

A INCONSTITUCIONALIDADE PELA RECUSA DO TESTE DO BAFÔMETRO E A DESPROPORCIONALIDADE DA PENA

RODRIGO CESAR DE SOUZA:

Discente do Curso de Direito da
Universidade Brasil-UB. Campus
Fernandópolis- SP⁵

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

Resumo: O presente estudo tem por objetivo verificar se através do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, inserido pela Lei N^o 13.281, de 4 de Maio de 2016. E a Lei 11.705/2008 (Lei Seca), existe uma possível inconstitucionalidade pode decorrer da desproporcionalidade ou dosagem da sanção da simples recusa de o motorista efetuar o teste do bafômetro, comparando seu conteúdo com os princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição Federal da República. Além disso, investigar a hipótese de desproporcionalidade da pena e multa causada através desse tipo de método usado pelas autoridades. Nessa linha de raciocínio investiga-se ainda uma segunda vertente: a possível gradatividade da pena imposta acada condutor abordado pelas autoridades policiais sob efeito de bebidas alcoólicas. Diante desses questionamentos, o presente artigo científico busca averiguar, através da metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio do estudo a legislação, livros, artigos científicos e demais publicações disponíveis na internet sobre o assunto, a seguinte hipótese: a aplicação de multa pela simples recusa a se submeter ao etiloteste pode ser considerada inconstitucional? Pode haver a desproporcionalidade da pena mediante teor de álcool encontrado no sangue?

Palavras-chave: Recusa – Etiloteste – Inconstitucionalidade – Lei seca – Bebidas Alcoólicas – Pena - Desproporcionalidade

Abstract: This study aims to verify whether through article 165-A of the Brazilian Traffic Code, inserted by Law No. 13,281, d and 4 d e Maio d e 2016. And Law 11.705/2008 (Prohibition), there is a possible unconstitutionality may result from the disproportionality or dosage of the sanction of the simple refusal of the driver to perform the breathalyzer test, comparing its content with the principles and fundamental rights present in the

⁵ E-mail: rodrigo_pozzobom@hotmail.com

Federal Constitution of the Republic. In addition, investigate the hypothesis of disproportionality of the penalty and fine caused through this type of method used by the authorities. In this line of reasoning, a second aspect is also investigated: the possible graduation of the penalty imposed on each driver approached by the police authorities under the influence of alcoholic beverages. Faced with these questions, the present scientific article seeks to ascertain, through the methodology of bibliographic research, through the study of legislation, books, scientific articles and other publications available on the Internet on the subject, the following hypothesis: can the application of a fine for the simple refusal to submit to ethylotest be considered unconstitutional? Can there be a disproportionality of the penalty based on alcohol content found in the blood?

Keywords: Refusal – Ethylotest – Unconstitutionality – Prohibition – Alcoholic Beverages – Penalty – Disproportionality

Resumen: Este estudio tiene como objetivo verificar si a través del artículo 165-A del Código de Tránsito de Brasil, insertado por la Ley N° 13.281, del 4 de mayo de 2016. Y la Ley 11.705/2008 (Prohibición), existe una posible inconstitucionalidad que puede resultar de la desproporcionalidad o dosificación de la sanción de la simple negativa del conductor a realizar la prueba de alcoholemia, comparando su contenido con los principios y derechos fundamentales presentes en la Constitución Federal de la República. Además, investigar la hipótesis de desproporcionalidad de la sanción y multa ocasionada a través de este tipo de método utilizado por las autoridades. En esta línea de razonamiento también se investiga un segundo aspecto: la posible graduación de la sanción impuesta a cada conductor abordado por las autoridades policiales bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Frente a estas preguntas, el presente artículo científico busca determinar, a través de la metodología de la investigación bibliográfica, a través del estudio de la legislación, libros, artículos científicos y otras publicaciones disponibles en Internet sobre el tema, la siguiente hipótesis: ¿puede considerarse inconstitucional la aplicación de una multa por la simple negativa a someterse a la etilotest? ¿Puede haber una desproporcionalidad de la sanción basada en el contenido de alcohol encontrado en la sangre?

Palabras clave: Denegación – Ethylotest – Inconstitucionalidad – Prohibición – Bebidas alcohólicas – Pena – Desproporcionalidad

1 INTRODUÇÃO

Com o alto índice de acidentes de trânsito envolvendo, na sua maioria, o consumo de bebida alcoólica, obrigando a criação de políticas públicas com o intuito de reduzir

esta significativa onda no país. Essas medidas atingem diretamente o código de trânsito brasileiro, trazendo punições um tanto quanto severas.

Relacionado a isso, foi criada a lei 11.705/08, mais conhecida como Lei Seca. A priori, a supracitada lei, além de trazer penalidades para quem dirigir sob influência alcoólica com o teor acima do permitido, também trouxe a restrição da venda de bebidas alcoólicas nas estradas. Todavia, tal medida desagradou os consumidores locais, tornando-se pouco eficaz.

Em contrapartida, a não venda de bebida alcoólica nos comércios às margens das rodovias não surtiu efeito e assim, houve um aumento na penalidade para o condutor que fosse autuado em flagrante tendo ingerido bebida alcoólica em limites acima do tolerado. Porém, a punição só existiria em duas hipóteses, se comprovado a ingestão de álcool através do dispositivo etilômetro (bafômetro) ou se comprovado o estado de embriaguez e a capacidade psicomotora do motorista afetada através de vídeos ou outros meios.

No ano de 2016, houve a inserção do artigo 165-A, código de trânsito brasileiro (CTB), redação dada pela LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016, na qual impõe que o condutor de veículo automotor que recusar-se a se submeter ao etiloteste, mesmo que, não apresentando o menor sinal de embriaguez, se enquadrará nas penalidades previstas no artigo 165 do CTB, na qual descreve: "multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, por equiparação ao condutor embriagado".

A Constituição Federal de 1988 corrobora, como princípios indispensáveis, o Princípio da Presunção de Inocência, da Não Autoincriminação, dentre outros. Tais princípios descrevem os seguintes pensamentos: "ninguém considerado culpado até que se prove o contrário" e "ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo". Também descrito no Art. 1º, Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 BLITZ E ETILOTESTE

Habitualmente em certas localidades das áreas urbanas de algumas cidades, são formados bloqueios por viaturas policiais, em que se constituem as chamadas "*BLITZ*", na qual tem como objetivo, abordar o condutor do veículo automotor ou de motocicletas, onde o mesmo fica exposto diante de uma autoridade policial, com o intuito de ser realizada uma averiguação de seu veículo e também de seus respectivos documentos, se

estes se encontram de acordo com a regularidade ou se estão de forma irregular de acordo com as leis do Código de Transito Brasileiro (CTB).

A *BLITZ* tem como seu objetivo fundamental e principal, realizar uma rápida observância de, se a documentação de todo e qualquer condutor que esteja transitando pelas vias urbanas que for abordado pelas autoridades, serem vistoriados a documentação do veículo conduzido e também a CNH (Carteira Nacional deHabilitação) do condutor, a fim de que seja feita uma conclusão se os mesmos estão de acordo com as normas das Leis de Trânsito, para assim poderem conduzir seus veículos sem a chance de nenhum tipo de impedimento.

No que concerne o teste do etilômetro, Nucci (2019) define como um aparelho destinado a saber o nível de álcool que uma pessoa tem no sistema sanguíneo, sendo utilizado como referência para as autoridades definirem se o condutor está sob o efeito de álcool no momento que é abordado.

De acordo com Nucci (2019, p. 135) em relação ao exame clínico, entende no artigo 277 do CTB que:

O exame clínico para constatação da embriaguez, igualmente, implica cooperação do acusado. É que referido exame é composto por uma série de testes. Em alguns deles, basta a participação passiva do suspeito. Outros pressupõem um facere por parte deste. Os testes são: aparência, atitude, orientação, memória, faculdade de descrição, prova de cálculo, elocução, andar, coordenação motora, escrita, pulso, hálito. O critério decisivo nessa avaliação é a perturbação motora.

Nosso Código de Trânsito Brasileiro, Lei Nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997, em seu artigo 227, diz:

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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. (BRASIL, 1997, 110).

Em questão disso, por decorrência de vários tipos de imprudência no trânsito, onde nas quais na sua grande maioria não seja realizada pelo fato de o condutor estar com a sua documentação em desacordo com a lei, mas sim por estarem conduzindo seus veículos parcialmente ou completamente alcoolizados.

Sendo assim, em meio ao grande número de acidentes e mortes desenfreadas em rodovias e acidentes nos centros urbanos, no dia 19 de junho de 2008, entrou em vigor a Lei 11.705, mais conhecida como “Lei Seca”, com o intuito de reduzir acidentes de trânsito gerados por motoristas que estão sob efeito do álcool. Essa lei também gerou grande alteração no Código de Trânsito Brasileiro, onde restringiu quase que por completo o consumo de bebidas alcoólicas por condutores de veículos.

A lei Nº 11.705/08, ou Lei Seca, completou 14 anos em 2022. A lei também alterou o ponto de vista do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e estabeleceu por completo o limite zero com relação ao consumo de álcool associado à direção. Contudo, definiu-se penalidades mais rigorosas para motoristas autuados em flagrante com qualquer nível de embriaguez à direção do veículo.

Outra mudança da chamada Lei Seca também está relacionada ao artigo 306 do CTB, que caracterizou como crime de trânsito a conduta de o motorista dirigir sob a influência de bebida alcoólica com concentração acima de 0,33mg de álcool por quantidade de ar expelido dos pulmões, que fica equivalente a 6 decigramas de álcool por litro de sangue. Para identificar a infração, autuar, e punir os motoristas infratores, foi criada a Blitz da Lei Seca.

2.2 LEI SECA E CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (CTB)

Por isso, sendo a condução de veículos sob a influência de bebida alcoólica considerada como uma infração gravíssima, e vendo que a grande maioria dos acidentes causados nas vias urbanas e rodovias eram por motivos de o condutor do veículo estar alcoolizado, passaram a ser feitas fiscalizações mais rigorosas com a utilização de um dispositivo chamado Bafômetro, no qual consegue identificar através do ar expelido pelo

condutor do veículo, a quantidade de álcool que ele teria consumido antes de assumir a direção da sua motocicleta ou automóvel.

Campanhas de conscientização também passaram a ser feitas com frequência para que as pessoas fiquem sempre alertas ao risco que geram para si mesmas e para outras pessoas.

No entanto, a Lei 11.705/08 reforçou o Artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), e em seu Parágrafo 1º, no qual dispõe:

“Artigo 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.”

Sendo assim, o condutor do veículo encontrado dirigindo sob a influência de bebidas alcoólicas, que for constatado concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior à 0,3 miligramas ou haver sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora afetada, será enquadrado no código 757-90 da abordagem policial, onde fica responsável pela infração, que conforme descrito no Art. 306, CTB, além de ser condenado à detenção que pode levar de seis meses a três anos, ou a pagar uma multa para o estado estipulada no valor de R\$ 2.934,70, além de ter a sua Carteira Nacional de Habilitação (CNH) suspensa e o motorista perder o direito de dirigir por 12 meses.

Mas como é que o legislador chegou a esse valor da multa, no qual descreve o Art. 306? É simples entender, pois o valor da infração foi baseado na multa pela infração gravíssima, a qual tem o valor de R\$ 293,47 e são multiplicados por 10 vezes, que fica estipulada por Lei, conforme descrito no Art. 165, CTB o qual segue:

“Art. 165: Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)Infração - gravíssima;

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

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.”

Ementa: HABES CORPUS PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III - No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV - Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V - Ordem denegada.

Em sua doutrina, Barroso (2020, p. 47) concorda com a jurisprudência:

[...] esse delito insere-se no rol dos crimes de perigo abstrato, e sua descrição legal não atenta contra princípios constitucionais, porque é científica e estatisticamente comprovado que a condução de veículo automotor por quem ingeriu álcool ou substâncias psicoativas em determinado patamar coloca em risco a incolumidade física e a vida de terceiros, dada a diminuição dos reflexos, da percepção sensorial e da habilidade motora.

Dessa forma, o legislador nos dá a entender que, por motivos de proibição e suspensão da CNH do condutor, seguidas pelas penas de detenção e multa conforme descritos nos Artigos supracitados, ele deixaria de cometer este tipo de delito e diminuiria o grandioso número de acidentes que vinham acontecendo por tais motivos.

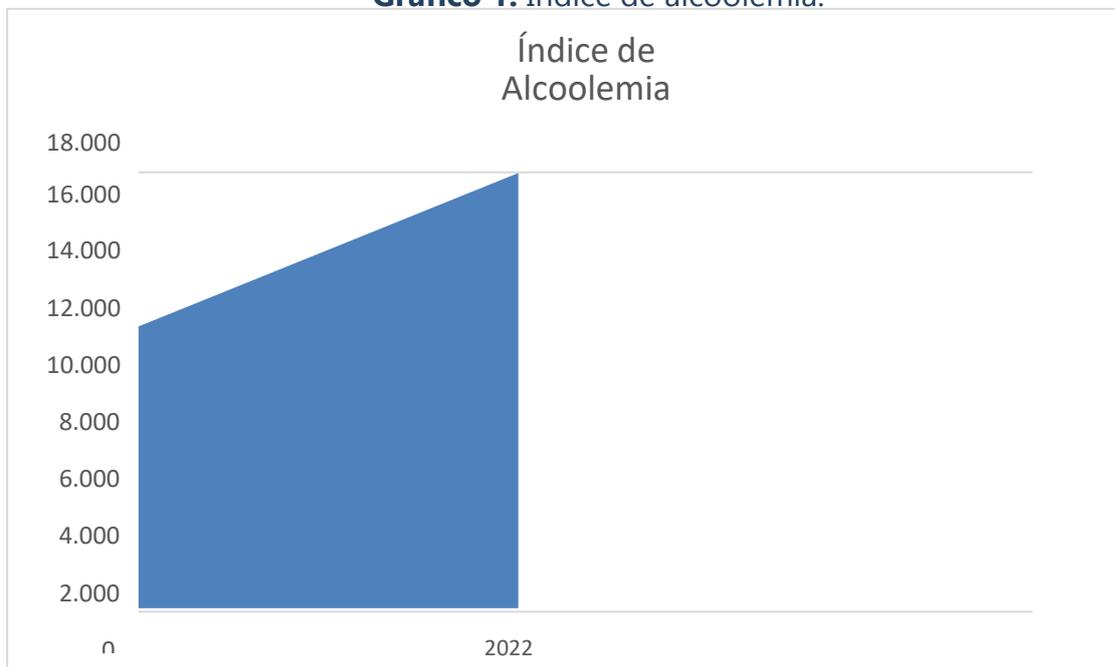
2.3 O CONSUMO DE ÁLCOOL

Durante uma pesquisa realizada de janeiro a julho de 2022, os órgãos responsáveis pela fiscalização do trânsito no Distrito Federal flagraram vários condutores que estavam dirigindo sob efeito de álcool. O Departamento de Trânsito (Detran-DF), juntamente com a Polícia Militar (PMDF) e o Departamento de Estradas de Rodagem (DER-DF) realizaram operações nas principais vias da capital federal em conjunto.

Nesta pesquisa, as instituições responsáveis pela segurança no trânsito flagraram um total de 16.766 condutores que conduziam seus veículos após o consumo de bebida alcoólica. Conforme gráfico abaixo, o total é 54,5% maior do que o registrado dentro do mesmo período comparado ao ano de 2021, quando foram flagrados 10.853.

A questão do álcool é facilmente conexa com o seu impacto no trânsito. Isso porque ao misturar direção sob influência de bebidas com teor alcoólico, o condutor pode responder por crime.

Gráfico 1: Índice de alcoolemia.



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Conduzir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool é um crime previsto pelo CTB (Código de Trânsito Brasileiro), com pena de detenção de seis meses a três anos. Além disso, ainda pode responder por omissão de socorro, lesão corporal ou até mesmo homicídio, dependendo do caso concreto.

Em relação a isso, os órgãos fiscalizadores entenderam que por conta de o índice de motoristas flagrados alcoolizados ter sido 54,5% no comparativo com o primeiro semestre de 2021. Somente no primeiro fim de semana de julho, 187 motoristas foram flagrados por dirigir sob efeito de álcool, onde o diretor de Policiamento e Fiscalização de Trânsito do Detran-DF, Glauber Peixoto, se manifestou dizendo que esse aumento se dá em razão da intensificação das operações no combate à alcoolemia na direção:

“Estamos focados em preservar vidas no trânsito, mas o álcool, combinado com os demais fatores de dispersão, como o excesso de velocidade ou uso do celular ao volante, são os grandes vilões e aumentam o risco de acidentes”, no qual ressaltou o diretor”.

Em decorrência disso vários condutores foram autuados em flagrante alcoolizados, e recebiam as multas e condenações conforme cada um se enquadrava com a descrição nos artigos 165 e 306 do CTB. Onde entendia-se que a multa que lhes era imposta era

desproporcional ao que deveria ser, pois muitos condutores queeram abordados nas BLITZ, negavam o teste e mesmo assim recebiam a multa.

2.4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Como a Lei do bafômetro não tem um efeito obrigatório, muitos passaram a entender que as multas e condenações que lhes eram impostas afetava uma parte de seus direitos fundamentais descritos no Art. 5º, da Constituição Federal de 1988(CF/88), onde apenas pela simples recusa de se submeter aos testes a eles impostos, sendo principal direito afetado. Fato este pode ser comprovado no descritono Inciso LXIII, que dispõe:

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: (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;"

No entanto, mesmo recusando-se ao teste, o qual diante da Lei lhes eram lícito, os condutores ainda recebiam as multas au tuadas decorrente à autoridade policial entender que o condutor do veículo estava com a sua capacidade psicomotora alterada sem qualquer tipo de prova a qual se basear, e mesmo assim eram conduzidas à Delegacia de Polícia, para realização de exames, na qual de acordo com a Resolução do CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito) Nº 432 de 23/01/2013, conforme seu Art. 3º, Incisos I e II, abordam:

Art. 3º. A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:

I - Exame de sangue;

II - Exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

A partir disso, os condutores entenderam que algo de errado feria seus direitos fundamentais e o Princípio da Autoincriminação. Tal princípio, tem previsão no Pactode São José da Costa Rica, que dispõe em seu artigo 8º. 2, G, onde:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoatem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

G) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Desse modo, o condutor não fica obrigado a produzir provas contra si mesmo, nem a se declarar culpado, sem que seu silêncio gere algum tipo de ônus a ele. A partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), os tratados relativos aos direitos humanos começaram a vigorar de imediato e ser equiparados às normas constitucionais. Assim, qualquer lei que viole os tratados internacionais, agem em desconformidade com a Constituição Federal e suas normas, por equiparação.

2.5 DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

Em 19 de maio de 2022, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu que a imposição da multa a todos que se recusar ao teste do bafômetro não viola o Princípio da Não Autoincriminação. O STF declarou a total constitucionalidade da Lei 11.705/08, a Lei Seca. Onde a Suprema Corte também validou o artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, estabelecido pela Lei 13.281/2016, que descreve como infração autônoma de trânsito a simples recusa de o condutor de veículo automotor ser submetido ao teste que pode certificar de fato se há influência de álcool.

Dessa maneira, os ministros ressaltaram que a imposição de multa para o condutor que se recusar a fazer o teste do bafômetro não violaria o seu direito à não autoincriminação, pois não há nenhum tipo de penalidade criminal por não fazer o bafômetro, apenas seria uma penalidade administrativa.

Contudo, o STF aprovou o Tema 1.079 de repercussão geral impondo a seguinte tese:

"Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltadas a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (artigo 165-A e artigo 277, parágrafos 2º e 3º, todos do Código de Trânsito Brasileiro, na redação dada pela Lei 13.281/2016)".

O criminalista Diogo Malan declara plena concordância com a decisão do STF, expressando que:

"O privilégio contra a autoincriminação impede quaisquer consequências penais (como a condenação) e processuais penais (como a decretação de prisão temporária) desfavoráveis ao acusado que exerce esse direito fundamental, mas não sanções administrativas."

Também a advogada Paula Sion avalia semelhantemente a decisão do STF de que não há inconstitucionalidade na conclusão do Supremo, dispondo:

"Afim, não há compulsoriedade em realizar o teste — isso, sim, feriria a garantia de não autoincriminação — mas apenas uma sanção administrativa a quem se recusara fazer o bafômetro."

Na visão da advogada, o direito à vida se sobrepõe a qualquer outro. Portanto, todas as ações contrárias a isso, em relação de coibir o binômio "bebida + direção" são válidas.

2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Para Luiz Roberto Barroso (2020, p. 251), "a razoabilidade consiste em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa". Em conjunto a isso, existe o princípio da Proporcionalidade, que como o próprio nome descreve, torna algo proporcional, ou seja, sem ônus.

Estes princípios impõem limites à Administração Pública na execução dos seus atos, promovendo a regulamentação nas formas proporcionais e sempre razoáveis, e assim, adequando-os ao caso concreto.

Entretanto, a razoabilidade também pode ser definida como a vedação ao excesso. Segundo Barroso (2020, pg.252):

“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”.

Contudo, analisando os argumentos já citados, pode-se afirmar que é cabível ao Estado a fixação de qualquer punição ao condutor simplesmente pela recusa a submeter ao teste do etilômetro, seja ela desproporcional e/ou irrazoável.

Nesse sentido é a lição de Barroso (2020, p.305):

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, termos empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Nessa toada, a efervescência com a verossimilhança da alegação de interesse público no momento da revogação não reflete a mera proteção do interesse privado, qual seja, a empresa vencedora da licitação. Trata-se, pois, de uma preocupação com a efetividade e respeito ao instituto da licitação, bem como ao princípio da fundamentação dos atos administrativos.

Assim, se o instituto da revogação, notadamente nos procedimentos licitatórios, for banalizado por meio da utilização retórica da nomenclatura “interesse público”, licitações poderão ser demasiadamente revogadas por interesses funestos, a exemplo, quando o vencedor seja ele pessoa física ou jurídica, desagradar a expectativa do agente político, o que frustrará os princípios da licitação, especialmente o da impessoalidade, legalidade e moralidade.

2.7 PROPORCIONALIDADE DA MULTA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO OS GRAUS DE EMBRIAGUÊS E A RECUSA DO TESTE DO MOTORISTA

De acordo com Bittencourt (2012) no que se refere ao Direito Penal, o sentido de proporcionalidade estaligado à ideia de que deve haver um juízo de ponderação e proporcionalidade entre a carga punitiva e coatora da pena e o fim perseguido pela pena cominada.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção.

Portanto, o princípio da proporcionalidade rechaça, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário : o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (GRECO, 2015, p.125)

Sendo assim, desta essencia se extrai duas vertentes, sejam elas, a proibição do excesso, evitando punições desnecessárias de condutas praticadas cujo resultado não sejam tão expressivo (lesivo), bem como no sentido de evitar a excessiva valoração do bem jurídico tutelado, cominando um pena abstrata desproporcional à conduta praticada.

A Jurisprudência dos Tribunais brasileiros tem demonstrado cada vez maior a aplicação do princípio da proporcionalidade em seus julgados, ampliando sua importância em todos os ramos do Direito pátrio, embora Luís Roberto Barroso nos demonstre que o princípio da proporcionalidade no Brasil tem percorrido trajetória modesta. Da mesma forma, Daniel Sarmiento debita à lenta aplicação daquele princípio a visão rígida e esquemática da jurisprudência a propósito da separação de poderes .

Antes da Constituição de 1988, tal princípio vinha sendo acolhido sem ser expressamente abordado, em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal (Rep. 1077, RTJ 112:34; Rep. 1054, RTJ 110:937), só sendo explicitamente reconhecido a partir do julgamento da ADIN 855-2, pelo qual admitiu-se expressamente a violação ao princípio da proporcionalidade. Atualmente, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado, pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobretudo como instrumento para solucionar colisão de direitos fundamentais.

No princípio da proporcionalidade nos leva a crer que só podem ser restringidas na estrita medida em que isso seja necessário para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, de natureza individual ou coletiva. Por isso é que o juízo da proporcionalidade, entre o direito e o dever de informar e os eventuais danos sofridos por outrem pela divulgação da informação.

Nem sempre há consenso da vedação à proteção deficiente em comparação à proteção dos direitos constitucionalmente garantidos, pois, não é possível que o Estado, a pretexto de oferecer ao indivíduo proteção contra seus próprios excessos, retirar ou deixar de oferecer-lhe a necessária proteção, nesse aspecto, a proteção aos direitos fundamentais deve ser integral.

De acordo com Streck:

(...) se de um lado o Estado-legislador deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso – *Übermassverbot*), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo no sentido positivo, representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – *Untermassverb*). (2004, p. 8)

Não se admite, assim, que um direito fundamental seja deficientemente protegido no sentido de que a cominação de pena aquém da importância exigida pelo bem jurídico tutelado, não é possível assim, que o legislador comine uma pena deficiente a delitos que infrinjam bem jurídicos da mais alta relevância, de nível transindividual e individual, tais como o direito da sociedade a um trânsito seguro e o bem da vida, bem jurídicos estes afetados quando da ocorrência da direção sob influencia/efeito de álcool e consequente mortes e lesões no trânsito. (SARLET, 2005).

A Lei nº 13.281/2016, Brasil (2018) trouxe diversas alterações nos artigos já existentes do Código de Trânsito Brasileiro além da inclusão de diversos outros, sendo as duas mais importantes para o presente estudo a alteração do artigo 277 e a inclusão do artigo 165-A ao ordenamento:

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) meses.

Art. 277 [...] § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Consoante simples leitura dos artigos supracitados, a simples recusa a realizar quaisquer dos exames já citados nesse estudo, seja o teste do etilômetro ou o exame clínico, acarreta em punição para o condutor. Em suma, se uma pessoa não quiser fazer provas contra ela mesma, ela será punida nos termos do Código de Trânsito Brasileiro.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXTRAIR QUALQUER CONCLUSÃO DESFAVORÁVEL AO SUSPEITO OU ACUSADO DE PRATICAR CRIME QUE NÃO SE SUBMETE A EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: NEMO TENETUR SE DETEGERE. INDICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS JURIDICAMENTE VÁLIDOS, NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTARIA EMBRIAGADO: POSSIBILIDADE. LESÕES CORPORAIS E HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE, EM TESE, CONFIGURAM CRIME. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Não se pode presumir que a embriagues de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo. (BRASIL, 2008).

De fato, a equiparação de negativa à submissão dos exames à infração administrativa do art. 165 do CTB (embriaguez ao volante) – e é isso que o texto legal está

fazendo -, implica em presunção que o condutor estava sob o efeito do álcool. Invertem-se os valores. Ao invés de se presumir a inocência do motorista, presume-se sua culpa em decorrência do fato de se negar a submeter-se àqueles exames.

Sem falarmos que o procedimento que vem sendo adotado, pelos agentes dos impetrados, ao argumento de cumprimento da lei, implica em violação do princípio "Nemo tenetur se detegere", ou da não autoincriminação, ou princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si mesmo.

O significado do princípio nemo tenetur se detegere consiste em dizer que qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal tem os direitos ao silêncio e a não produzir provas em seu desfavor.

Vale lembrar, nesse contexto, o magistério de De Castro (2015, p.57) "embora não tenham exatamente o mesmo conteúdo, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação estão infindavelmente ligados".

Importa registrar, também, que a origem liberal do constitucionalismo norte americano inscreveu referido princípio diretamente na 5ª Emenda à sua Constituição, ao vedar a conjuntura de um suspeito testemunhar contra si próprio, o que foi reiterado em diversos julgamentos da Suprema Corte daquela nação.

Esse princípio é decorrência de outros princípios constitucionais expressos, como o da presunção de inocência e do devido processo legal.

A doutrina, de forma unânime, sustenta o acolhimento deste princípio pela Carta Constitucional de 1988.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, também tem se manifestado no sentido da inconstitucionalidade do artigo, por violar os princípios constitucionais. Analisemos a decisão seguinte: AÇÃO ORDINÁRIA Autor que se volta contra auto de infração lavrado com base na regra do art. 277, §3º, da LF nº 9.503/97, com redação dada pela LF nº 11.705/08 Constitui violação aos princípio nemo tenetur se detegere, ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da isonomia, a aplicação, àquele que opta por não se submeter ao teste de alcoolemia, das mesmas sanções administrativas previstas para a hipótese de dirigir sob influência de álcool Dar tratamento idêntico a

condutas absolutamente diferentes (dirigir sob influência de substância alcoólica e negar-se a se submeter ao teste de alcoolemia), é política legislativa que se estabelece na base de presunção absoluta, cuja prova em contrário deixaria de ter qualquer relevância. De mais a mais, quem deixa de se submeter ao referido exame, a ele não se recusa, exercendo, de outra forma, simples opção resultante da garantia segundo a qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, prevista na Constituição da República (art. 5º, II). Recurso provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1018533-15.2016.8.26.0071, 7ª Câmara de Direito Público/TJSP, rel. Desembargador Luiz Sergio Fernandes de Souza, j. de 07.08.2017);

Nessa decisão, os Desembargadores apontam violação aos princípios da proporcionalidade, ao entender que não havendo sinais de embriaguez, a simples recusa em submeter-se aos testes não pode gerar penalização. Argumentam que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

A partir dos entendimentos acima, extraídos das notas doutrinárias e dos acórdãos citados, ainda que afeta à esfera administrativa, a penalização veiculada no artigo 165-A derroga princípios consagrados no texto constitucional, cumprindo ao judiciário reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, afastando a sua aplicação no caso concreto.

Neste sentido:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. (GRECCO, 2015, s.p)

Portanto, qualquer norma deve se submeter ao crivo dos princípios, pois só assim atenderão de forma eficaz o interesse público. Esse também deve ser o norte de toda normatização, buscando sempre eleger os meios mais adequados (e menos onerosos aos

direitos e garantias) de forma a conferir validade aos atos praticados na solução dos casos concretos.

Nesse sentido, o condutor tem duas possibilidades:

(i) se submeter ao exame e ter o risco de ser enquadrado no artigo 306, CTB, podendo ser detido e condenado até a três anos de detenção (importante frisar que tratam-se de equipamentos que podem não estar devidamente calibrados);

(i) se recusar a se submeter ao exame, implicando assim na aplicação do artigo 165-A, CTB, tendo que pagar uma multa altíssima, ter seu direito de dirigir suspenso, além de recolhimento do documento de habilitação e seu carro retido.

Dessa forma, mesmo que o condutor escolha não produzir prova contra ele mesmo, será punido. No caso da recusa a realizar o teste do bafômetro, prevista no artigo 165-A, CTB, o condutor será autuado e poderá defender seu direito por meio do processo administrativo previsto no Código de Trânsito Brasileiro.

CONCLUSÃO

A partir da análise das funções retributivas e preventivas da pena, com base na teoria unitária da pena, juntamente à ideia de eficácia destas em relação aos delitos ocasionados por motoristas embriagados, passa-se a tecer algumas conclusões, sem nenhuma pretensão de esgotamento do tema.

Após explorar cada aspecto da norma, nota-se que o Poder Legislativo brasileiro buscou editar a Lei nº 13.281/2016 para alterar o Código de Trânsito Brasileiro com intuito de coibir a direção de veículos automotores após o condutor ingerir bebidas alcólicas ou outra substância psicoativa e preservar as vidas no trânsito.

O direito à vida é o bem maior tutelado por nosso ordenamento jurídico. Logo, deve-se preservar o direito à vida de toda uma coletividade em face do interesse individual/particular, de não soprar ao bafômetro, sob o fundamento de violação ao direito de não produzir prova contra si próprio (*nemo tenetur se deterege*) e a integridade física.

Tem-se a supremacia do interesse público de manter afastado das ruas um indivíduo que dirige sob a influência de álcool. Portanto, a imposição do teste do bafômetro faz-se necessária, sendo uma prova lícita, imprescindível para a configuração dos crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, em especial, o artigo 306, já que este exige para a

configuração do crime, a presença de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue.

Nesse trilhar, a simples recusa do condutor a realizar o teste do bafômetro/etilômetro após ser abordado por autoridade competente gera punições no âmbito administrativo, mesmo que não esteja comprovada a ingestão de tais substâncias. Caso escolha fazer o teste e o resultado seja positivo, a pessoa poderá responder penalmente por seus atos.

Outro ponto de imprescindível relevância é que o endurecimento da lei traz sim resultados positivos, tal conclusão advém do fato de que com o a promulgação da Lei Seca houve uma diminuição nos acidentes de transito causados por motoristas ébrios, talé um fato, constatado por estatísticas, o que corrobora ainda mais a eficácia que um aumento de pena, aliado a outros fatores trará.

Saliente-se que, se é patente a necessidade de alteração na mencionada legislação, tornando-a mais rigorosa, também é latente a impossibilidade deste "endurecimento" advir do judiciário, no sentido de aplicação do dolo eventual sem critérios, visto que aplicar o dolo eventual para punir mais severamente o indivíduo, em situações que claramente não se aplica tal instituto, é desrespeitar os conceitos caros ao Direito Penal e Processual Penal.

Conclui-se, pois, que concomitantemente à rigidez da Lei, deve haver a adoção e outras medidas que objetivem este fim, frisa-se, pois, que no presente estudo não se desmerece a implementação de outras medidas, ao contrário, entende-se que uma legislação rígida não funcionará isoladamente, sem a implementação de medidas políticas, estruturais e educacionais, o que ocorre é que o foco escolhido no trabalho foi a cominação de uma pena mais eficaz, mais rigorosa.

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.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 15. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BRASIL. LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016. Dispõe sobre a alteração da Lei nº9.503, 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: 02 de novembro de 2022.

BRASIL. Artigo 8 do Decreto nº 678 de 06 de Novembro de 1992. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/157671260/artigo-8-do-decreto-n-678-de06-de-novembro-de-1992>. Acesso em 02 de novembro de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 93.916/PA. David Miranda de Almeida x Superior Tribunal Justiça. Relator: Carmem Lúcia. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 26 de junho de 2008. DJ de 27/06/08.

BRASIL. Lei nº 13.281 de 4 de maio de 2016. Altera o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Planalto, 4 maio 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13281.htm. Acesso em: 11 mai. 2023.

CORREIO BRAZILIENSE. Índice de motoristas flagrados alcoolizados é 54,5% maior que em 2021, postado em 05/07/2022 às 10:07. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2022/07/5020080-indice-demotoristas-flagrados-alcoolizados-aumenta-em-2022.html>>. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. Decisão do STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-01/advogados-divergem-multa-quem-recusarteste-bafometro#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Fedentendimento>>. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

COORDENAÇÃO DO COMITÊ DO MPPR DE ENFRENTAMENTO ÀS DROGAS. Informe Mensal de janeiro de 2022. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Informativos_/2022/Informe_Mensal_01_22.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2022.

CONTRAN. Resolução CONTRAN Nº 432 DE 23/01/2013. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250598>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

CTB Digital. ART. 165. Disponível em: <<https://www.ctbdigital.com.br/artigo/art165>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

DE CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. INFLUXOS DA LEI 12.971/14 NOS DELITOS DE HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO, EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DISPUTA AUTOMOBILÍSTICA NÃO AUTORIZADA. Ano 2015.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes de Trânsito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2019, p. 45-46

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Direito ao silêncio: garantia à não autoincriminação. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direitoconstitucional/o-direito-ao-silencio-e-o-principio-da-presuncao-de-inocenciagarantias-a-nao-autoincriminacao>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

RELATÓRIO ESTATÍSTICO DE SEGURANÇA VIÁRIA. Observatório Nacional De Segurança Viárias – 2018. Disponível em: <<https://www.flipsnack.com/observatorio/relat-rio-estat-stico-de-seguran-a-vi-ria-iilcool-comp.html>>. Acesso em 31 de outubro de 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista brasileira de ciências criminais, v. 47, p. 60-122, 2014. Disponível em : <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em de 25 de janeiro de 2015

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 53, p. 223-251, 2014.