

**A INCOSTITUCIONALIDADE DA MULTA PELA RECUSA AO TESTE
DO BAFÔMETRO
THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE FINE FOR REFUSING THE
BREATHALYZER TEST**

Leonardo Rafael Rodrigues Santos¹

RESUMO:

O presente estudo tem por objetivo verificar se o artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, inserido pela LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016., pode ser considerado inconstitucional, comparando seu conteúdo com os princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição da República. A justificativa para o trabalho encontra-se na necessidade de novas pesquisas acerca da afirmativa arbitral do estado de embriaguez do condutor e aplicação de multa ao mesmo, sem nenhuma comprovação. Investiga-se a hipótese de que o artigo 165-A do CTB afronta a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Lei Maior, ferindo princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Diante desse questionamento, o presente artigo científico busca verificar, através da metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio da leitura de livros de doutrina, artigos científicos e demais publicações disponíveis na internet sobre o assunto, o seguinte questionamento: a aplicação de multa e sanção administrativa ao condutor pela simples recusa a se submeter ao teste do etilômetro / bafômetro pode ser considerada inconstitucional?

Palavras-chave: lei seca; recusa ao teste do bafômetro; multa; inconstitucionalidade; trânsito; princípios.

ABSTRACT:

This study aims to verify whether article 165-A of the Brazilian Traffic Code, inserted by LAW No. 13,281, OF MAY 4, 2016., can be considered unconstitutional, comparing its content with the fundamental principles and rights present in the Constitution of the Republic. The justification for the work is found in the need for further research on the arbitration statement of the driver's drunkenness state and the imposition of a fine on him, without any proof. The hypothesis that article 165-A of the CTB is investigating the compatibility of the infraconstitutional norms with the Major Law, investigating fundamental principles, rights and guarantees provided for in the Federal Constitution, is investigated. In view of this questioning, the present scientific article seeks to verify, through the bibliographic research methodology, through the reading of doctrine books, scientific articles and other publications available on the internet on the subject, the following question: the application of a fine and administrative sanction the driver for the simple refusal to undergo the alcoholometer / breathalyzer test can be considered unconstitutional?

Keywords: dry law; refusal to bafômetro test; traffic ticket; unconstitutionality; traffic; principles.

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade Doctum Juiz de Fora.

1. INTRODUÇÃO

Com o aumento dos acidentes de trânsito envolvendo o consumo de bebida alcoólica, foram criadas políticas públicas por parte do Estado, com intuito de inibir esta crescente onda no país. Tais medidas atingem diretamente o código de trânsito brasileiro, trazendo punições mais severas.

Nesse sentido, fora criada a lei 11.705/08, chamada popularmente de *Lei Seca*. De início a mencionada lei trazia, além das penalidades para quem dirigisse sob influência de substância com teor alcoólico acima do permitido, também a proibição da venda de bebida alcoólica nas estradas e rodovias, porém, tal medida causou a fúria de consumidores locais e fora considerada pouco eficaz.

Contudo, a proibição da venda de bebida alcoólica nos comércios a margem das rodovias foi derrubada e em substituição houve um aumento na penalidade para o condutor que houvesse ingerido bebida alcoólica em limites acima do tolerado. Entretanto, só haveria punição se comprovado a ingestão de álcool através do teste do etilômetro (o popular bafômetro) ou se *comprovado* o estado de embriaguez, através de vídeos ou outros meios.

Ademais, no ano de 2016, houve a inserção do artigo 165-A no código de trânsito brasileiro, redação dada pela LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016, a qual estabelece que o condutor que se recusar-se a submeter ao teste do etilômetro, mesmo que não haja o menor sinal de embriaguez, incidirá nas penalidades previstas no artigo 165 do CTB, seja (*multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses*), por equiparação ao condutor embriagado. Poderíamos denominar esta sanção como “presunção de culpa”?

A Constituição Federal da República, elenca como princípios indispensáveis o da presunção de inocência, da não auto incriminação, dentre outros. Esses princípios transcrevem, sucessivamente o seguinte: “ninguém considerado culpado até que se *prove* o contrário” e “ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo”.

Nessa sequência, também em conformidade com a CF/88, temos o princípio da hierarquia das normas, onde a CF88 encontra-se no topo da pirâmide, devendo as normas infraconstitucionais (aquelas que tem sua tipificação fora da constituição) seguirem os seus parâmetros, ou seja, não podem violar o texto constitucional, sob pena de serem declaradas inconstitucionais através do denominado controle constitucional.

Diante dessas ideias iniciais é que será abordado o artigo científico em questão, que tem como objetivo verificar a inconstitucionalidade do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é um mecanismo criado para manter o equilíbrio das normas infraconstitucionais com as constitucionais. Todavia, a atribuição para resolver os problemas constitucionais, será dada à um determinado órgão, de forma variada, de acordo com a espécie de controle a ser utilizada (executiva, legislativa ou judiciária).

A ideia de controle é baseada na supremacia da constituição sobre as demais normas, ou seja, a constituição encontra-se no topo da pirâmide, trazendo direitos, princípios e valores fundamentais ao indivíduo e à coletividade, sendo vedada a violação destes pelas demais leis (leis infraconstitucionais).

Ademais, o controle pode ser concentrado, onde o pedido principal é invalidação de um determinado dispositivo (competência exclusiva de um determinado órgão) ou difuso, onde o pedido não é a invalidação do dispositivo com efeito erga omnes, mas sim, a inaplicabilidade deste no caso concreto.

No controle constitucional concentrado, a declaração de inconstitucionalidade, será proposta através das seguintes ações: Ação direta de inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta de Constitucionalidade (ADC); Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), casos em que o legitimado para julgar é o Supremo Tribunal Federal (STF).

Por outro lado, temos o controle difuso, conforme descrito acima, o objetivo é a inaplicabilidade de um dispositivo legal em determinada situação, por violar a constituição. Para elucidar melhor este modelo de controle, trago abaixo um exemplo utilizado pelo respeitável jurista, Pedro Lenza (2020, p. 212), em uma de suas obras. Veja:

Entendeu a Corte estar diante de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade, valendo apenas para as eleições seguintes” (se os efeitos fossem normais, toda a atuação do parlamento anterior à decisão, que atuou com 11 e o correto seriam 9 vereadores, estaria comprometida) (cf. RE 197.917, Rel.

Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno, DJ de 07.05.2004, destacando-se, em relação ao tema, o denso voto do Min. Gilmar Mendes, que vale a leitura).

Contudo, é válido mencionar que este poderá ser exercido de forma preventiva (antes da lei entrar em vigor) ou repressiva (depois de estar em vigor).

3. INCONSTITUCIONALIDADE

Superada a fase do controle constitucional, o aludido órgão que promoveu o controle deverá declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo em análise, de forma fundamentada. Vejamos a seguir algumas formas de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão. Inconstitucionalidade por ação é aquela que ocorre através de um ato. Exemplo: a criação de uma lei que fere a constituição em seu aspecto formal ou material. Já por omissão se dá quando o dispositivo infraconstitucional é omissivo, a exemplo das normas constitucionais de eficácia limitada, que para produzirem seus efeitos precisam de um dispositivo complementar. Canotilho (2002) define a inconstitucionalidade por omissão como “a violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão)”.

Em continuidade, a inconstitucionalidade pode ser também formal e/ou material. Trata-se de inconstitucionalidade formal aquela que possui vício no processo de criação. Já a inconstitucionalidade material significa que mesmo passando pelo processo adequado de criação, preenchendo corretamente os requisitos formais, o dispositivo legal em questão viola matéria constitucional, de conteúdo, substancial ou doutrinário.

Outrossim, a inconstitucionalidade pode ser classificada também como originária ou superveniente. A inconstitucionalidade originária, tem espaço quando a lei já nasce com vício, seja ele formal, material ou ambos. Já a superveniente, ocorre quando a lei nasce constitucional, em conformidade com os requisitos de validade e eficácia, porém, passa a ser inconstitucional por um evento futuro. Exemplo: com a entrada em vigor de uma emenda constitucional.

Por fim, mas não menos importante trataremos a definição de inconstitucionalidade sob ótica do autor André Ramos Tavares (2020. p. 379). Veja-se:

A inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição. Assim, serve tanto para caracterizar o fato juridicamente relevante da conduta omissiva do

legislador, que pode dar ensejo, no Direito brasileiro, ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como também serve para indicar a incompatibilidade entre o ato jurídico (lato sensu), seja o privado, seja o público, e a Constituição”. (grifo nosso).

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1. CONCEITO

Os princípios constitucionais podem ser compreendidos como os pilares das normas jurídicas, ou seja, regras que norteiam e limitam os direitos, à luz da constituição.

Para André Ramos Tavares (2020, p. 740) “o princípio está intimamente relacionado com o Estado Democrático de Direito, já que, se assim não fosse, estar-se-ia regredindo ao mais puro e total arbítrio estatal”.

Já o respeitável jurista Luiz Roberto Barroso (2020, p. 204), define os princípios como “valores a serem observados em razão de sua dimensão ética”.

4.2. PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA

Tal princípio evidencia a importância normativa da constituição nas decisões judiciais, as quais devem estar sempre em conformidade com a Lei Maior.

Neste diapasão entende, o doutrinador Pedro Lenza (2020, p. 135), ao dizer que “os aplicadores da Constituição, ao solucionar conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais”.

4.3. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Tal princípio tem previsão no Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe em seu artigo 8º. 2, G, que:

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.

Portanto, o indivíduo não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, nem se declarar culpado, sem que seu silêncio gere qualquer tipo de ônus a ele.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), os tratados relativos aos direitos humanos passaram a vigorar de imediato e a ser equiparados às normas constitucionais.

Diante disso, lei que viole os tratados internacionais, agem em desconformidade com a constituição e suas normas, por equiparação.

4.4. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, versa sobre matéria criminal e está tipificado no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Veja o referido dispositivo legal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, o mesmo traz consigo a ideia de que até que se **prove** o contrário todos os cidadãos serão considerados inocentes.

Nessa lógica, entende parte da doutrina. André Ramos Tavares (2020, p. 740) por exemplo afirma que “a autoridade policial, carcerária, administrativa e outras não podem considerar culpado aquele que ainda não foi submetido à definitividade da atuação jurisdicional”.

Portanto, mediante análise ampla deste princípio e do princípio citado anteriormente, e em conformidade com entendimento doutrinário, entende-se que o cidadão não pode ser considerado culpado sem que haja a menor prova de cometimento do ilícito cometido, tanto na esfera criminal e quanto na cível, por equiparação.

4.5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Estes princípios limitam a Administração Pública na execução de seus atos, regulamentando que esses sejam proporcionais (sem excessos) e razoáveis, ou seja, adequados ao caso concreto. Para Luiz Roberto Barroso (2020, p. 251), “a razoabilidade consiste em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa”.

Contudo, a razoabilidade pode ser entendida também como a vedação ao excesso. Para elucidar melhor a questão, veja o exemplo abaixo:

Sendo possível conter certo dano ambiental por meio da instalação de um filtro próprio numa fábrica, será ilegítimo, por irrazoável, interditar o estabelecimento e paralisar a produção, esvaziando a liberdade econômica do agente. Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio de vedação do excesso” (BARROSO, 2020, pg. 252).

Entretanto, com base nos entendimentos acima, podemos dizer que é vedado ao Estado a fixação de punição desproporcional e irrazoável ao condutor pela mera recusa a se submeter ao teste do etilômetro.

5. A LEI SECA (LEI 11.705/08) E O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Em 19 de junho de 2008, entrou em vigor a Lei 11.705, denominada Lei Seca. A sua criação impactou diretamente no Código de Trânsito Brasileiro, mais especificamente no consumo de álcool e a condução de veículos. Com o advento da Lei Seca, o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) estabeleceu dentre outras punições, o recolhimento imediato do documento (CNH), a aplicação de multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses para aquele que dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Veja o dispositivo em comento:

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.

Mais adiante, o artigo 277 do CTB descreve como e em quais circunstâncias ocorrerá a fiscalização.

Já o artigo 276 caput e P.U do dispositivo legal em questão (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012), determina a concentração de álcool que caracteriza embriaguez e designa poderes ao Contran para dispor sobre as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica. Veja-se:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica.

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.

Todavia, o Contran no gozo de seus poderes fixa o limite tolerado para que não se caracterize infração de trânsito em 0,04 miligramas de álcool por litro de ar alveolar. A partir de 0,05 miligramas, você será enquadrado em *infração gravíssima*, com as punições previstas já citadas.

É válido ressaltar que caso o resultado aponte um volume superior a *0,33 miligramas*, fica caracterizado um delito mais grave: o crime de trânsito. A pena prevista é bem mais dura, incluindo a prisão do motorista criminoso.

6. ARTIGO 165-A DO CTB – RECUSA A SE SUBMETER AO TESTE DO BAFÔMETRO

Cerca de 8 anos após a entrada em vigor da lei seca e sua forma de aplicação, o legislador, na redação da LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016., *cria o 165-A do Código de Trânsito Nacional, ora objeto de nosso estudo, que traz como pauta a aplicação do disposto no artigo 165 (multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses) para aquele que recusar-se a ser submetido a teste bafômetro / etilômetro, mesmo sem apresentar nenhum sinal de embriaguez.*

No entanto, desde a inserção do artigo em questão no CTB, muito se discute na via administrativa e perante ao judiciário, sobre a aplicação da penalidade prevista no mesmo, se é constitucional ou não, se pode ser considerada uma penalidade arbitrária, se a mesma violação os princípios constitucionais, dentre outros. Veja a redação do mencionado artigo, ora objeto desta pesquisa:

Art. 165-A – Código de Trânsito Brasileiro.

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) meses.

Todavia, conforme já comentado, o artigo, objeto deste estudo vem sendo alvo de inúmeras ações judiciais, com objetivo de anular a penalidade imposta ao condutor pela simples recusa a submeter-se ao teste do bafômetro.

Outrossim, em decisão recente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgou procedente a pretensão do recorrente com intuito de invalidar a penalidade a ele imposta pelo Departamento de Trânsito do Rio Grande do Sul. O fundamento utilizado no acórdão, pelos r. julgadores é a ausência de provas para tal aplicação, uma vez que, o condutor não apresentava sinais externos de embriaguez. Veja a decisão em comento:

RECURSO INOMINADO. DETRAN/RS. AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. RECUSA DO CONDUTOR EM SUBMETER-SE AO TESTE DO ETILÔMETRO. ARTIGO 165-A DO CTB. INCONSTITUCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. O demandante foi autuado pelo cometimento de infração de trânsito consistente em 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, prevista no artigo 165-A do CTB. De acordo com a redação do artigo supracitado, e a lógica que dele se depreende, somente é possível autuar o condutor que se recuse a realizar os testes caso esse apresente sinais externos de influência de álcool -, os quais deverão ser devidamente certificados por meio do Termo próprio, com descrição de todas as características que levam à conclusão e na presença de testemunha idônea, ou outros meios, descritos no art. 277 do CTB. Desse modo, não sendo constatado formalmente que o cidadão conduzia veículo automotor sob sinais externos de álcool ou substância psicoativa, não há infração de trânsito. Destarte, autuar o condutor que não apresenta qualquer ameaça à segurança no trânsito, pela mera recusa em realizar os testes oferecidos pelos agentes de trânsito, configura arbitrariedade.... Infração pelo artigo 165-A do CTB que viola frontalmente os Princípios Constitucionais de Liberdade (direito de ir e vir), Presunção de Inocência e de Não Auto Incriminação e Individualização da Pena, previstos no art. 5º, XV, LVII, LXIII, e XLVI da CF. Aplicação afastada, no caso concreto, pelo controle difuso de constitucionalidade, com afastamento da regra de Reserva de Plenário (ARE 792562 AgR, Relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014). RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (Recurso Cível Nº 71007975899, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em 27/02/2019). (TJ-RS - Recurso Cível: 71007975899 RS, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Data de Julgamento: 27/02/2019, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/03/2019).

Entretanto, o Departamento Estadual de Trânsito do Rio Grande do Sul - Detran-RS, inconformado com a decisão supra descrita, interpôs Recurso Extraordinário (**RE 1.224.374**) ao Supremo Tribunal Federal, recurso este que teve sua admissibilidade e reconhecimento de repercussão geral em fevereiro do ano vigente. Vejamos abaixo mais detalhes sobre o assunto.

7. RECURSO INOMINADO 71007975899 - RS E RE 1.224.374 RIO GRANDE DO SUL

Em ação anulatória de auto de infração de trânsito ajuizada no Estado do Rio Grande do Sul, o autor, pugnou pela invalidação do auto de infração a ele imposto, pela recusa a se submeter ao teste do bafômetro. Em sentença o, juiz da causa, julgou improcedente o pedido do autor.

Em sequência, o autor, agora recorrente, interpôs recurso inominado de Nº 71007975899 – RS, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, buscando a inconstitucionalidade da ²sanção tipificada no artigo 165-A do CTB. Em suas razões recursais, reafirma o requerente que, a autuação em questão é nula, uma vez que, os agentes de trânsito não utilizaram nenhum outro meio de prova possível para afirmação da suposta embriaguez do condutor. Ainda assim, alegou a não observância dos requisitos contidos no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, para verificação da embriaguez. Por fim, postulou pelo provimento do recurso, com a invalidação da sanção aplicada.

Em decisão proferida em acórdão, a Segunda Turma Recursal do Juizado Especial da Fazenda Pública - RS, julgou procedente o pedido do recorrente, invalidando assim o auto de infração, sob argumento que de acordo com o CTB, só é possível multar um condutor por embriaguez, sem que se faça o teste do bafômetro se o mesmo apresentar sinais externos deste estado, os quais devem ser devidamente certificados no Auto de Infração, escrito pelo agente público fiscalizador, além de outros meios descritos no artigo 277 do CTB.

Entretanto, para esse egrégio tribunal, não sendo constatada a embriaguez pelos meios legais, não há infração de trânsito. Enfatiza também que, o recorrente não apresentava ameaça à segurança do trânsito pela mera recusa ao teste do etilômetro.

Por fim, citou os princípios da presunção de inocência e não auto incriminação também aplicados na decisão.

² Artigo 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.

Todavia, o DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN/RS, inconformado com o acórdão proferido em julgamento do recurso inominado 71007975899 – RS, interpôs o recurso extraordinário de Nº 1.224.374, sustentando a tese preliminar de repercussão geral (reconhecida) e, no mérito, aponta violação aos artigos 2º, 5º, *caput* e II, 6º, *caput*, 22, XI, 23, XII, 37, *caput*, e 144, § 10, todos da Constituição.

Outrossim, sustenta as teses que a constitucionalidade do artigo 165-A não pode ser afastada pelo direito individual, quando confrontado com o direito à vida e a segurança no trânsito; relata ser razoável a conduta de suspensão do direito de dirigir ao condutor que se nega a realizar o teste do etilômetro; proclama a necessidade de se distinguir as infrações administrativas e penais, o que acarreta na não aplicabilidade dos princípios constitucionais do direito penal. E, reafirma que, a infração e penalidade impostas não exigem comprovação de qualquer sinal de embriaguez, sendo suficiente a recusa do condutor, sendo autônoma a infração.

Em contrarrazões, o recorrido pugna, preliminarmente, pela incidência da Súmula 279 desta Corte e, no mérito, requer a manutenção do acórdão ora recorrido quanto à inconstitucionalidade do artigo 165-A da Lei 9.503/1997.

Assim sendo, o Supremo tribunal Federal (STF), em análise de admissibilidade do recurso, reconheceu a preocupação em relação às garantias individuais, como a liberdade de ir e vir, a presunção de inocência, a não autoincriminação, a individualização da pena, bem como a proporcionalidade da sanção imposta pela recusa do condutor em realizar o teste do bafômetro.

Não obstante, considerou válida a atitude do legislador em aplicar sanção severa a aquele que se coloca frente a direção de um veículo, após ingerir substância com teor alcoólico, colocando em risco a coletividade.

Nesse sentido, reconheceu a controvérsia do assunto, manifestando pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada pelo recorrente, submetendo a matéria a análise dos demais ministros. Veja o referido R.E:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. RECUSA DO CONDUTOR DO VEÍCULO À REALIZAÇÃO DE TESTE DE ALCOOLEMIA. ETILÔMETRO. BAFÔMETRO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO

ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. TEMAS CONSTITUCIONAIS A SEREM APRECIADOS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.103. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Ministro LUIZ FUX.

Após passado pelo juízo de admissibilidade, o mencionado recurso extraordinário aguarda julgamento de mérito pelo Supremo Tribunal Federal.

8. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1000731-30.2020.8.26.0405 – TJ-SP

Estando diante de um tema muito controverso no judiciário brasileiro, temos também decisões, que consideram constitucional o artigo 165-A do CTB e sua aplicabilidade.

Uma delas é a ação movida por Carlos Henrique Vicente em face do Departamento Estadual de Trânsito – Detran - SP, em que se pleiteia a nulidade do auto de infração nº 6767180. Alega o autor, que foi autuado por recusar o teste de bafômetro, todavia, sustenta que tal infração prevista no art. 165-A do CTB é inconstitucional.

Em decisão de 1ª instância, o MM juiz da causa julgou improcedente seu pedido, condenando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais, no importe do 10% sobre o valor da causa.

Inconformado com a decisão proferida nos autos em questão, o autor/recorrente interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde sustentou liminarmente, a suspensão do feito em razão de a constitucionalidade do art. 165-A estar sendo discutida pelo STF no RE nº 1.224.374, com repercussão geral reconhecida. Pleiteou ao final pela procedência da ação com a declaração na via difusa da inconstitucionalidade do art. 165-A do CTB e a consequente anulação do auto de infração.

Em decisão, o TJ-SP, afasta a preliminar suscitada pelo recorrente, com a fundamentação de que no R.E citado não há determinação de suspensão das ações em curso.

No mérito, sustenta que o próprio recorrente, relata em peça exordial que se recusou a submeter ao teste do etilômetro, e diante de tal circunstância os agentes do estado se

valeram tão somente da aplicação do disposto em lei, razão pela qual, julgou improcedente o dado recurso.

9. CONCLUSÃO

Em estudo sobre o controle de constitucionalidade, a inconstitucionalidade, ao Código de Trânsito Brasileiro e seus artigos, bem como aos julgados citados no presente estudo, em especial o *R.E 1.224.374 RIO GRANDE DO SUL*, é possível perceber que estamos diante de um controle difuso, por se tratar da análise de um caso concreto, porém, de repercussão geral, podendo assim o efeito de sua decisão ser considerado *erga omnes* (para todos), declarando a inconstitucionalidade do dispositivo infraconstitucional.

Ainda a luz das pesquisas realizadas, constata-se a inconstitucionalidade originária, por ação e material, onde pode se dizer que o *artigo 165-A do CTB*, já “nasceu” inconstitucional (na origem), pois, no momento de sua criação (ação) já havia um vício quanto a matéria (inconstitucionalidade material), por ferir princípios elencados na Lei Maior.

Contudo, na criação do artigo 165-A do CTB, o legislador buscando a proteção aos direitos coletivos, tais como o direito à saúde, à vida e ao trânsito, deixa de observar os direitos fundamentais previstos na constituição, seja a presunção de inocência, a hierarquia das normas no ato criação da norma infraconstitucional.

Assim sendo, tipifica sanção extremamente desproporcional à mera recusa do condutor em produzir provas contra si mesmo.

Todavia, é válido ressaltar que o objetivo deste material não é apoiar a impunidade da embriaguez ao volante, evidenciando que é extremamente válida a preocupação do legislador para com a prevenção de acidentes causados por condutores embriagados. Por isso, quando a punição do Estado é realizada com as devidas provas legais, seja com a comprovação do estado de embriaguez do condutor, conforme deve ser feito, não há o que se questionar sobre a penalidade eventualmente imposta.

Por outro lado, se a penalidade é realizada pela mera presunção de culpa, sem comprovação alguma do ilícito, é um argumento raso a menção de proteção da coletividade, uma vez ausente qualquer confirmação do risco causado pelo condutor na direção do veículo automotor.

Em sequência, sob ótica da constituição, dos dispositivos infraconstitucionais a serem aplicados, de pensamentos de doutrinadores renomados e julgados diversos, conclui-se que, a proporcionalidade não pode ser afastada no momento da criação de uma lei infraconstitucional, devendo haver ponderação para que os princípios fundamentais sejam aplicados em harmonia entre si, não sendo permitida a aplicação de penalidade totalmente desproporcional ao eventual ilícito causado.

Neste diapasão, a utilização do princípio da “*nemo tenetur se detegere*” (não autoincriminação), não pode ser mitigada de forma arbitrária, ou seja, pelo simples apontamento de risco à coletividade sem que haja nenhuma prova concreta para violação deste.

De mais a mais, o indivíduo não deve ser reprimido por exercer um direito constitucionalmente oferecido a ele, como o da recusa à autoincriminação. A decretação de culpa do condutor, com fundamento em um suposto estado de embriaguez, sem a menor comprovação caracteriza-se sanção arbitrária.

Por fim, com base no estudo compartilhado acima, entende-se por inconstitucional a multa pela recusa ao teste do bafômetro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 agosto. 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Dispõe sobre a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [2020] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 19 agosto. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997**. Dispõe sobre o **Código de Trânsito Brasileiro**., Brasília, DF: Presidência da República, [2020] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19503.htm>. Acesso em: 19 agosto. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.** Dispõe sobre a alteração da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘institui o **Código de Trânsito Brasileiro**’, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências, Brasília, DF: Presidência da República, [2020] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm>. Acesso em: 19 agosto. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016.** Dispõe sobre a alteração da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (**Código de Trânsito Brasileiro**), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, [2020] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13281.htm>. Acesso em: 19 agosto. 2020.

BRASIL. Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública. Recurso Inominado - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Tj-Rs nº 71007975899. **Recurso Inominado - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS.** Porto Alegre, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.224.374 Rio Grande do Sul nº 1.224.374. Relator: Ministro LUIZ FUX. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.224.374 Rio Grande do Sul.** Brasília, 2020.

BRASIL. Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso de Apelação - Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP Nº 1000731-30.2020.8.26.0405. **Recurso Apelação - Tribunal de Justiça de São Paulo, TJ-SP.** São Paulo, 2020.

FARIA, Rogério Silvério de. **ÁLCOOL E DIREÇÃO: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI SECA.** 2011. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2011.

LEAL, Hugo. **Lei Seca - 10 anos: a lei da vida.** Rio de Janeiro: Mauad, 2018. 200 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional** – Coleção esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Alessandro Bonfim de. **A INCONSTITUCIONALIDADE ATRIBUÍDA A RECUSA TIPIFICADA NO ART. 165-A DO CTB, NO QUE TANGE A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**. 2017. 86 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.