

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES / UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

GUILHERME RAFAEL DE SOUZA ARAUJO

**A LEI SECA E SUA DICOTOMIA: SUPREMACIA DO INTERESSE
PÚBLICO *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CARUARU

2017

GUILHERME RAFAEL DE SOUZA ARAUJO

**A LEI SECA E SUA DICOTOMIA: SUPREMACIA DO INTERESSE
PÚBLICO *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Faculdade
ASCES-UNITA, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Dra. Paula Rocha.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____ / ____ / ____.

Presidente: Professora Dra. Paula Rocha.

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho em primeiro lugar a minha mãe **MARIA DE LOURDES DE SOUZA ARAUJO**, a matriarca da família, por me fazer compreender que qualquer sonho é possível, sendo necessários paciência, amor e coragem. Sem seu encorajamento e amor, não seria possível realizar sonhos. Ao meu falecido pai **RAFAEL PEREIRA DE ARAUJO**, que me ensinou a sempre buscar a honestidade e o respeito ao próximo como algo a ser seguido sempre. A minha segunda mãe, tia “zeza” e o meu tio Dílson, por sempre demonstrarem que a busca pelo conhecimento é algo gratificante e de suma importância para a vida em sua plenitude. Dedico ainda, aos meus filhos **LUIS GUSTAVO DA SILVA ARAUJO** e **JOÃO GUILHERME CORREIA ARAUJO**, a partir da chegada em minha vida, transformou meu entendimento e trouxeram força para prosseguir a realização de meu sonho.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a minha base, a matriarca amada mãe, por todo apoio incondicional realizado em todas as searas da minha vida.

Ao meu amigo Clayton Silva Barbosa, por me proporcionado uma amizade e companheirismo que foram determinantes para atingir meus objetivos.

Ao meu amigo Gleydson Mendes, por ter colaborado com o meu desenvolvimento Acadêmico e Profissional.

Ao meu grande amigo, CIPRIANO LEITE DA SILVA ou com era conhecido "LUCIANO", por ter me ajudado com sua lealdade e amor durante toda a sua jornada, estando presente nós momentos mais difíceis. Descanse em paz Luciano.

A Rafael Santos, por sua amizade e por ter me proporcionado calorosos debates de relevante reflexão jurídica/social.

À minha orientadora Paula Rocha, por sua imensa gentileza e notório conhecimento, que me fez compreender e construir a ponte para atingir meu sonho.

Todos os meus amigos, familiares que de algum modo colaboraram para o desenvolvimento, este trabalho contém um pouco de todos vocês.

***“A coragem contém em si mesma
o poder, o gênio e a magia.”***

(Johann Goethe)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como título a Lei Seca e sua Dicotomia: Supremacia do Interesse Público *versus* Direitos Fundamentais, tendo como objetivo discutir a aplicação do interesse Público frente aos Direitos fundamentais. O Código de Trânsito Brasileiro regulamenta atividade de fiscalização dos condutores de veículos automotores, obrigando a realizar testes de alcoolemia, imputando responsabilidade administrativa através de aplicação de penalidades aos que se recusarem a realizar o referido teste. Nesse prisma, a obrigatoriedade em realizar procedimentos administrativos pode repercutir na seara Penal, ocasionando efeitos contrários ao Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, busca-se uma análise da problemática a partir do ordenamento jurídico pátrio, procurando demonstrar a necessidade de adequar o Interesse Público frente aos Direitos Fundamentais. Com relação aos procedimentos técnicos restam classificados como bibliográfico, por ser desenvolvido através de artigos e livros científicos. Busca-se através do método dialético, analisar os atuais posicionamentos a respeito da questão. Também foi utilizado o método qualitativo, com base nas doutrinas e artigos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Seca. Código de Trânsito Brasileiro. Supremacia do Interesse Público. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present paper of conclusion of course has like title the Drought Law and its Dichotomy: Supremacy of the Public Interest versus Fundamental Rights, aiming to discuss the application of the Public interest in front of the Fundamental Rights. The Brazilian Traffic Code regulates the inspection activity of drivers of motor vehicles, obliging to carry out alcohol tests, imputing administrative responsibility through the application of penalties to those who refuse to perform the said test. In this perspective, the obligation to carry out administrative procedures can have repercussions in the criminal sector, causing effects contrary to the Democratic State of Law. In this context, an analysis of the problem is sought from the legal system of the country, seeking to demonstrate the need to adjust the Public Interest to Fundamental Rights. Regarding the technical procedures, they are classified as bibliographical because they are developed through scientific articles and books. Through the dialectic method, we seek to analyze the current position on the question. The qualitative method was also used, based on doctrines and articles.

KEYWORDS: Dry Law. Brazilian Traffic Code. Supremacy of Public Interest. Fundamental rights.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Exames de alcoolemia realizados pela PRF.....	15
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS DA LEI Nº 11.705/08 CONHECIDA POR LEI SECA QUE ALTEROU A LEI Nº 9503/97 QUE CRIOU O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.....	12
1.1 Origem do termo Lei Seca.....	12
1.2 Despesas oriundas de acidentes de trânsito.....	12
1.3 Estudo referente ao uso de álcool e condução de veículos.....	13
1.4 Dados referentes ao binômio álcool <i>versus</i> direção.....	14
1.5 Breve digressão: Supremacia do Interesse Público versus Interesse Privado.....	16
2. DO ESTADO DE POLÍCIA VERSUS ESTADO DE DIREITO.....	21
2.1 Do Estado de Polícia ao Estado de Direito.....	21
2.2 O Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988.....	23
2.3 Do Princípio da supremacia do interesse Público	24
2.4 Os Direitos fundamentais como verdadeiro interesse Público.....	29
2.5 Princípio da não auto-incriminação (<i>nemo tenetur se detegere</i>).....	33
3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO EM FACE ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE.....	38
3.1 Análise da Legislação de Trânsito no tocante à infração administrativa pela recusa do condutor ao exame do Etilômetro.....	38
3.2 Nova legislação advinda pela Lei nº 13.281/16 que criou o art. 165-A do CTB.....	41
3.3 Necessidade de constatação por outros meios de provas admitidas em Direito.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo enfrentar a possível dicotomia existente entre o Princípio da Supremacia do Interesse Público *versus* os Direitos Fundamentais. Deste modo, será analisada a origem histórica do termo “Lei Seca” e os gastos com acidentes de Trânsito.

No primeiro capítulo foi analisado um estudo referente ao uso do álcool e condução de veículos, demonstrando através de dados referentes ao binômio álcool *versus* direção, à necessidade de se apresentar um programa de combate ao uso do álcool como forma de reduzir acidentes.

O Estado por sua vez, adota diversas medidas visando coibir esse tipo de prática. Ocorre que muitas dessas medidas vão de encontro à constituição e a atuação do Estado passa a ser galgada em ações que lembram o Estado de Polícia.

Nesse compasso, a Constituição Federal de 1988 contempla o Estado Democrático de Direito como forma de orientar todas as ações do Estado, logo será feita uma abordagem acerca do Princípio da Supremacia do Interesse Público em uma perspectiva constitucional que visa garantir os Direitos Fundamentais como verdadeiro Interesse Público.

Ademais, a efetivação de qualquer princípio necessita que o intérprete compreenda corretamente o seu conteúdo jurídico. Analisando os fundamentos do sistema jurídico e identificando quais elementos compõem, haja vista, que a interpretação princípio lógica necessita ser analisada sobre essa ótica, sob pena de ser equivocada. Os direitos fundamentais são elementos nuclear do interesse público, sendo impossível dissociá-los.

Posteriormente foi estudado a segunda Guerra Mundial, em 1948, onde ocorreu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ganhando maior destaque a nível internacional. Os direitos fundamentais em conjunto com a reconstitucionalização que aflorou na Europa com fito de todo Estado ter Constituição para limitar o poder autoritário e ditar regras de prevalência dos direitos fundamentais, desaguando para o Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição Brasileira de 1988.

Diante da necessidade do Estado enquadrar suas ações em condutas que respeite os Direitos Fundamentais, obrigar o condutor a realizar o teste do Etilômetro

esvazia a garantia constitucional de não auto-incriminação, ou seja, *onemotenetur se detegere* reside no fato de ninguém ser compelido a produção de provas que possam acarretar em uma auto-incriminação, em decorrência não pode surgir qualquer efeito negativo que possa gerar prejuízo ao arguido por sua omissão ou recusa.

No último Capítulo, será feito uma análise da Legislação de Trânsito no tocante à infração administrativa pela recusa do condutor ao exame do Etilômetro e Nova legislação advinda pela Lei nº 13.281/16 que criou o art. 165-A do CTB

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS DA LEI Nº 11.705/08 CONHECIDA POR LEI SECA QUE ALTEROU A LEI Nº 9503/97 QUE CRIOU O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

1.1 Origem do termo Lei Seca

A nomenclatura “Lei seca” surge nos Estados Unidos, com a edição da 18ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos em 16 de janeiro de 1919, que proibiu a fabricação, o transporte, a importação e a exportação de bebidas alcoólicas e a venda dentro do país. À Emenda 18ª ficou conhecida mundialmente como “lei seca”, e o termo passaram a ser empregado mundialmente a qualquer norma que vise a restrição ao uso ou acesso às bebidas alcoólicas.

No Brasil a chamada “Lei seca” tem como objetivo reduzir os índices de acidentes de trânsito que são causados pelo binômio álcool *versus* direção.

Segundo a Assembleia Geral das Nações Unidas, o período de 2011 a 2020 será a “Década de ações para a segurança no Trânsito”. O documento foi pautado em um estudo feito pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que constatou em 2009, cerca de 1,3 milhão de mortes no trânsito em 178 países. São três mil mortes por dia no trânsito e a nona causa de morte no mundo. A principal faixa atingida é de 15 a 29 anos de idade, a segunda faixa é de 5 a 14 e a terceira faixa de 30 a 44 anos. (BRASIL, 2012)

1.2 Despesas oriundas de acidentes de trânsito

O Brasil está no quinto lugar entre os países que mais morrem pessoas no trânsito, precedido da Índia, China, Estados Unidos e Rússia e seguido pelo Irã, México, Indonésia, África do Sul e Egito, juntos essas dez nações são responsáveis por 62% das mortes por acidentes no trânsito. (BRASIL, 2012)

O custo com acidentes já atingiu US\$ 518 bilhões por ano, o que em termos percentuais representa até 3% do Produto Interno Bruto (PIB) de cada país. No Brasil, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) estima que os custos totais dos acidentes sejam de R\$ 28 a 30 bilhões de reais ao ano. Desse total, os

acidentes no tráfego são de 1,0% do total do PIB em países de baixa renda, 1,5% em países com renda média e 2,0% naqueles de alta renda. (BRASIL, 2012)

A OMS aponta que se nada for feito as mortes no trânsito em 2020 poderá atingir 1,9 milhão passando a ser a quinta causa de morte no mundo. (BRASIL, 2012)

1.3 Estudo referente ao uso de álcool e condução de veículos

Segundo estudo realizado pelo Instituto Nacional de Políticas Públicas do Álcool e Drogas (INPAD) existe uma crença popular em achar que os problemas do consumo de álcool estão unicamente relacionados com o alcoolismo. Porém existe uma gama de outros fatores relacionados a este consumo. (DUALIBI et al, 2010)

Deste modo, o grande problema enfrentado pela sociedade de uma maneira geral está relacionado aos abusos agudos das bebidas. Ficando evidente que um único episódio de abuso de álcool pode gerar efeitos, mesmo que o indivíduo não faça consumo com frequência.

Esse fator é determinante, haja vista que a população opta pelo consumo de álcool nos finais de semana, e tem como público a maioria de adolescentes e jovens adultos. Conforme supracitada, é a parcela da população que mais se envolve em acidentes de trânsito.

Nesse contexto, é importante destacar três aspectos elencados pelo INPAD quanto ao consumo de álcool: a toxicidade, intoxicação e dependência.

A toxicidade refere-se ao consumo pesado e constante que pode acarretar em problemas de saúde crônicos. A intoxicação aguda consiste na elevação rápida dos níveis de álcool no sangue. Que pode gerar efeitos diversos como, acidentes de trânsito, violência e acidentes pessoais. Em relação à dependência, o prejuízo causado é quanto ao controle do consumo.

Os danos causados dependem do padrão do indivíduo que consome a droga e não somente a frequência e quantidade em que se bebe. Sendo importante destacar o contexto em que o indivíduo está inserido. (DUALIBI et al, 2010)

O consumo de álcool se inicia na adolescência, este passa a ser a droga de primeira escolha, e por consequência o consumo ultrapassa o de todas as drogas

ilícitas juntas. Neste contexto, o número de adolescentes usuários de álcool vem aumentando vertiginosamente nos últimos anos.

Neste diapasão, o consumo de álcool se tornou uma verdadeira cultura por parte dos jovens ocidentais, sendo inclusive causa de morte por afogamento, incêndio e suicídio. Deste modo, sua dependência mais acentuada quando consumida por jovens menores de 21 anos de idade.

Segundo o INPAD 2010, o álcool é a droga mais utilizada em todas as faixas etárias, inclusive entre meninas, possuindo uma média de idade para o primeiro uso da droga de 12,5 anos. (DUALIBI et al, 2010)

O trecho do livro, beber ou dirigir, elaborado pela UNIFESP, trás à seguinte inteligência:

Quanto ao padrão de consumo, a literatura revela que **os adolescentes tendem a fazer uso de álcool de forma pesada**, apresentando episódios de abuso agudo (*binge drinking*), ou seja, o consumo, em uma mesma ocasião, de quatro ou mais doses por indivíduos do sexo feminino e de cinco ou mais doses pelos do sexo masculino. **Tal comportamento aumenta em dez vezes o risco de acidentes de trânsito** e eleva o risco de uma série de problemas sociais e de saúde, incluindo: doenças sexualmente transmissíveis, gravidez indesejada, acidentes de trânsito, problemas de comportamento, violência e ferimentos não intencionais. (DUALIBI et al, 2010, p. 25)

Fica evidente que o estudo realizado demonstra que o problema do uso de álcool e condução de veículos, necessita de políticas públicas voltadas para o público jovem com intuito de educar e conscientizar quanto ao consumo do álcool e condução de veículos.

1.4 Dados referentes ao binômio álcool versus direção

Segundo estatísticas realizadas pela Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (Abramet), que contribui com o planejamento da lei seca. Ficou evidenciado que 54% dos motoristas brasileiros fazem uso do álcool antes de dirigir. (BRASIL, 2016) Nesse contexto, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria com o Ministério da Saúde, constatou que 24,3% dos motoristas afirmam que assumem a direção do veículo após ter consumido bebida alcoólica. (BRASIL, 2016)

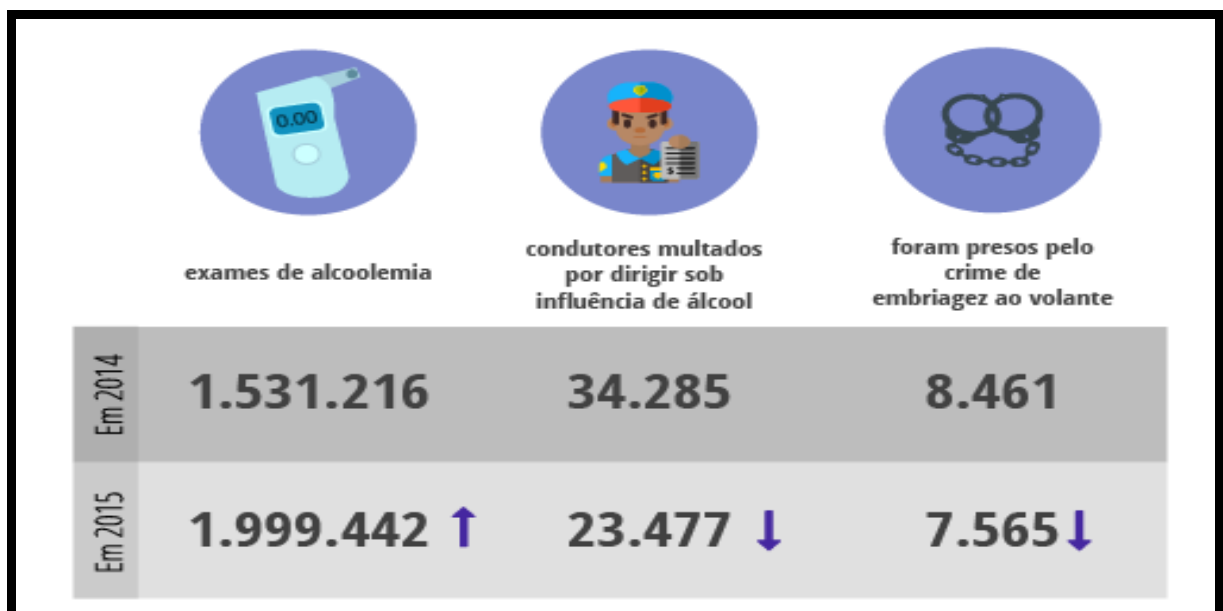
Outro dado importante, obtido pela Polícia Rodoviária Federal constatou que em 8% dos acidentes com vítimas fatais em rodovias e estradas Federais ocorreram devido ao uso do álcool. (BRASIL, 2016)

Mesmo com dados alarmantes no tocante ao uso de álcool e condução de veículos, como os supracitados, desde o ano de 2012 houve um aumento de 20% na frota de veículos segundo dados do Departamento Nacional de Trânsito (Denatran). (BRASIL, 2016) Entretanto, o número de acidentes automobilísticos totais registrados nas rodovias federais, caiu de 184.562 em 2012 para 122.005 em 2015, uma redução de 33%, enquanto o número de mortes reduziu de 8.663 para 6.859, totalizando um redução de 20%, segundo relatório realizado pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal. (BRASIL, 2016)

Nesse compasso, a Polícia Rodoviária Federal, no ano de 2015 realizou 1,9 milhão de testes de alcoolemia, o que resultou em 23,4 mil condutores multados por violar o artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro e 7,5 mil prisões pela violação ao artigo 306 do CTB incorrendo crime de embriaguez na condução de veículo automotor. (BRASIL, 2016)

Observa-se, os seguintes dados referentes à quantidade de exames de alcoolemia, realizados nos anos de 2014 e 2015 pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal:

Figura 1. Exames de alcoolemia realizados pela PRF.



Fonte: Agencia Brasil. 2016.

1.5 Breve digressão: Supremacia do Interesse Público versus Interesse Privado

Buscando uma análise das novas alterações advindas com a Lei nº 13.281/16 que alterou diversos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), nesse momento especificamente, serão abordadas as alterações quanto ao disposto que pune o condutor que se recusar a fazer o teste de alcoolemia, sob três aspectos: o primeiro quanto à legislação atual, o segundo quanto à nova alteração e por último uma breve análise do interesse público *versus* o interesse privado e seus reflexos na ordem constitucional vigente.

Preliminarmente, faremos uma breve digressão do artigo 165, *caput*, do CTB, que estabelece a sanção administrativa ao condutor que dirigir sob influência de álcool, ou qualquer substância que determina dependência. O referido artigo tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Ou seja, o *caput* do art. 165 tipifica a conduta que irá ensejar em uma sanção administrativa ao condutor, que resolver conduzir seu veículo sob o efeito do álcool ou qualquer outra substância que determina dependência. (BRASIL, CTB, 2016)

Ocorre, que o dilema enfrentado pelos agentes fiscalizadores consiste, de modo geral, em qual procedimento o agente da autoridade de trânsito deve adotar para constatar a conduta descrita no referido *caput*.

O legislador remeteu ao artigo 277 do CTB, qual procedimento deve ser adotado pelo agente da autoridade de trânsito, que tem a seguinte inteligência:

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.

(...), alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas admitidas em direito.

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran eito admitidas.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a

se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (BRASIL, CTB, 2016)

Observe que o §3º do referido artigo cria uma nova sanção administrativa para o condutor que se recuse a se submeter a qualquer procedimento previsto no caput do art. 277, que estabelece que em caso de recusa do condutor a qualquer procedimento previsto no *caput* do 277, ele será punido com a infração do artigo 165 do CTB.

Perceba que está presente uma infração administrativa, art. 165 *caput* para quem dirigir sob efeito de álcool, porém temos duas formas em que ocorre a punição administrativamente:

- 1) A primeira, quando o condutor se submete ao teste e o resultado é o suficiente para caracterizar a infração, conforme estabelece a resolução 432/12 que dispõe acerca dos índices.
- 2) A segunda forma que incide na infração administrativa do art. 165, *caput*, é a mera recusa ao teste do etilômetro, conhecido como bafômetro.

Em síntese, o condutor fez o bafômetro, ultrapassou os índices legais, sofre a sanção do art. 165, entretanto a polêmica surge com a recusa ao teste do bafômetro, incidindo o art. 277, §3º que remete a mesma punição por quem dirige sob influência de álcool, aquele condutor que se recusar ao teste do etilômetro.

Deste modo, com a edição da Lei nº 13.281/16, o condutor que recusasse a fazer o teste do bafômetro, não mais irá incidir o artigo 277, §3º que remetia a punição ao art. 165 *caput*, com a edição da lei criou-se o artigo 165-A, com seguinte redação, *verbis*:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetidos 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.

Nesse compasso, a nova Lei resolveu positivar, desta vez, no capítulo das infrações uma obrigação de fazer ao condutor, que consiste em submeter-se a qualquer procedimento previsto no art. 277 sob pena de sofrer uma sanção administrativa.

Na prática, o condutor que recusasse a realizar qualquer procedimento previsto no art. 277 do CTB, já incorria no §3º do mesmo artigo e por consequência a infração do art. 165 do código de trânsito.

Com a edição do referido diploma legal que alterou o Código de Trânsito criando um art. 165-A não houve nenhuma alteração quanto a punição de quem se recusava a se submeter aos procedimentos do art. 277 do CTB, o legislador possivelmente quis por fim a discussão quanto a legalidade da aplicação do art. 277, §3º, haja vista se tratar de uma norma procedimental que embora não estivesse no capítulos das infrações, atribuiria sanção ao particular que recusa-se a submeter a qualquer procedimento.

Sem mais delongas, nesse momento, surge a grande controvérsia envolvendo o tema, a supremacia do interesse público (direito coletivo à segurança viária) se sobrepõe ao Direito Fundamental - (não realizar o teste)?

Será possível o cidadão, sob a Égide de uma Constituição que tem como primazia a Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais, esculpidos no seu artigo 5º e em tratados e convenções que versem sobre Direitos Humanos, os quais o Brasil é signatário, que constituem normas basilares ao Estado de Direito, petrificadas no seu artigo 60, § 4º, ser compelido à produção de provas que inicialmente repercutem na seara Administrativa, mas nada impede que ao serem realizadas possam também repercutir na esfera Penal.

Diante desse descompasso entre supremacia do interesse público *versus* interesse privado, qual o limite de atuação do Estado e quando um direito fundamental pode ser relativizado para atender a tal interesse, estamos no cerne da discussão.

As questões que envolvem o tema são complexas e revestem-se de uma infinidade de peculiaridades, contudo fazer uma breve digressão observando os principais posicionamentos doutrinários pertinentes ao caso:

Preleciona um dos maiores doutrinadores na seara administrativa, que conceitua o princípio do interesse público:

Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último. É pressuposto de uma ordem social estável em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 2003, p.60)

Ou seja, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Supremacia do Interesse Público é uma condição para que o interesse particular seja assegurado.

Nesse esteio, em obra intitulada *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Neto que coordenaram o Estudo, concluíram:

Por outro lado, existe uma outra noção, extremamente difundida no direito público brasileiro, de que os interesses públicos prevaleceriam sobre os particulares em casos de conflito. Para essa doutrina, estes interesses públicos superiores não se confundiriam com aqueles interesses que tem o Estado como pessoa jurídica (interesse públicos secundários), identificando-se antes com os interesses gerais da coletividade (interesses públicos primários). ***Daí o princípio da supremacia do interesse, que é empregado para justificar uma série de prerrogativas detidas pela Administração Pública***, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da sociedade como a imperatividade do ato administrativo, sua presunção de legitimidade, a autotutela administrativa, a competência do Estado para promover desapropriações, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e os privilégios processuais conferidos à fazenda pública, para citar apenas alguns exemplos. **(grifos nosso)** (ARAGÃO; AZEVEDO NETO, 2008, p.98)

Testilhando da ideia supracitada por Bandeira de Mello, os autores defendem que o Estado tem como dever fundamental, não por escolha, mas como um imperativo constitucional, que é a proteção e a promoção dos direitos fundamentais de seus cidadãos tendo a garantia desses direitos tornados um verdadeiro interesse público.

Nessa esteira, segundo os doutrinadores supracitados, houve uma mudança na visão quanto dos direitos fundamentais em colisão aos interesses públicos, *verbis*:

A compreensão sobre a preeminência dos direitos fundamentais na ordem jurídica tem levado a melhor doutrina administrativa a repensar a definição clássica de poder de polícia, que, infelizmente, ainda hoje se pode encontrar na maioria dos manuais nacionais, segundo a qual tratar-se-ia de atividade administrativa voltada à submissão dos direitos individuais aos interesses da coletividade. **Essa, na verdade era uma concepção própria do Estado de**

Polícia e que não se concilia com o ideário do Estado de Direito, que postula a plena vinculação dos poderes políticos aos direitos fundamentais. (MELLO, 2008, p.132)

Neste diapasão, conforme classificação doutrinária de Luiz Flávio Gomes e Leonardo Schmitt de Bem, em seu livro sobre a Nova Lei Seca, mostraram-se contrário à aplicação da sanção administrativa por parte do Estado ao particular que recusar-se a fazer um bafômetro, aduzindo:

Não há dúvida de que temos que reagir contra a tragédia nacional das mortes no trânsito. Mas não podemos esquecer que o Brasil encontra-se regido constitucionalmente por um Estado democrático de Direito, que possui regras limitadoras do tendencialmente autoritário poder punitivo estatal, que também pode ser criminoso, tal como foi o direito penal nazista. (GOMES; SCHMITT, 2012, p.99)

Nesse compasso, sem entrar na discussão quanto à eficácia da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida popularmente como "Pacto de San José da Costa Rica" quanto a seu status como norma constitucional ou normal supralegal, partindo do pressuposto que o tratado foi recepcionado pela constituição e que suas normas devem ser observadas:

A inteligência do seu artigo 8º, 2, letra g, que a pessoa tem o "direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada", ou como alguns doutrinadores costumam melhor conceituar que "ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo" (*nemo tenetur se detegere*).

Perceba-se que estamos diante de uma norma (convenção de direitos humanos) em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio e em estamos diante de um dever imposto ao particular de se submeter à produção de provas que podem ensejar em vários efeitos como já demonstrado.

Com isso, a atuação do Estado de Democrático Direito deve estar galgada na proporcionalidade, e uma norma que vise esvaziar os direitos fundamentais está em desacordo com constituição vigente, haja vista que o mesmo diploma legal que alterou a Lei nº 9.503/97 que institui o Código de Trânsito, deu a possibilidade ao agente fiscalizar se utiliza de outras provas admitidas em direito conforme seu artigo 277 do referido diploma, posto que, jogar para o particular o ônus probante de demonstrar que não infringiu o disposto no art. 165, valendo inclusive do poder coercitivo com a criação do art. 165-A, pode com isso mitigar as raízes do direitos fundamentais na ordem constitucional Brasileira.

2 DO ESTADO DE POLÍCIA VERSUS ESTADO DE DIREITO

2.1 Do Estado de Polícia ao Estado de Direito

A terminologia do vocábulo “polícia” teve sua origem na Grécia “*politeia*”, indicando a atuação estatal como sendo todas as atividades voltadas para as polis, conceituadas como sendo Cidades-Estados.

O Estado de Polícia (*État gendarme*) pode ser delimitado como sendo a atividade do Estado e os fins. O absolutismo Estatal era dotado de um poder ilimitado, sobre o fundamento de controle da sociedade, por meio de restrições, sem observância ao Estado de Direito. Nesse contexto o grande problema enfrentado pela monarquia absolutista era a sua não sujeição à lei.

Nessa celeuma, a figura do “príncipe” era a detentora do “*jus politia*” fundando suas decisões em expressões vagas, como “ordem social” e “bem-estar comum”, sujeitando os administrados aos interesses subjetivos do monarca para elaboração de políticas públicas. É importante frisar que no Estado de polícia, não existia subordinação do monarca as leis, as relações era constituídas através de manifestações da força pela força.

Segundo preleciona Marcelo Caetano, a definição de Estado de Polícia é anterior ao conceito de Administração pública:

Nestes tempos, o conceito de polícia surgia com um conteúdo muito semelhante ao que atualmente damos à expressão ‘administração pública’; era, então, toda ação do príncipe dirigida a promover o bem-estar e comodidade dos vassalos. (CAETANO, 2004, pp.1-145)

Contudo a primeira literatura sobre polícia, foi do autor francês *Delamare*, sob o título *Traité de la Police*, publica entre 1705 e 1710. Nesse compasso, inicia o chamado Estado de Polícia, realizando intromissão opressiva na vida dos particulares.

Se contrapondo ao Estado de Polícia, entendido como sendo exercício ilimitado do poder estatal, nasce o Estado de Direito, fruto da elaboração histórica de ideais e das instituições, demonstrando que ao longo dos séculos é imprescindível dotar o Poder do Estado de limites racionais, com a finalidade de assegurar a segurança jurídica e política dos indivíduos, Robertônio Pessoa aduz:

O Estado de Direito sucede ao chamado Estado de Polícia, modelo predominante no *ancien* regime que antecedeu às revoluções modernas, no final do século XVIII. Nesta forma estatal, o “príncipe” ou “monarca” era senhor absoluto do interesse público, não estando subordinado a qualquer tipo de norma que limitasse sua atividade. Predominava certo império do arbítrio, não no sentido injusto (de fato, muitos monarcas ficaram célebres por seu senso de justiça), mas no sentido de ausência de limitações legais. (PESSOA, 2003, p.10)

No tocante ao surgimento do Estado de Direito, encerrando o Estado de coisas, e iniciando uma nova era. A expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “direito” e designar tantas organizações quanto às que se aplica a palavra “Estado”. (SCHIMITT, 1971, p.23)

Doravante, o Estado passou a ter suas atividades galgadas nas leis. Nesse momento o cidadão deixou de ser sozinho o único obrigado a seguir a legislação, passando o Estado a respeitar os ditames legais:

O quadro normativo, capitaneado por um texto constitucional, apresentava-se agora como **imperativo para todos os cidadãos, particulares em geral e para o próprio Estado, em todas as suas ramificações.** (PESSOA, 2003, p.10)

Inicia-se um novo período, sendo inadmissível a criação de leis que o próprio príncipe não se submeta. O Estado de Direito passou a ser fundado no princípio da legalidade, em consonância com ideia de que o Estado deve se submeter às leis postas por ele mesmo.

Segundo a doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro, o Estado de Direito passou a ser dimensionado através dos princípios do liberalismo:

Desenvolveu-se baseado nos princípios do liberalismo, em que a preocupação era de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a liberdade. **Em consequência, tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional.** (DI PIETRO, 2007, p.102-103)

Nesse prisma, os exercícios de direitos individuais foram amplamente assegurados nas Declarações universais de Direitos Humanos, positivados nas constituições, passando a limitar a restrição de Direitos individuais para assegurar a ordem pública.

O arcabouço jurídico destas várias formas de Estado de Direito apresentava-se como mero instrumento dos regimes políticos vigentes. Assim, fala-se em Estado liberal Burguês, Estado

Abstencionista, Estado Intervencionista, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito, fórmula adotada pela Constituição brasileira de 1988 (CF, art, 1º, *caput*). (PESSOA, 2003, p.12)

Ademais disso, não se configura possível aludir-se, na atualidade, a um conceito de Estado de Direito que não se fundamente também sobre a supremacia dos direitos fundamentais. (JUSTIN FILHO, 2014, p.101)

2.2 O Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988

O Estado Democrático de Direito constitui a base da Carta Magna, instituído no seu artigo 1º, *caput*, nesse esteio:

Em termos jurídicos e políticos, o Brasil é hoje um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*). **Agrega-se, pois, à organização do estado de Direito o elemento democrático.** Tal, indica que as exigências democráticas devem informar tanto a organização estatal concreta, em todas as esferas, quanto o elemento jurídico, o Direito propriamente dito, fator de conformação da vida social e do estado. .(PESSOA, 2003, p.10)

Nesse diapasão, o conceito de Estado Democrático de Direito, busca não apenas unir Estado de Direito com o Estado Democrático, mas galgar atuação do Estado em pressupostos democráticos e de Direito como elemento central da atuação estatal, nesse prisma:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, mas sim criar um conceito novo, que leva em conta os elementos componentes, mas os supera numa nova síntese conceitual, jurídica e política. (SILVA, 1998, p.13. *Apud.* PESSOA, 2003, p.10)

Podemos dizer que o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de respeito à Constituição, separação dos poderes, participação popular, legalidade, legitimidade, moralidade, controle jurisdicional dos atos públicos e respeito decorrentes da cidadania (SUNDFELD, *Apud.* PESSOA, 2003, p.13)

Nessa esteira, Marçal Justin Filho aduz “O Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular”. (JUSTIN FILHO, 2014, *Apud.* SUNDFELD)

2.3 Do Princípio da supremacia do interesse Público

O termo “princípio” possui diversos significados dependendo de qual perspectiva jurídica, será balizada para nortear o conceito do termo em análise. Outro elemento que consubstancia o dito “Princípio da supremacia do interesse Público” também possui como características *prima facie* de extremo subjetivismo inerente ao conceito jurídico do termo “interesse público”.

A efetivação de qualquer princípio necessita que o intérprete compreenda corretamente o seu conteúdo jurídico. Analisando os fundamentos do sistema jurídico e identificando quais elementos compõem, haja vista, que a interpretação princípio lógica necessita ser analisada sobre essa ótica, sob pena de ser equivocada. Destarte, a compreensão equivocada do sentido do princípio no ordenamento jurídico, provoca uma enxurrada de atos nulos praticados com base na interpretação errônea do sentido do princípio analisado.

O princípio constitucional da supremacia do interesse público, nasce na doutrina – aonde foi construído – e por diversas vezes teve empregado sua acepção diversa da que originalmente foi atribuída à ele, gerando confusões quanto ao seu sentido.

Trata-se de um princípio implícito na ordem constitucional brasileira, e carece de maiores aprofundamentos teóricos no campo doutrinário. Portanto, em face da sua relevância normativa que norteia a seara administrativa, e da sua forte utilização para fundamentar as atividades do Poder Público, não se tem a pretensão de esgotar o tema.

Nessa seara, para analisar o referido princípio é necessário observar sua arquitetura jurídica, que são seus fundamentos de validade. Pois, são tais fundamentos que irão indicar os seus fontes normativas da qual ele emana, e que justifica a sua integração com o ordenamento jurídico Brasileiro.

Ao contrário de outros princípios jurídicos, que foram reconhecidos há muito tempo, a supremacia do interesse público foi dado como princípio norteador do regime jurídico-administrativo, no final da década de 1960. (MELLO, 2008), com maior relevância por Celso Antônio Bandeira de Mello, que sacramentou a supremacia do interesse público como princípio jurídico, formulando obra doutrinária

de bastante rigor científico. Após a formulação originária, lançada em um artigo publicado em 1967 pela *Revista de Direito Público*. (MELLO, 2008)

O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello foi amplamente acolhido pela doutrina brasileira, o que fez o princípio em epígrafe passar a ser quase obrigatório em todos os manuais e cursos de Direito Administrativo no Brasil. (MELLO, 2008) Outrossim, a jurisprudência passou a avaliar a existência e a normatividade do princípio da supremacia do interesse público, se utilizando como fundamento para decidir, fato que consagrou o referido princípio como norma dedutível do ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que a adoção do princípio por parcela da doutrina e da jurisprudência operou-se, por vezes, de forma equivocada, afastando-se da elaboração inicialmente edificada por Celso Antônio e desvirtuando o seu sentido. Trata-se da aplicação irrefletida e descompromissada do princípio, que ignora os alicerces que efetivamente lhe oferecem sustentação. (HACHEM, Apud. MELLO, 1967)

Nessa esteira, Daniel Hachem assevera que “a precedência do interesse público sobre o privado é princípio verdadeiro; mal trabalhado, no entanto, pode conduzir à lesão de direitos individuais ou a contorção de direitos da Administração Pública”. (HACHEM, Apud. PRATES, 1943)

Nesse compasso, surge Hely Lopes Meirelles, que na primeira edição da sua literatura um ensaio intitulada: “Direito Administrativo Brasileiro” de 1964, objetivou a interpretação do Direito Administrativo, afirmando que o mesmo necessita de desenvolver regras próprias para sua interpretação e aplicação, distinguindo-se da interpretação do Direito Privado. (MEIRELLES, 1964)

Sugere, então, a aplicação de três pressupostos para tal finalidade: “1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração realizar seus fins”. (MEIRELLES, 1964)

Sobre outra ótica, Celso Bandeira de Mello desagua no seguinte pensamento jurídico:

O regime jurídico-administrativo é, então, por ele erigido como categoria jurídica central desse sistema, retratando o “ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo”. Tal conjunto normativo, que daria identidade a essa disciplina jurídica e a peculiarizaria frente às demais, estaria

caracterizado por duas “pedras angulares”: (i) o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*; e (ii) o *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*. (HACHEM, *Apud.* MELLO, 1967)

Entretanto o autor já advertiria para “inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto. Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável”. (MELLO, 1967)

Para o renomado doutrinador, o princípio da supremacia do interesse público, consistia em um verdadeiro axioma e com isso foi encabeçado pela doutrina administrativista brasileira:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 1967)

Ou seja, a supremacia do interesse público consiste numa posição de privilégio do poder público para resguardar tal interesse público. Se materializando no campo administrativo por diversos dispositivos como presunção de legitimidade e veracidade dos atos praticados pelos administradores, dentre outros privilégios conferido ao Estado para tutelar o interesse público.

Nesse diapasão, o nobre jurista ainda extraí do princípio da supremacia do interesse público outro consequência, ou seja, a posição de supremacia da administração pública em relação aos particulares. Outrossim, pode o Poder Público impor unilateralmente comportamentos aos particulares, sem seu consentimento, e pode também alterar de maneira unilateral relações jurídicas já estabelecidas entre Administração Pública e os particulares. “A prerrogativa de conformar o interesse privado aos interesses públicos, limitando ou condicionando o exercício daquele em função da supremacia destes últimos”. Evidente que para validar tão alteração unilateral é necessário o ato ser praticado conforme preestabelece a lei dentre os limites legais, “pressupõe sempre uma habilitação legal expressa ou implícita”. (MELLO, 1967)

Nesse prisma, segundo o autor, na exigibilidade e na executoriedade dos atos administrativos, bem como na possibilidade de desfazimento unilateral desses atos,

seja através da revogação (ato legal), seja mediante a anulação(ato ilegal), pautando-se pela conveniência e oportunidade do administrador público.

Todavia, para Celso Antônio Bandeira de Mello: “limitações e temperamentos e, como é óbvio, têm lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas em normas que os consagram”. (MELLO, 1967)

Em decorrência disso, fica evidente a importância de uma construção inicial do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ficando delimitado pelo jurista que os efeitos do referido princípio está restrito ao próprio ordenamento-jurídico-positivo, o que nesse caso só poderá ser utilizado para atingir fins públicos quando esculpido nas normas jurídicas que o alicerçam para nortear a aplicação pela administração pública de tais prerrogativas.

Estando lado a lado com o princípio da *supremacia do interesse público*, decorre o princípio da *indisponibilidade do interesse público*. Outrossim, Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que o primeiro outorga prerrogativas especiais à Administração, para permitir uma adequada perseguição do interesse público, já o segundo funciona como contrapeso, demonstrando que tal interesse não está a disposição do administrador, delineando com isso um ajuste quanto atividade administrativa para finalidade legalmente estipulada. “*não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos*” (MELLO, 1967)

Um aspecto importante posteriormente acrescentado pelo jurista na conformação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, diz respeito à distinção realizada pela doutrina italiana, que consiste em interesse público ou *interesse primário* “que são os interesses da coletividade como um todo” e interesses secundários que são os interesses referentes à pessoa jurídica do Estado. Utilizando exemplos oferecidos por Renato Alessi, Bandeira de Mello aponta como possíveis *interesses secundários* do Estado o de se negar ao pagamento de uma indenização devida, ou o de cobrar tributos em valores exacerbados. Ou seja, o interesse secundário não está relacionado com o interesse público, pois divergem quanto à finalidade.

É necessário afastar a subordinação dessa competência a **cláusulas abstratas**, destituídas de conteúdo preciso, tal como ordem pública, bem como, **interesse público**, que propiciam a utilização do aparato estatal para **fins que satisfazem interesses secundários, antes do que os direitos fundamentais**. (JUSTIN FILHO, 2014, p.587)

Concluindo o pensamento supracitado, após o lançamento de sua obra no ano 2000 intitulado Curso de Direito Administrativo, agora sobre a égide da Constituição pátria, o autor fornece o conceito de interesse público, cuja análise torna-se oportuna para compreensão do sentido de supremacia. Delimitando conteúdo jurídico do termo interesse público, Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que o conceito jurídico não se desvincula dos interesses individuais:

Pois, em fim das contas, ele nada mais é que uma *faceta* dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – *comparecem em tal qualidade*. (MELLO, 2000)

Ou seja, para o autor “*só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integram no futuro*”. (MELLO, 2000)

O autor expõe o seu conceito de interesse público: “*o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem***” (MELLO, 2000, p.60)

Diante das considerações acima expostas, podemos afirmar que a *supremacia do interesse público* necessitada de uma melhor hermenêutica estando umbilicalmente ligada ao interesse individual, conforme posicionamento anteriormente sustentado pelo ilustre Celso Antônio de Mello. Diante disso, é evidenciado que o princípio em epígrafe necessita de uma releitura sobre uma perspectiva constitucional.

Destarte, para melhor dimensionamento a respeito da natureza jurídica do interesse público, é necessário respaldar a atuação Estatal na *indisponibilidade do interesse público*, que possui raízes nos direitos fundamentais sendo responsável pela tutela dos direitos fundamentais que posteriormente será abordado.

2.4 Os Direitos fundamentais como verdadeiro interesse Público

Posteriormente a segunda Guerra Mundial, em 1948, ocorreu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ganhando maior destaque a nível internacional. Os direitos fundamentais em conjunto com a reconstitucionalização que aflorou na Europa com fito de todo Estado ter Constituição para limitar o poder autoritário e ditar regras de prevalência dos direitos fundamentais, desaguando para o Estado Democrático de Direito, adotado pela constituição brasileira de 1988.

Os direitos fundamentais ou direitos humanos, ascendem da ideia de direito natural, ou seja, direito inato dos indivíduos, indisponível. Porém, existe uma diferença teórica entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. Sendo o termo, direitos humanos, utilizado geralmente para se referir a valores consagrados no direito internacional, ao passo que os direitos fundamentais, estão consagrados no ordenamento jurídico interno de determinado Estado.

A configuração dos direitos humanos baseia-se na sua historicidade, sendo produto da história, construído ao longo do tempo. Tendo natureza universal, garantido a todos indistintamente. São direitos imprescindíveis, inexauríveis, irrenunciáveis e indisponíveis, pois, mesmo mediante autorização de seu titular, não podem ser violados. Veda-se, por fim, o retrocesso no que tange aos direitos humanos.

Nesse compasso, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um grande avanço em relação à tutela dos direitos humanos, consagrou-se uma ruptura definitiva com regime de governo autoritário militar, que havia se alojado em 1964. Instaurou-se um processo de democratização, reaproximando o direito a ética e aos valores, inovando e criando mecanismo de proteção aos direitos e garantias fundamentais com proteção de setores mais vulneráveis.

Os direitos humanos ganham uma importância nunca antes vista passando a ser abordada de maneira abrangente, inaugurando um cenário de muitas evoluções, tornando o seu reconhecimento no âmbito internacional de fundamental importância.

A Constituição vem a concretizar, desse modo, a concepção de que “os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em

suas relações com o Estado, ou entre si”, no dizer de Antônio Enrique Pérez Luño. Os direitos e garantias fundamentais são, assim, dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico. (LUÑO, 1988, p.310. *Apud.* PIOVESAN, 2012, p.91)

Nessa trilha Flávia Piovesan:

O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional, implica a noção de que a negação desses mesmos direitos impõe como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do Estado, na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos internacionalmente assegurados. Verificar-se-á como, na ordem contemporânea, se reforça, cada vez mais, esse complexo sistema de “concorrência institucional”, pelo qual a ausência ou insuficiência de respostas às violações de direitos humanos, no âmbito nacional, justifica o controle, a vigilância e o monitoramento desses direitos pela comunidade internacional. Importa esclarecer que, a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, ao constituir uma garantia adicional de proteção invoca dupla dimensão, enquanto: a) parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados, propiciando avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos; e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas no dever de proteção desses direitos. (PIOVESAN, 2012, p.65)

Diante disso, há uma nítida relativização da soberania do Estado-nação em face dos organismos internacionais de defesa dos direitos fundamentais, com intuito de possibilitar maior eficácia ao cumprimento de documentos pactuados entre os Estado, que ratificam e incorporam e são introduzidos ao ordenamento jurídico do mesmo.

O interesse público é fundamento do Direito Administrativo e resulta das relações estreitas que o direito administrativo mantém com direito constitucional, ao que se encontrado subordinado, constituindo a sua espinha dorsal. Pois que, a administração deve galgar sua atuação dentro dos limites estabelecidos na constituição.

Igualmente, estabelece a constituição federal, no seu preâmbulo uma série de finalidades que constituem um programa geral de governo, estando toda ação do Estado objetivando realização dessas finalidades superiores. (ESCOLA, 2007, p.134)

Portanto, a indissociável relação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, demonstra a necessidade do Poder Público, em perseguir os valores e princípios constitucionais fundamentais artigos 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988 e nos direitos fundamentais nos artigos 5º ao 17º da carta magna.

Nesse prisma, o interesse público a ser tutelado pelo Estado, está galgado no respeito a normas, dentre elas a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do cidadão. Ficando evidente de maneira cristalina que tais valores são de extremo interesse da coletividade e logo o constituinte originário os protegeu, inclusive petrificando (art. 60, §4º, IV da CF. 1124), blindando contra eventuais Emendas Constitucionais.

Os Direitos Fundamentais traduzem posições jurídicas sob a ótica do Direito Constitucional, ostentam extrema importância e o seu reconhecimento ou a sua negação não pode ficar a mercê do poder constituinte derivado. (ALEXY, 2007, p.395)

Conforme preleciona o ilustre Luís Roberto Barroso:

O princípio da supremacia da Constituição, que tem como premissa rigidez constitucional, é a ideia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen, para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem. (BARROSO, 1996, p.64)

Complementando Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O direito administrativo nasceu junto com o constitucionalismo. (...) Em seu desenvolvimento o direito administrativo nunca se afastou do direito constitucional, nem do sistema europeu, nem do sistema *common law*. É na Constituição que se encontra os fundamentos dos principais institutos do direito administrativo. (...) Nesse sentido, pode-se afirmar que a constitucionalização do direito administrativo brasileiro não se constitui um dado novo; ela sempre existiu, em maior ou menor grau, em praticamente todas as constituições e vem em um crescendo até o momento atual, especialmente por força de Emendas Constitucionais. (DI PIETRO, 2010)

Argumenta o conceituado constitucionalista José Afonso da Silva:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que a constituição confere validade, e que todos os

poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 2014, p.47)

Portanto os direitos fundamentais estão em simbiose com interesse público que se pauta pela supremacia, traduzida para os direitos fundamentais, não demonstrando qualquer ameaça a estes.

Corroborando com entendimento supracitado, o administrativista espanhol Luis de la Morena y de la Morena, define a seara administrativa nos seguintes termos:

Direito que, uma vez declarados públicos pela direção política de uma comunidade determinados interesses desta, funda, correlativamente, uma ou mais Administrações públicas, às quais personifica e investe de um regime de poder e de atuação diferenciados, para que, já operando por si mesmas, já através de agentes sociais controlados por elas, assegurem sua imediata realização, sem minguar das garantias devidas aos titulares dos interesses privados contrapostos que para isso seja necessário limitar ou resultem prejudicados. (MORENA, 1983, p.850)

O autor supracitado promove o entendimento de Direito Administrativo consubstanciado no interesse público, ou seja, o fato da administração pública se beneficiar com prerrogativas especiais para alcançar interesse público, objetivando afastar a ameaça que os titulares de interesses privados possam opor ao Poder Público, não estando completamente indefeso quanto a arbitrariedade do Poder Estatal pautada em uma conduta legítima. Outrossim, O administrativista supracitado definiu: ““uma confrontação abstrata de interesses em conflito, decidindo qual deles deve prevalecer, por quem deverá ser declarada em cada situação essa prevalência, e através de que procedimentos se lhe deverá fazer valer”. (MORENA, 1983)

Diante desse contexto ora exposto por Luis de la Morena y de la Morena, que nesse caso inverte a lógica Administrativa e impede a suposta fragilidade do particular frente as prerrogativas administrativas, estabelecendo três critérios básicos para balizar a atuação Estatal evitando assim à fragilização de tais direitos fundamentais. Nos seguintes termos:

Uma garantia *material*, objetiva, estabelecida pela valoração abstratamente realizada pela norma jurídica, que de antemão já sopesou os interesses passíveis de conflito; (ii) uma garantia

competencial, por meio da qual se fixa antecipadamente qual esfera da Administração Pública e qual órgão dentro dela deverá declarar, em cada caso concreto, qual é a solução, dentre as possíveis, mais adequada às exigências do interesse público, consoante os termos valorativos realizados pela própria norma aplicável ao caso; (iii) uma garantia *procedimental*, a qual definirá qual a liturgia e quais formalidades o órgão competente deverá seguir, antes de declarar a sua solução, para que esta seja efetivamente a decisão pretendida pela norma aplicável, e não aquela que, subjetivamente, pareça-lhe a mais adequada. (MORENA, 1983, p.857)

Nesse diapasão, Jean Éric Schoettl (2007) estabelece a ideia que **o interesse público está de um lado e os direitos fundamentais estão de outro**, está **equivocada**, pois estamos diante de **uma falsa dicotomia**, pois, como sublinha o autor, os direitos fundamentais são elementos do nuclear do interesse público, sendo impossível dissociá-los.

2.5 Princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*)

O brocardo latino *nemo tenetur se detegere* pode ser traduzido como “ninguém é obrigado a se descobrir”, dimensionando uma melhor interpretação, podemos verificar outras expressões que possui a mesma natureza, tais como: *nemo tenetur se accusare* que significa “Ninguém é obrigado a acusar-se”, *nemo tenetur se ipsum accusare* “Ninguém é obrigado a se acusar a si próprio”, *nemo tenetur se ipsum prodere*, “Nenhuma pessoa pode ser obrigada a trair a si mesma em público” e *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, “Ninguém pode ser compelido a depor contra si mesmo, pois ninguém é obrigado à auto-incriminar-se”. (LIVROZILLA, 2016)

Em suma, o *nemo tenetur se detegere* reside no fato de ninguém ser compelido a produção de provas que possam acarretar em uma auto-incriminação, em decorrência não pode surgir qualquer efeito negativo que possa gerar prejuízo ao arguido por sua omissão ou recusa.

Tradicionalmente é reconhecido como sendo o direito ao silêncio, abrangendo o direito a não confessar ou colaborar com instrução criminal não colaborando com a investigação criminal, não declarar contra si. Engloba ainda o direito de declarar o inverídico desde que não atinge bem juridicamente tutelado de terceiro, compreende também o direito a não apresentar provas prejudiciais estando ligado com direito de

não colaborar com produção de provas contra si, outrossim o direito de não ceder o corpo para produção probatória.

Nessa esteira, Carlos Henrique Borlido Haddad, conceitua:

(...) todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a incriminação de alguém. A recusa em submeter-se a intervenções corporais – colheita de sangue para exame de DNA – e a participar da reconstituição do crime, **a negativa em sujeitar-se ao exame de dosagem etílica em delitos de trânsito**, a oposição à entrega de documentos que possam comprometer seu possuidor. Todos esses comportamentos, por trazerem potencial lesão ao direito de defesa do acusado, estão encobertos pela máxima. **Grifos nossos.** (HADDAD, 2000, p.136)

O direito ao silêncio está petrificado na Constituição Federal de 1988, constando expressamente no artigo, 5º, inciso LXVV, *verbis*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Outrossim, o princípio *nemo tenetur se detegere* incorporou-se ao sistema jurídico pátrio através de diplomas internacional ratificados pelo Brasil em julho de 1992, O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por meio do Decreto nº. 592, em 6 de novembro do mesmo ano.

Nesse contexto, também foi ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida por Pacto São José da Costa Rica, através do Decreto nº 678, dispondo em seus artigos 14§ 3º, g7 e 8º, § 2º, g8, falando respectivamente do princípio em epígrafe.

Vale ressaltar, que os tratados supracitados foram recepcionados pelo ordenamento jurídico como normas de caráter supralegal, entendimento firmado pela Suprema Corte que estabeleceu qual plano de validade dos tratados internacionais ao adentrarem no ordenamento jurídico pátrio e que não passaram pelo prodimento previsto no art. art. 5º, § 3º, que foi incorporado a nossa Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004 estabelecendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes as emendas constitucionais, desde que aprovadas em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros.

Desaguando sua inteligência o ilustre doutrinador, Luiz Flavio Gomes, estabelece o seguinte entendimento:

Não existe pena sem comprovação da responsabilidade (culpabilidade) do agente; não existe comprovação da culpabilidade sem processo (sem o devido processo); não existe o devido processo criminal sem garantias. Dentre todas as garantias do devido processo criminal está a ampla defesa. Da ampla defesa fazem parte: (a) a autodefesa e a (b) defesa técnica. Pertencem à primeira (autodefesa) (a) o direito de ser ouvido, (b) o direito a intérprete, (c) o direito de presença e, dentre tantos outros, o direito de não auto-incriminação. O direito de não auto-incriminação, como se vê, integra a autodefesa, que faz parte da ampla defesa, que é uma das garantias do devido processo criminal. (GOMES, 2009)

Nessa inteligência, estabelece o direito ao silêncio como o núcleo duro e quase absoluto do *nemo tenetur se detegere*, incorporados através de uma evolução histórica (2009, p.20), sendo para Maria Elizabeth Queijo a “manifestação mais tradicional”. (QUEIJO, 2003, p.01)

O direito ao silêncio está interligado ao princípio (garantia) a não autoincriminação, pois constitui apenas uma parte do todo, que comporta o direito não produção probatória dentre outro anteriormente demonstrado, corroborando com esse entendimento:

Não se pode nunca confundir a parte com o todo. O direito ao silêncio (direito de ficar calado), previsto constitucionalmente (art. 5º, inc. LXIII, da CF), constitui somente uma parte do direito de não auto-incriminação. Como emanções naturais diretas desse direito (ao silêncio) temos: (a) o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (b) o direito de não declarar contra si mesmo; (c) o direito de não confessar e (d) o direito de não falar a verdade(GOMES, 2009)

Nesse esteio, observa-se o posicionamento da Suprema Corte, em decisão proferida ao julgar o HC nº 115.613MC/SP; “As garantias constitucionais outorgadas aos acusados, em incompleto resumo, servem para contrabalançar a relação historicamente desequilibrada e opressora entre estas partes, tudo para atender ao objetivo de uma sociedade livre e justa (art. 3º, I, CF)”.

Nesse compasso, o artigo 186, parágrafo único do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 10.792 de 2003 ao sistema jurídico pátrio estabelece a seguinte inteligência, *verbis*:

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O

silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, CPP, 2003)

Ocorre que o advento da aludida Lei, corroborou para uma parcial inconstitucionalidade do artigo 198, vejamos: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.” O que não poderá ser admitido haja vista o arguido possuir direito fundamental ao silêncio garantido no processo criminal. (BRASIL, CPP, 2003)

Diante do exposto, mesmo não constando expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*, este estaria presente pois é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, orientada à preservação da dignidade humana (art. 1º, IV, CF), presunção de inocência, devido processo legal englobando também o contraditório e ampla defesa. (BRASIL, CF, 1988)

Ocorre que mesmo não estando expresso no ordenamento jurídico o princípio em epigrafe possui proteção pelo manto protetor da Carta Magna que estabelece no artigo 5º, § 2º, da CF/88, “os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.” (BRASIL, CF, 1988)

Nesse prisma Sousa e Silva, aduz:

A consolidação das regras relativas ao princípio em questão ainda se encontra em fase de evolução, percebendo-se que foi a partir do período Iluminista que o acusado passou a ser visto não mais como um meio de prova enaltecendo-se o combate ao emprego da tortura e à postura antinatural até então predominante, de o réu ser obrigado a colaborar com o alcance da verdade, materializando-se a contar de então a ideia de que a ninguém é exigível impor-se a autoincriminação. (SOUSA; SILVA, 2008, p.402)

Embarcando no que foi exposto, podemos destacar o princípio *nemo tenetur se detegere* como possuidor de natureza jurídica de direito fundamental, pois tem o objetivo resguardar o direito do arguido diante de excessos cometidos pelo Estado na persecução criminal.

Em síntese, é cabível em toda a persecução penal, contudo não se restringe somente ao interrogatório, seja na fase administrativa, inquérito policial ou durante a fase judicial. Igualmente, se aplica a qualquer pessoa em que recaia uma acusação ou em outra instância não penal.

Nessa seara, podemos destacar que o direito a não autoincriminação, tem raízes profundas no Direito Natural, pois constitui um elemento fundamental de sobrevivência humana, a autodefesa, sendo um verdadeiro axioma humano. Consubstanciando a fundamentação de sobrevivência humana.

Nesse escopo, preleciona o magnífico jurista Luiz Flavio Gomes escoando a seguinte inteligência:

É da natureza do ser humano não se incriminar, lutar pela sua liberdade (inclusive pela fuga), defender-se de agressão injusta etc. Tudo deriva do instinto de conservação (da preservação da existência ou da liberdade etc.). O direito não pode remar contra a natureza. Como se vê, o direito de não autoincriminação tem fundamento natural (instinto de preservação ou de autopreservação, como dizia Bentham). O suspeito ou indiciado ou acusado pode até contribuir para a produção de uma prova incriminatória, mas isso fará se quiser. Obrigada ele não é, mesmo porque ele é presumido inocente. (GOMES, 2009, p.)

Portanto corroborando com entendimento supracitado, Guilherme de Souza Nucci colaciona o entendimento que exigir do arguido uma colaboração para poder elucidar determinado fato é assumir a total falência do poder Estatal e a fraqueza das autoridades em depender do acusados para colher elementos suficientes para elucidação de determinado fato. (NUCCI, 2007, p.91)

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO EM FACE ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

3.1 Análise da Legislação de Trânsito no tocante à infração administrativa pela recusa do condutor ao exame do Etilômetro

A legislação de Trânsito passou por algumas transformações, a formulação do Código de Trânsito lei n. 3.671 de 25 de setembro de 1941, primeiro código a regulamentar o deslocamento de veículos e pessoas nas ruas e estradas brasileiras, estabelecendo a criação dos Departamentos de Trânsito em cada unidade da federação, antes da criação alguns estado já possuíam legislação própria.

No ano de 1966, ocorreu primeira grande alteração e o código passou a ser denominado Código Nacional de Trânsito, permanecendo em vigor até a década de 1990, pois segundo estudos realizado na época o número de acidentes de trânsito aumento 63%, diante disso no ano de 1993, o então presidente encaminhou à Câmara dos Deputados um Projeto de Lei com o intuito de atualizar a legislação brasileira de trânsito. O projeto entrou em vigor em 22 de janeiro de 1998, como Código de Trânsito Brasileiro – CTB. (DUALIBI et al, 2010, p. 32)

Antes da edição da Lei nº 13.281/16 que será objeto de análise no próximo tópico, o Código de Trânsito Brasileiro, tratava a matéria da seguinte forma. No artigo 277, § 3º fica determinada a obrigatoriedade em realizar o teste ou exame que tinha como objetivo permitir certificar a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, redação dada pela Lei nº 12.760/2012 que foi intitulada de nova Lei Seca. Vejamos a literalidade do referido artigo, *verbis*:

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. (Redação da Lei nº 12.760/2012)

[...]

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

Diante disso, o referido artigo está colacionado no Capítulo XVII do CTB, que trata das medidas administrativas, estabelece no seu parágrafo 3º a punição prevista no artigo 165, *verbis*:

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; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Desta forma, aquele condutor que se recusar a fazer o teste, de acordo com artigo 277, § 3º, estaria incorrendo na infração tipificada no artigo supracitado, o primeiro consta na parte das medidas administrativas enquanto o segundo, fica no capítulo XV das infrações.

Nesse diapasão, o Departamento Nacional de Trânsito criou através da portaria 219/2014, passando a estabelecer código de enquadramento específico – código da infração 7579-0 - para autuar aquele condutor que se recusar a fazer o teste de alcoolemia, ou seja, através de uma portaria, o DENATRAN resolveu criar uma infração para aquele condutor que se recusar a fazer o teste, haja vista, que não existia nenhuma previsão legal no capítulo XV do CTB que trata das infrações, remetendo tal fundamentação ao artigo 277, § 3º, que como visto anteriormente, deságua no artigo 165º do CTB, a punição para condutor que dirige sob influência de álcool ou outra substância que determine dependência.

Estaríamos diante de um conflito hierárquico entre normas, onde se pretende com um mero ato normativo (portaria) modificar uma Lei (CTB – Lei nº 9.503/97), diferente do que aduz o conceito de pirâmide normativa formulada por Hans Kelsen, "sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira" (1987 p. 240)

Nesse escopo, Arnaldo Rizzardo tece alguns comentários no tocante à criação ou equiparação de condutas prevista no Código de Trânsito Brasileiro, "A primeira exigência do artigo 280º, refere-se ao tipo de infração, segundo capitulação do CTB. Deverá a infração incidir numa das figuras expressamente previstas. Não cabe a criação ou a equiparação de condutas a tipos infracionais estabelecidos." (RIZZARDO, 2013, p.568)

Nesse prisma, o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), publicou a resolução de nº 561/15, que institui o Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito,

estabelecendo a seguinte inteligência na ficha de enquadramento da infração do art. 277, § 3º:

QUANTO AUTUAR:

Condutor que se recusar a se submeter a teste de etilômetro, exame clínico ou perícia, que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, *e não apresentar ou apresentar apenas um sinal de alteração da capacidade psicomotora*.

QUANDO NÃO AUTUAR:

Condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no art. 277, contudo *apresentar mais de um sinal de alteração da capacidade psicomotora*, utilizar enquadramento específico: 516-91, art. 165.

Nesse entendimento, se o condutor se recusar será autuado, porém se apresentar mais de um sinal de alteração da capacidade psicomotora, o agente deve enquadrar especificamente no artigo 165 do CTB. Ou seja, se não apresentar nenhum sinal de embriaguez, mas se recusar o Auto de Infração de Trânsito (AIT) será com base no art. 277, § 3º. Caso a recusa seja acompanhada de sinais de embriaguez o agente autua no art. 165 e descreve a situação do Auto de Infração de Trânsito.

Vale ressaltar que o artigo 277 § 2º do CTB também trás outros procedimentos que podem ser utilizados pelo agente fiscalizador para caracterizar a infração do artigo 165 do referido código, *verbis*:

§ 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.

Corroborando com o referido artigo, o Conselho Nacional de Trânsito editou a resolução de nº 432/2013, que tem como objetivo orientar o agente fiscalizador, qual mecanismo adotar para constatação quando o condutor se recusar a fazer o teste, determinado no seu artigo 3º a seguinte literalidade:

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;
 III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);
 IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor. (BRASIL, CNT, 2013)

Com edição da referida resolução do CONTRAN, que tem como objetivo estabelecer requisitos mínimos para o agente de trânsito seguir no momento da fiscalização, disciplinando quais teste ou exames são necessários para constatação da referida infração de trânsito.

3.2 Nova legislação advinda pela Lei nº 13.281/16 que criou o art. 165-A do CTB

A criação do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, como visto anteriormente, ocorreu com a Lei nº 13.281/16 no qual foi incluído uma espécie infracional nova, *verbis*:

Art. 165-A. **Recusar-se a ser submetidos 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.

Desta vez, o legislador tentou corrigir a principal crítica que envolvia o tema, que conforme estudado no tópico anterior, era aplicação do art. 277, § 3º, que conforme o Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito - Volume II, regulamentado pela Resolução nº. 561/2015 do CONTRAN. Diante disso, os casos de autuação ocorria quando o condutor se recusava a realizar ao teste do etilômetro, exames clínicos ou perícia que permitia constatar a influencia de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, conforme entendimento supracitado.

A referida lei trouxe à baila uma nova discussão no tocante ao principio da presunção de inocência, Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federa, pois o esvazio por completo, na seara do Trânsito, tornando letra morta, pois aquele condutor que

não ingeriu nenhuma quantidade de álcool ou qualquer substância psicoativa será punido com o mesmo rigor legal daquele que praticou tais condutas.

Nesse contexto, o principal argumento que fundamenta o art. 165-A da referida lei, consiste no fato de que o condutor que não ingeriu bebida álcool não deve temer a realização dos exames, já que tal procedimento deriva de uma regulamentação necessária para o convívio em uma sociedade organizada.

Insta salientar, que a participação do condutor em um procedimento pericial previsto no caput do art. 277 do CTB, irá repercutir na seara Penal, pois este procedimento é meio de comprovação do crime de embriaguez ao volante constante na Lei nº. 12.760/2012 (art. 306, § 1º, I) *verbis*:

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

Nesse compasso, não podemos negar que existe uma conexão entre o Art. 165-A, pois aquele que não realizar a pericia será punido, e por consequência àquele que não realizar ou realizar o procedimento estará colaborando para a comprovação da materialidade delitiva e com isso fazendo prova para uma possível responsabilidade criminal.

Diante disso, como visto em capítulo específico acerca do tema, não se pode ignorar o alcance do princípio da não autoincriminação também para a esfera administrativa, outrossim, a inobservância de tal princípio que proíbe a produção de provas contrárias ao interesse do sujeito condutor, pode ser exercido também na seara administrativa, pois os reflexos penais prejudiciais são patentes.

Deste modo, a adequação do art. 165-A ao ordenamento jurídico pátrio, poderá ocorrer quando a realização do procedimento não gerar reflexos penais, logo a revogação do Art. 306 do CTB, é necessária para afastar a incidência penal, em face de uma norma que obriga o agente condutor a realizar exame. Outrossim, a intervenção Estatal em nome do interesse público só poderá ocorrer quando a obrigação imposta não gerar reflexos processuais penais ao condutor do veículo, sob pena de negar as raízes dos direitos fundamentais contemplados na Carta Magna de 1988.

3.3 Necessidade de constatação por outros meios de provas admitidas em Direito

O Direito Pátrio tem como finalidade precípua a harmonia com os ditames constitucionais para que possa reproduzir os efeitos do Estado Democrático de Direito.

Em busca desses efeitos é necessário garantir um processo administrativo pautado no respeito à paridade de tratamento entre as partes, respeitando os princípios do devido processo, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa. Outrossim, busca-se garantir os direitos fundamentais amplamente protegidos pelo manto da Constituição Federal de 1988 e das normas infraconstitucionais.

Nesse sentido Eduardo Maggio aduz:

Ao fazermos acima uma breve e objetiva exposição dos dispositivos legais que amparam o direito de ampla defesa contra atos do poder público, vimos que sempre é possível se defender, porque os atos praticados pela Administração Pública nem sempre são conforme as normas legais, principalmente, em se tratando de autuações por infrações de trânsito, as quais, comumente, são feitas pelos agentes da autoridade de trânsito ou através dos instrumentos ou equipamentos eletrônicos denominados radares ou outros sistemas que, muitas vezes podem registrar a infração mediante vícios, erros ou irregularidades que chocam-se contra as normas legais e os princípios de direito. (MAGGIO, 2013, pp. 272-273)

Nesse diapasão, o processo administrativo é um instrumento de exercício do poder estatal, de controlo dos atos administrativos e de proteção aos direitos e garantias fundamentais dos administrados.

Diante disso, a atuação estatal deve está vinculada ao conteúdo de ideias democrático ligado a certos valores, como a garantia material de que existe compatibilidade entre os atos estatais e os valores constitucionais. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 266)

Nesse contexto, é necessário que o agente fiscalizador, busque a utilização de outras provas admitidas em direito, no caso de recusa do condutor, sob pena de como visto anteriormente, tal procedimento não atingir os valores democráticos.

Nesse sentido, Câmara define prova como sendo:

Todo elemento que contribuiu para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar que tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o

juiz de que determinado fato ocorreu será chamado de prova. (CÂMARA, 2006, p. 395).

Nesse compasso, podemos verificar que a autuação por, mera recusa, está em desarmonia com as ideias democráticas, nesse contexto vejamos entendimento de Araújo defendendo que:

Desde que seja feito algum procedimento previsto em lei para suprir a falta do teste de alcoolemia, a autuação deve ser feita pelo agente. Não concordando com a lavratura de um AIT pela mera recusa, e sem provas, quando a lei exige que sejam produzidas (art. 277, § 2º, reproduzido acima), baseadas somente na declaração do agente, ainda que este tenha presunção de legitimidade em seu relato. (ARAÚJO, 2015, p.135)

Nesse prisma, é necessário a adequada produção de provas, pois mesmo que haja suspeita do consumo de álcool, a concepção de verdade factual e jurídica do demandante é diferente do demandado que por sua vez é valorado de maneira diferente pelo julgador.

Senão, veja o que aduz Dhenis Cruz Madeira:

Decerto, processualmente, um mesmo fato pode ser interpretado e valorizado de modos totalmente distintos, já que a concepção de verdade (factual e jurídica) do demandante é diferente da do demandado, que, por sua vez, é distinta da do juiz. Por isso, muito embora a busca da verdade estimule individualmente um cientista ou mesmo interesse a um filósofo, o discurso processual não a tem como objeto. A noção da verdade de um partícipe processual não pode ser melhor que a do outro. Uma verdade não pode ser imposta. (MADEIRA, 2008, p. 181).

Desaguando no entendimento de que a mera suspeita do consumo de álcool, por possuir valorações distintas diante da realidade factual e jurídica, é necessária a produção de outras provas que possam sustentar a suspeita do consumo de álcool, mesmo quando existe a recusa por parte do condutor/infrator.

Nesse sentido, leciona Julyver Modesto de Araújo:

Tenho defendido que é obrigatória à realização de, pelo menos, um destes exames, priorizando os dois primeiros, que são mais completos; não sendo correta a imposição de multa por mera recusa, como tem ocorrido em vários Estados brasileiros, nos quais os órgãos de trânsito entendem que o § 3º do artigo 277 teria criado uma segunda penalidade: a multa pela não submissão aos exames. (...)

O § 3º deve ser entendido em consonância com o que estabelece o caput do artigo (princípio de hermenêutica jurídica) e, portanto, a

recusa somente é relevante se o condutor estiver sob suspeita. A simples condução de um veículo automotor, pelo local de fiscalização, não é uma suspeita de que o condutor se encontra sob influência de álcool, sendo necessário que ele apresente alguns sinais que induzam a esta conclusão.

(...)

O princípio da reserva legal (artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal) e o princípio da taxatividade (próprio do Direito Penal, aplicável, por analogia, ao Direito administrativo sancionador) impedem que alguém seja punido por uma conduta que não esteja expressamente prevista como ilícita – ora, o que existe é a infração do artigo 165 do CTB, “Dirigir sob a influência de álcool”, e não a infração por “Não se submeter ao procedimento para comprovar a influência de álcool”. (ARAÚJO, 2015, p.135)

O interesse público é usado como argumento principal para afasta ou suprimir os direitos fundamentais embora como visto ambos estejam interligados umbilicalmente, deste modo, os princípios processuais do contraditório da ampla defesa, também não podem ser afastados e para a garantia desses institutos é necessária a produção adequada de provas, nesse magistério, Dhenis Crus Madeira:

Não é correto afirmar que os direitos fundamentais e os princípios institutivos do processo possam ser afastados ou suprimidos em prol do interesse público, pois, além de ser impossível a delimitação do que venha a ser o “interesse público”, alguns princípios, como os institutivos (ampla defesa, contraditório e isonomia) são absolutamente inafastáveis. (MADEIRA, 2008, p.131).

Nesta feita, podemos destacar que para a caracterização da condução sobre influência de álcool é necessário o produção de provas como elencadas no artigo 277, § 2º do Código de Trânsito Brasileiro, conforme jurisprudência Pátria:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. AUTO DE CONSTATAÇÃO DE CONDUÇÃO DE VEÍCULO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR DO VEÍCULO. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. NÃO CABIMENTO.

Segundo dispunha o § 2º do artigo 277 do código de trânsito brasileiro, à época autuação, *a infração consubstanciada na condução de veículo sob influência de álcool poderia ficar caracterizada por exame clínico, pericial ou outros meios técnicos ou científicos ou pela constatação de notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor*. 2. *tendo em vista que não foi realizado o teste de alcoolemia e que o auto de infração que deu ensejo à aplicação de multa e de penalidade de suspensão do direito de dirigir não aponta elementos suficientes para o reconhecimento da

condução de veículo sob influência de álcool, tem-se por configurada a nulidade do ato administrativo e das penalidades dele decorrentes*. 3. Remessa oficial e apelação cível conhecida e não providas. (TJ-DF - APO: 20090111197127, Relator: Desembargador não cadastrado, Data de Julgamento: 19/02/2014, Órgão não cadastrado, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/03/2014. p. 105)

Nessa seara, a condução coercitiva, para a produção de provas não foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Trânsito, sinal que o exame clínico será pouco utilizado para fins de constatação da influência de álcool. (GOMES; SCHMITT, 2012, p.73)

Para a constatação de outras substancias que alteram a capacidade psicomotora, as pericias constituem prova técnica e objetivam comprovar a incapacidade psicomotora do condutor do veiculo automotor. É utilizada não para determinar a quantidade da substancia utilizada, pois ao contrario do álcool ela serve para constatar a presença de substancia e qual de influencia que ela exerce na condução do veículo e seu potencial risco. (GOMES; SCHMITT, 2012, p.74)

Em relação à prova testemunhal é necessário evitar a padronização de testemunhos, pois embora de suma importância os depoimentos dos policiais devem ser recebidos com cautela, e quando possível, carregado de outros elementos principalmente dos condutores envolvidos por exemplo em um possível acidente com motorista alcoolizado ou drogado, utilizando inclusive de prova de vídeo. (GOMES; SCHMITT, 2012, p.75)

É importante destacar que o direito à contraprova é garantido ao condutor que realizou, por exemplo, o teste do bafômetro e atestou sua incapacidade psicomotora para conduzir, nesse caso poderá repeti-lo após um pequeno lapso temporal ou até mesmo solicitar uma análise sanguínea ou de urina. Também poderá se valer de prova testemunhal para contrastar alegação policial quanto aos eventuais sinais que indicam a alteração de sua capacidade psicomotora. (GOMES; SCHMITT, 2012, p.76)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trânsito Seguro é de suma importância na vida das pessoas, tornou-se um direito fundamental de todos, passando a ser um ideal a ser seguido pelo Estado, pois através de um trânsito seguro, regular e organizado, se garante à defesa da vida e da incolumidade física das pessoas, nesse mesmo inteligente podemos exaurir a inteligente Arnaldo Rizzardo exaure o seguinte entendimento:

Tão importante tornou-se o trânsito para a vida nacional que passou a ser instituído um novo direito, ou seja, a garantia a um trânsito seguro. Dentre os direitos fundamentais, que dizem como a própria vida, como a cidadania, a soberania, a saúde, a liberdade, a moradia e tantos outros, proclamados no art. 5º da Constituição Federal, está o direito ao trânsito seguro, regular, organizado ou planejado, não apenas pertinente à defesa da vida e da incolumidade física, mas também relativamente à regularidade do próprio trafegar, de modo a facilitar a condução dos veículos e a locomoção das pessoas. (RIZZARDO, 2013, p. 33)

Nesse contexto, o Direito de Trânsito consagra o direito à vida e o respeito ao direito constitucional de ir e vir garantido a todos. Diante de tal constatação, o direito a um trânsito seguro, é um direito fundamental de segunda dimensão, por ser um instrumento necessário à preservação da vida, nesse contexto podemos destacar o conhecimento de Cássio Mattos Honorato:

“O Trânsito Seguro como um Direito Humano e Fundamental de Segunda Dimensão, ou seja, uma garantia essencial à proteção da vida e da incolumidade física de todos os usuários das vias terrestres, prevista em nível constitucional; a ser promovida pelo Estado, declarando não apenas a Liberdade de Circulação (como espécie de direito individual), e sim o Trânsito Seguro como um conjunto de deveres coletivos (a todos imposto, sob o manto da igualdade de todos perante a lei e com arrimo nas “justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”), para assegurar a segurança viária e proteger os usuários das vias terrestres.” (HONORATO, 2011, p.1)

Não obstante ser um dever dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Trânsito, assim como consta no Art. 1ª, § 2º do CTB trás o seguinte entendimento:

Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código. § 2º O trânsito, em condições seguras, **é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de**

Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

Nessa luta para torna um trânsito um lugar seguro, não podemos jamais esquecer que um Estado Democrático de Direito, precisa respeita os Direitos Fundamentais em suas ações, não só pautando sua atividade a imposições de penalidade, sendo necessária a criação e incorporação nós órgãos voltados para a fiscalização de Trânsito, ações preventivas para reduzir o número de infrações.

Nesse contexto, o doutrinador Lorences em sua obra Direito de Trânsito, trás a baila o seguinte entendimento:

A administração pública, muitas vezes, supreende os cidadãos com reavaliações impositivas e aumento dos impostos, quando também deveria realizar uma contribuição formativa, revalorizando a função, os planos de formação e criar corporações de policiais de trânsito a serviço da comunidade, que se dediquem a prevenir as infrações, assumindo uma atividade determinada de advertência geral e não de meros aplicadores de autuações de infrações. (LORENCES, 2007, p. 64)

Diante dos argumentos apresentados, o Direito de Trânsito é revestido por uma complexidade de matérias de ordem jurídica, compreendendo normas de caráter constitucional e infraconstitucional, sendo necessário ao Estado, mitigar a falsa dicotomia existente entre Supremacia do interesse público *versus* os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

Após 4 anos de tolerância zero da lei seca motoristas ainda resistem em mudar os hábitos. 28 abr 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/apos-4-anos-de-tolerancia-zero-lei-seca-motoristas-ainda-resistem-a-mudar-habitos>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

ARAÚJO, Jolyver Modesto de. **Código de trânsito anotado.** Rio de Janeiro: Letras Jurídicas, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 1996.

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

BRASIL. **Lei nº 678/92.** Dispõe da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.503/97.** Dispõe do Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. **Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade.** In. Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contra-ordenacional Portugêses.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DUALIBI, Sérgio; PINSKY, Ilana; LARANJEIRA, Ronaldo. **Álcool e direção beber ou dirigir.** São Paulo: Editora Unifesp, 2010.

Entre mortes e feridos vítimas de acidentes de trânsito são custo para a sociedade e problema para sistema de saúde. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/motos/saude-publica/entre-mortes-e-feridos-vitimas-de-acidentes-no-transito-sao-custo-para-a-sociedade-e-problema-para-o-sistema-de-saude-publica-do-brasil.aspx>. Acesso em: 26 mar. 2016.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. Cit.*, p. 244; CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. **El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa.** *Revista de Derecho*, nº 11, Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, ene./jun. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, L; SCHMITT, L. **Nova lei seca: comentários à lei n. 12.760 de 2012.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Do estado de direito legal ao transnacional.** *Revista Jus Brasil*. 07 agosto. 2008. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/89884/do-estado-de-direito-legal-ao-transnacional-luiz-flavio-gomes>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei seca: erro do legislador garante impunidade.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2674, 27 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17703>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência.** *Revista Jus Brasil*. 26 jan. 2010. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

HACHEM, *apud*. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo do regime jurídico: administrativo e seu valor metodológico.** *Revista de Direito Público*, nº 2, São Paulo: RT, out./dez. 1967.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HONORATO, Cássio Mattos. **Trânsito: infrações e crimes**. O Trânsito em Condições Seguras. Campinas (SP): Millennium, 2009.

JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTIN FILHO. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo, 1987.

Livrozilla. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/679699/o-direito-fundamental-contra-a-autoincrimina%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 15 out. 2016.

LORENCES, Valentín Héctor. **Derecho de tránsito**. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007.

LUNO, Perez, 1988. Apud. PIOVESAN, Flávia. 2012. **Declaração universal de direitos humanos: desafios e perspectivas**. Disponível em: <[http://www.comitepaz.org.br/download/DH - Desafios e Perspectivas - FPiovesan.pdf](http://www.comitepaz.org.br/download/DH_-_Desafios_e_Perspectivas_-_FPiovesan.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2016.

MAGGIO, Eduardo Antonio. **Manual de infrações, multas de trânsito e seus recursos**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: RT, 1964.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

NETO, Aragão. **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** 1. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

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

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal).** São Paulo: Saraiva, 2003.

Revista de audiência pública do senado federal. Ano 3, n. 13, pp. 54-55, nov 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201204%20-%20novembro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_novembro_2012_internet.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao código de trânsito brasileiro.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHOETTL, Jean-Éric *et alli.* **Débats.** In: Bertrand Mathieu; Michel Verpeaux (Dirs.). *Intérêt général, norme constitutionnelle.* Paris: Dalloz, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUSA, Sérgio Ricardo de; SILVA, William. **Manual de processo penal constitucional – pós reforma de 2008.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.