Celso de Melo. Disponível em: <https://goo.gl/EopdeT>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

³⁵ Referida emenda, no que se refere aos tratados sobre direitos humanos, passou a prescrever que estes seriam equiparados às emendas constitucionais quando aprovados por 3/5 dos membros de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação.

2.3 Princípios Constitucionais e sua Força Normativa

O termo princípio comporta diversas acepções, em seu sentido mais vulgar, diz-se princípio daquilo que é começo, início de algo. Aqui, trataremos o termo em sua acepção jurídica, na exata, sintética e impecável definição de José Afonso da Silva que assim define: “Princípio é mandamento nuclear de um sistema”.³⁶

Da própria definição de princípio, no sentido que aqui nos importa, verifica-se sua importância e força normativa. Contudo, nem sempre foi assim. Grande foi o percurso, desde a velha hermenêutica até os dias atuais para que os princípios alcançassem o patamar e importância que hoje lhes são deferidos. Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade ou força normativa dos princípios passa por três fases distintas. Em um primeiro momento, onde imperavam as concepções jusnaturalistas, de valores morais universais e imutáveis, os princípios eram totalmente carentes de força normativa vinculante, habitavam numa esfera abstrata, de normatividade basicamente nula, eram basicamente tratados com valores jurídicos do “bem obrar”, baseados no Direito Natural, oriundos da lei divina.

Com a decadência do jusnaturalismo, e conseqüentemente uma grande ascensão do positivismo jurídico, os princípios são alçados ao status de verdadeiras normas jurídicas, com todas as conseqüências decorrentes desse entendimento. Mas ainda são tratados como fontes normativas subsidiárias, segundo Gordillo Cañas, citado por Bonavides “os princípios entram nos códigos unicamente como válvulas de segurança e não como algo que sobrepujasse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”.³⁷ É de se notar que embora reconheça a normatividade dos princípios, o referido autor assenta os princípios em posição inferior às leis, como se delas eles fossem derivados, o que contrasta radicalmente com a própria definição de princípio na atualidade. Ainda nessa toada,

³⁶ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros 2013.

³⁷ Gordillo Cañas, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Malheiros 2013.

corroborando o entendimento dos princípios como verdadeiras normas, desprezando-se por ora a questão de superioridade ou não em relação às leis, sustentava o jurista italiano Vezio Crisafulli: “se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não deva ser normas também eles, se abstraio de espécies animais sempre tenho animais , e não flores ou estrelas (...)”³⁸. A afirmação de Crisafulli é no mesmo sentido da de Gordillo, ambos aduzem ser os princípios dotados de normatividade, contudo, não ocupam papel de destaque, são tratados como meras pautas programáticas, derivadas das próprias leis. Avançando, chega-se à fase denominada pós-positivista, momento em que os princípios encontram sua maior valorização, são erigidos ao mais alto patamar. As novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. Diz-se que os princípios são o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina, ou seja, todo o ordenamento deve caminhar de acordo com os princípios a ele inerentes. Em suma, os princípios adquirem valor inestimável, havendo uma reaproximação do Direito com proposições valorativas, não se limitando a proposições estritamente positivistas.

Embora o caminho aqui percorrido para se demonstrar a normatividade dos princípios tenha sido de forma genérica e não de princípios de uma determinada área, o núcleo do raciocínio é o mesmo, sua normatividade e sobreposição deste ao todo que a ele é ulterior. Vale lembrar que aqui, o que se pretende tratar é de princípios constitucionais, ou seja, princípios da mais alta categoria, sendo desnecessário percorrer novamente ao estudo da supremacia constitucional. Desse modo, pode-se afirmar que os princípios constitucionais incidem sobre todo o ordenamento jurídico, deles se devem extrair todo o fundamento de validade das outras normas, não podendo jamais ir de encontro a estes, sob pena de nulidade absoluta.³⁹ Assim, impossível negar normatividade aos princípios, sendo estes, normas mandamentais de observância obrigatória, não sendo concebível interpretá-

³⁸ CRISAFULLI, Vézio apud Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Malheiros 2013.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Malheiros 2013.

los como meros valores morais facultativos. Sua não observância equivale a infringência de uma norma, sendo constitucional, uma violação constitucional.

CAPÍTULO III - ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ART.165-A PERANTE CRFB/88

3.1 Aplicação prática do art.165-A

Diante de todo o discorrido, passa-se à análise específica da norma extraída do enunciado do artigo 165-A do Código de Trânsito frente a Constituição, com fim de avaliar sua conformidade com esta. Para que se proceda à análise do dispositivo, mais uma vez se faz necessário sua transcrição:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:
 Infração – gravíssima
 Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;
 Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.
 Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no **caput** em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses⁴⁰.

O artigo 277⁴¹ do mesmo diploma traz as situações em que o condutor de veículo automotivo poderá ser submetido aos testes para aferição de influência do álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, na forma estabelecida pelo Contran. Percebe-se que um dos critérios para a possibilidade de submissão aos testes é o envolvimento em acidentes, o que de fato é de todo razoável a submissão, embora não deva ser obrigatória. Outro critério, é ser o condutor alvo de fiscalização de trânsito, simplesmente isso. Sabemos que para tanto, ao contrário das buscas pessoais, as quais se submetem aos ditames do art.244 do Código de Processo Penal, ou seja, exigem fundada suspeita⁴², a fiscalização de trânsito não impõe um critério objetivo. Na prática o que vem

⁴⁰ BRASIL, *Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9503 de 23 de Setembro de 1997*.

⁴¹ 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

⁴² Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Disponível em: <https://goo.gl/aMGQpw>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

ocorrendo e sempre ocorreu são fiscalizações aleatórias, visando a constatação das mais variadas infrações de trânsito, fato que por si só não merece qualquer repreensão, pois natural, decorrente do poder de polícia que o Estado detém, podendo restringir o exercício de liberdades individuais em prol do todo coletivo, sem, contudo, lesar garantias individuais.

Nesse diapasão, o código de trânsito, no art.277 permite aos agentes fiscalizadores, sem qualquer critério objetivo buscar a submissão dos condutores aos testes de alcoolemia e outros, sem que para isso os agentes tenham que fundamentar qualquer suspeita de embriaguez ou de que os condutores estejam influenciados por outra substancia que cause dependência. Tal permissivo, apesar de preparar o campo para o arbítrio dos agentes, seria até tolerável. Porém, não satisfeito, o legislador pretendeu obrigar os condutores à submissão aos testes, estipulando as sanções do art.165-A do mesmo diploma, criando uma situação extremamente propícia ao abuso do poder. Como não há critério para submissão aos testes, qualquer um que dirija poderá ser submetido, mesmo que não apresente qualquer sinal de ter feito uso de bebida alcóolica, e não se submetendo incorrerá nas sanções extremamente rigorosas do artigo acima referido.

As fiscalizações de trânsito buscando a constatação de condutores embriagados têm sido utilizadas como medida de prevenção geral, com intensificação de blitzes realizadas próximas às saídas de casas noturnas, logicamente, pelo fato de nessas casas ser intenso o consumo de bebidas alcólicas. Com isso, de maneira aleatória qualquer um condutor que ali passe, independentemente de apresentar qualquer sinal de embriaguez ou direção anormal poderá e “deverá” se submeter aos testes caso não queira ser duramente penalizado. Nesses moldes, o art.165-A torna-se uma fonte de ouro na busca de arrecadação, pois natural a rebeldia do cidadão contra um preceito totalmente arbitrário, sem falar nos possíveis desvios de finalidade que podem e fatalmente ocorrem quando se outorga tamanho poder aos agentes. Logicamente as normas são feitas para cumprir suas finalidades, os desvios são frutos do agir do homem, contudo, num Estado que se pretende democrático o legislador dever ser diligente o bastante para não criar terreno tão fértil aos desvios como ocorre in casu.

Superada a análise sobre a supremacia da Constituição, sobre a força normativa de seus preceitos, e, sobretudo sobre o status com que ingressou na ordem jurídica brasileira a garantia da não autoincriminação (status de garantia constitucional), buscar-se-á demonstrar aqui, a incompatibilidade do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro com a garantia da não autoincriminação ou princípio do *nemo tenetur se detegere*.

3.2 Prevalência do princípio da não autoincriminação e consequente inconstitucionalidade do Art. 165-A

É cediço que o ordenamento jurídico é uno, devendo ser interpretado como um todo harmônico, buscando-se superar as eventuais antinomias que possam surgir conforme os critérios que o próprio ordenamento oferece. Toda norma infraconstitucional deve se compatibilizar com a constituição, e ser interpretada à luz dos princípios nela insculpidos, pois estes irradiam-se por todo ordenamento.

O art.165-A ao prever sanções para aqueles que se recusam a participar dos testes de aferição de alcoolemia, colide frontalmente com a Constituição, pois viola de forma patente a garantia de não autoincriminação, um verdadeiro direito deferido aos cidadãos constitucionalmente. É contraditório, e sobretudo contraproducente sancionar alguém por exercer um direito. Não se pode em um mesmo ordenamento jurídico a coexistência de uma norma autorizadora e outra proibitiva para a mesma situação, nisso reside a essência da tipicidade conglobante de Eugênio Zafaroni. Havendo essa colisão, uma norma deve sucumbir, e neste caso, sucumbi aquela de hierarquia inferior. Solução diversa se apresenta quando da colisão de princípios, onde a solução é pela ponderação. A negativa dos condutores em fazer os testes é totalmente legítima, sem que isso possa implicar em qualquer tipo de sanção.

Não prospera de maneira alguma o argumento daqueles que defendem a constitucionalidade da norma em comento, fundados na premissa de que não existem princípios absolutos, que está em jogo neste caso, o direito à vida e a

segurança da coletividade, e que estes deveriam prevalecer em face da garantia individual de não produzir prova contra si mesmo. Assiste parcialmente razão a estes, realmente não há que se falar em garantias e direitos absolutos, podendo estes ser restringidos quando da colidência com outros valores agasalhados constitucionalmente. A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho salientam que:

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias⁴³.

Contudo, para que haja tal restrição, esta deve ser balizada pelo princípio, também, constitucional da proporcionalidade. Neste ponto é que o argumento de que deve o princípio da não autoincriminação ser afastado/restringido em favor da segurança pública e da vida não resiste, pois tal restrição não se adequa aos subprincípios imanentes à proporcionalidade. Extremamente elucidativa a lição de Maria Elizabeth Queijo:

De qualquer modo, é importante realçar que qualquer restrição a direito fundamental deverá, expressa ou implicitamente, estar fundada na Constituição. O princípio da proporcionalidade desempenha importante papel nas restrições operadas em relação aos direitos fundamentais. Não é sem razão que, anteriormente, se assinalou que o princípio da proporcionalidade vem assegurando a efetividade do princípio de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais no ordenamento alemão. Por isso, a doutrina se refere ao princípio da proporcionalidade como limite dos limites. É o princípio da proporcionalidade que, por meio dos requisitos ou subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, permite aferir a constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de análise de ordem formal da compatibilidade da lei com a Constituição. A verificação proposta pelo princípio da proporcionalidade diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais, que não poderá ser esvaziado ou sacrificado arbitrariamente. Desse modo, é possível declarar-se a inconstitucionalidade de uma lei restritiva de direitos fundamentais se ficar demonstrada sua inadequação, desnecessidade ou desproporção entre o objetivo perseguido e o sacrifício imposto ao direito restringido⁴⁴.

⁴³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

⁴⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro⁴⁵ traz a possibilidade de aferição da embriaguez dos condutores por outros meios que não os testes de alcoolemia, assim, é flagrante a desnecessidade (grifo nosso) de restrição ao princípio da não autoincriminação sob a justificativa de proteção à vida e à segurança da coletividade. A referida norma, nos moldes em que está vigente, parece não buscar outro objetivo que não o arrecadatório, sobrecarregando o já sofrido cidadão.

Ainda advogando pela constitucionalidade da norma em comento, encontram-se aqueles que fundamentam o entendimento não em ponderação de princípios, mas na natureza extrapenal da sanção imposta, que por isso não haveria qualquer ofensa ao princípio da não autoincriminação. Que de fato a norma do art.165-A não obriga os condutores a realizarem os testes, o que ocorre é que devem suportar as consequências da não realização, que em âmbito extrapenal é legítimo a recusa aos testes ser interpretada em desfavor do condutor assim como ocorre com a revelia no processo civil, ou seja, da não contestação extrai-se presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte adversa. Esquecem, porém, que o condutor para evitar as consequências extrapenais terá que eventualmente produzir provas que geram consequências penais, não é possível divorciar, a prova eventualmente produzida será aproveitada em âmbito penal.

Vale ressaltar que não é verdadeira a afirmação de que o condutor em verdade não é obrigado a participar dos testes, a coação é deveras pesada, ameaçar o cidadão com multa⁴⁶, suspensão do direito de dirigir por até 12 meses é indubitavelmente um meio indireto de obrigá-lo a fazer os testes, é buscar a todo custo a produção de provas, é um meio de coação nitidamente inconstitucional e arbitrário, extrapolando a coerção necessária para a busca da finalidade pública inerente aos poderes administrativos, afrontando sim, o princípio da não autoincriminação. Ensina Sylvia Helena Figueiredo Steiner que “os preceitos garantistas constitucional e convencional conduzem à certeza de que ninguém

⁴⁵ BRASIL, *Código de Trânsito Brasileiro*, Lei nº 9503 de 23 de Setembro de 1997.

⁴⁶ O Valor da multa para quem se recusar a passar pelos testes é de R\$ 2.934,70. Seu preceito sancionador traz uma multiplicação por 10 no valor da infração. Esta, por sua vez trata-se de infração gravíssima punida com multa de R\$ 293,47 conforme artigo 258 do Código de Trânsito.

pode ser, de qualquer forma (grifo), compelido a declarar contra si mesmo ou a colaborar para a colheita de provas que possam incrimina-lo”⁴⁷.

É de clareza solar que o cidadão não pode sofrer qualquer sanção por exercer um direito, nem penal e nem extrapenal, sobretudo quando o direito exercido é de índole constitucional. Corroborando com a tese aqui aventada veja-se a constatação eloquente de Fernando da Costa Tourinho Filho ao lecionar sobre o art. 277 § 3º do Código de Trânsito Brasileiro⁴⁸, hoje revogado, que trazia preceito idêntico ao art.165A do mesmo diploma:

Se ninguém pode ser compelido a fazer prova contra si mesmo, a toda evidência a inconstitucionalidade do § 3º do art. 277 do CTB atinge as raias da palpabilidade, e é profundamente lamentável que disposição desse naipe tenha passado pela Comissão de Constituição e Justiça do Congresso⁴⁹.

Extremamente feliz a constatação do mencionado autor, assim como o art.277 § 3º é nitidamente inconstitucional, o mesmo se revela em face do art.165-A, pois a norma que se extrai de seu enunciado é idêntica. Por todo o exposto, torna-se extremamente dificultoso, para não dizer impossível sustentar a constitucionalidade da norma objeto desse trabalho, pois a afronta ao princípio da não autoincriminação é patente e diante desse embate, por tudo que aqui foi trabalhado, deve prevalecer, indubitavelmente o princípio constitucional, sob pena de subversão da hierarquia do sistema e esvaziamento de garantia tão importante. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Melo: “violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, pois quando se viola um princípio, viola-se o ordenamento como um todo”.⁵⁰ É o que de fato ocorre quando da aplicação do artigo 165-A.

⁴⁷ STEINER, Sylvia Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

⁴⁸ O artigo 277 § 3º traz norma idêntica ao art. 165-A, ou seja, impõe diversas penalidades aos condutores de veículos que não se submeterem aos testes de aferição de alcoolemia.

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁰ MELO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 22 ed. Malheiros,2000.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com todo o discorrido ao longo do trabalho, verifica-se incontestemente o acolhimento do princípio “*nemo tenetur se detegere*” em nosso ordenamento jurídico, ainda que se adote a teoria da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, o resultado prático seria pela inaplicabilidade do artigo 165-A, uma vez que normas com status supralegal, impõe efeito paralisante a todas as que com elas sejam incompatíveis e se situem em nível inferior na pirâmide kelseniana, é o caso do artigo em comento.

Conforme exhaustivamente explanado, os princípios constitucionais incidem sobre todo o ordenamento, não prosperando o argumento daqueles que defendem a aplicação do artigo pelo fato de se tratar de norma de caráter extrapenal, esquecem os defensores desta tese, de que apesar da norma prever somente penalidades administrativas, as consequências que podem advir dos testes são consequências penais, incriminadoras, não há como divorciar no caso, as consequências penais e extrapenais do referido preceito. Entendido o princípio da não autoincriminação como um direito do cidadão, aquele que não realiza os testes está acobertado pelo exercício regular de um direito, logo, não é possível aplicação de qualquer penalidade, é ilógico. Também não prospera o argumento de que haveria um conflito de princípios que deveria ser resolvido pela técnica de sopesamento entre eles, pois tal operação é admitida quando estritamente necessária, conforme ensina Maria Elizabeth Queijo, tal necessidade não se revela no caso em análise, pois outros meios para se alcançar a eficácia da norma foram trazidos pelo próprio legislador, sendo totalmente prescindível, *in casu*, afastar ou restringir o princípio da não autoincriminação.

Embora o resultado obtido nessa análise possa parecer incentivador da impunidade, não o é na realidade, pois conforme demonstrado, a situação de embriaguez pode ser aferida por outros meios, sendo dispensável a utilização de testes que dependam da colaboração do condutor. Por mais que se diga que a intenção é justa, boa, não se pode ter por legítimo qualquer ganho, se é que existe, conquistado ao arripio da Constituição, reafirmar a força normativa dos princípios, e consequentemente da nossa carta política, é o maior ganho que se deve buscar, o

respeito à constituição por todos e mais ainda pelo poder público é o que levará a alcance de maior legitimidade do poder estatal e suas instituições.

A norma que se pretende demonstrar ser passível de impugnação revela-se preceito totalmente autoritário, totalmente divorciado de um estado democrático que privilegia direitos fundamentais. Nitidamente obriga o cidadão a escolher entre ser sancionado administrativamente com multa, suspensão do direito de dirigir, entre outros, ou produzir provas contra si, é forçoso reconhecer que o preceito visa esvaziar a garantia constitucional, impedir que o cidadão exerça um direito, tornar letra morta uma garantia de estatura constitucional, é trabalhar em sentido diametralmente ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Nesses termos, a conclusão que se extrai é de que o artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, incluído pela lei 13.281/2016 é inconstitucional, sequer deveria ter ingressado no ordenamento jurídico vigente, deveria ter sido preceito natimorto, filtrado e barrado já em sede de controle de constitucionalidade preventivo.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Malheiros 2013.

BRASIL, *Código de Trânsito Brasileiro*, Lei nº 9503 de 23 de Setembro de 1997.

BRASIL, *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 13 de nov.2017.

BRASIL, *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, Decreto nº 592 de Julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 13.10.2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13.11.2017.

CARDOSO, Cíntia. *Colaboração para A FOLHA, em Genebra*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1772858-brasil-e-o-quarto-pais-com-mais-mortes-no-transito-na-america-diz-oms.shtml>. Acesso em 18.11.2017

CRISAFULLI, Vézio apud Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Malheiros 2013.

Flávia Piovesan apud QUEIJO, Maria Elizabeth. *Direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010.

Gordillo Cañas, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Malheiros 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1987.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4 ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

MARIA EDUARDA GOMES CUNHA: Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco - Campus Fernandópolis, cursando o 9ª semestre e estagiando atualmente no Ministério Público Federal de Jales. *Inconstitucionalidade do artigo 165-a da Lei nº 13.281/2016*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56084>. Acesso em: 10 de Setembro de 2017.

Mariana Thomé de Moraes *O DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. A PROBLEMÁTICA DO TESTE DO BAFÔMETRO*. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1956/2299>. Acesso em 15.07.2017.

MELO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*-Ed. Malheiros,2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 3º. Ed. 2007.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *Direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

466.343- SP. Voto Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 13.11.2017.

RE 466.343-SP, Voto Ministro Celso de Melo. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 13.11.2017.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais – São Paulo : Saraiva, 2015.

STEINER, Sylvia Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.