

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR RELATOR ALVARO PASSOS DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 0021435-69.2019.8.26.0000

INTERESSADA: * E OUTRO**

INTERESSADO: COORDENADOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE SÃO PAULO

O ESTADO DE SÃO PAULO, pelos Procuradores que subscrevem esta petição, vem respeitosamente perante V. Exa. expor e requerer ingresso no feito na qualidade de *AMICUS CURIAE*, com fulcro no art. 138 do Código de Processo Civil, pelos moti-vos abaixo expostos.

DO INTERESSE E DA REPRESENTATIVIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO NA PRESENTE DEMANDA

Para cumprimento das metas estabelecidas na *Década Mundial de Ações para a Segurança Viária - 2011/2020*, o Decreto Estadual nº 58.881/2013 instituiu o Programa "*Direção Segura*" para a fiscalização de trânsito.

Tem como objetivo a realização de "operações integradas com órgãos afins, de caráter preventivo, educativo e fiscalizatório, objetivando prevenção e repressão da prática de infrações de trânsito, em especial a direção sob influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência".

Como consta no preâmbulo do Decreto, trata-se de medida inserida no âmbito da *Década Mundial de Ações para a Segurança Viária - 2011/2020*, estabelecida pela Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil foi um dos signatários (Resolução da Assembleia Geral nº 64/255 de 2010)¹.

Dentro do escopo da *Década de Ação pela Segurança no Trânsito 2011-2020*, em 2015 foi firmada a Declaração de Brasília, durante a 2ª Conferência

¹ Disponível em < https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/255>

Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito. Dentre as ações recomendadas destaca-se:

Convidar os Estados que ainda não o tenham feito a redobrar esforços para desenvolver e implementar planos nacionais sobre segurança no trânsito e a aplicar legislação abrangente, em consonância com o Plano Global para a Década de Ação para a Segurança no Trânsito 2011-2020, com vistas a atingir a meta de aumentar a porcentagem de países com legislação abrangente sobre os principais fatores de risco, incluindo o não-uso de cintos de segurança, de dispositivos de retenção para o transporte de crianças e de capacetes; direção sob a influência de álcool; e o excesso de velocidade; de 15% para, pelo menos, 50% até 2020, tal como acordado na resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 64/255 de 2010;

A política pública de segurança viária no Estado de São Paulo **transcende os interesses do DETRAN-SP enquanto autarquia**, sendo certo que as operações do programa Direção Segura são realizadas pelas Polícias Civil e Militar do Estado de São Paulo e Superintendência da Polícia Técnico-Científica.

Ademais, há repercussões na área da saúde pública: de acordo com dados divulgados pelo CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no Estado de São Paulo o Sistema Único de Saúde (SUS) desembolsou **R\$ 759.109.440,73** no período de 2009 a 2018 para custear tratamentos causados por acidentes de trânsito².

A declaração de inconstitucionalidade do dispositivo invocado pode ter impactos sociais, políticos e econômicos de grande magnitude.

Dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Como bem aponta a doutrina especializada, *"[a] participação do amigo da corte, em qualquer instância de jurisdição, é de fundamental importância para a tutela*

2 Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/pdf/acidentes%20de%20trnsito%20-%20valores%20corrigidos%20ipca.pdf>>

*dos direitos conferidos na Constituição, pois nas ações judiciais em que se discutem temas de grande relevância poderão ser admitidos como terceiros intervenientes tanto os órgãos do Estado como os representantes da sociedade civil, na busca pela solução mais coerente a ser dada à causa, com a conseqüente busca pela efetivação dos direitos fundamentais*³.

Como demonstrado, o Estado de São Paulo possui uma política de segurança viária que envolve o concurso de vários órgãos e entidades, dos quais o DETRAN-SP é apenas um dos participantes.

Nesse sentido, junta-se manifestação do Conselho Estadual de Trânsito de São Paulo (CETRAN-SP) órgão normativo, consultivo e coordenador, atualmente vinculado à Secretaria de Governo, por meio do qual o **colegiado expressa preocupação** quanto aos efeitos da decisão nestes autos.

Com efeito, embora o incidente de constitucionalidade tenha, em regra, efeitos *inter partes*, é importante notar que o **art. 927, V, do CPC prevê eficácia vinculante da orientação do órgão especial**.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Destarte, a orientação aqui traçada terá, em tese, **eficácia vinculante para os órgãos fracionários e juízes de direito do Tribunal de Justiça de São Paulo, com possível efeito multiplicador**.

Demonstrado seu interesse na solução da controvérsia, o Estado de São Paulo requer sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, requerendo a apreciação dos argumentos abaixo desenvolvidos.

DA SUSPENSÃO DO PRESENTE INCIDENTE

3 PACHECO, Paulo Fernando Santos; CARNEIRO, Ricardo José das Mercês. A figura do *amicus curiae* prevista no novo CPC como forma de participação democrática processual e instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, ano 34, n. 400, abr. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247256>>.

Uma vez que está em trâmite no Supremo Tribunal Federal a **ADI n. 4.103/DF**, questionando os mesmos dispositivos legais aqui arguidos, entende-se, a fim de evitar decisões conflitantes, conveniente a suspensão do presente incidente até que seja concluído o julgamento.

DA CONSTITUCIONALIDADE DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 165-A DO CTB.

Caso opte-se por prosseguir o julgamento, o incidente deve ser rejeitado.

De acordo com dados divulgados pelo **MINISTÉRIO DA SAÚDE**⁴, após dez anos em vigor do endurecimento das penas para consumo de álcool, houve significativa redução dos óbitos relacionados com acidentes de trânsito causados por consumo de álcool:

"Há dez anos a Lei Seca está em vigor no Brasil e um dos impactos positivos é a redução de 2,4% do número de mortes por acidentes de trânsito no país. Em 2008, quando a lei foi implementada, o Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde registrou 38.273 óbitos por essa causa. Em 2016, foram 37.345 óbitos.

A redução é ainda mais representativa se comparado ao ano de 2012, quando a lei sofreu sua primeira alteração, tornando-se mais rígida com o aumento da multa para condutores flagrados dirigindo alcoolizados. Em 2012, 44.812 pessoas morreram vítimas de acidentes no trânsito. Comparado a 2016, houve redução de 16,7% equivalente a menos 7.467 mortes.

Os estados que mais registraram essa queda foram São Paulo (25,4%), Espírito Santo (21,8%), Santa Catarina (19%), Distrito Federal (17,5%) e Paraná (15,9%). Em contrapartida houve o aumento da mortalidade no Pará (39,4%), Maranhão (39%), Piauí (37,2%), Bahia (36,8%) e Tocantins (26,5%).

Por regiões, o aumento se deu no Nordeste (26,4%) e no Norte (23%), enquanto que a redução ocorreu no Sudeste (18,6%); Sul (15,5%) e Centro-Oeste (1,9%). Em números de óbitos registrados no ano de 2018 e 2017, passaram de 2.718 para 3344 no Norte; 9282 para 11.734 no Nordeste; 3927 para 3.852 no Centro-Oeste; 15.189 no Sudeste; e de 7157 para 6.046 no Sul."

Como se lê na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 415/2008, que

4 <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43593-10-anos-de-lei-seca-obitos-por-acidentes-de-transito-diminuem-2>

originou o art. 2º da Lei nº 11.705/08, com base em estudos constatou-se a urgência do projeto *“em razão do alto índice de consumo do álcool, que causa anualmente 1,8 milhão de mortes no mundo. Além disso, os gastos em procedimentos hospitalares de internações relacionadas ao uso de álcool e outras drogas, bem como de acidentes automobilísticos decorrentes do uso de álcool, vêm aumentando sobremaneira, trazendo graves consequências para elaboração e implantação de políticas públicas nessa área.”*⁵

Ainda assim, em que pese ter ocorrido significativa redução no número de mortes, o país segue longe de atingir a meta estabelecida pela ONU até o ano de 2020⁶, o que demonstra que a declaração de inconstitucionalidade aqui pretendida, com a devida vênia, mostra-se temerária.

A penalização administrativa da recusa em se submeter aos testes foi tipificada, inicialmente, pela Lei nº 11.705, de 2008, que alterou o art. 277 do CTB:

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 dada pela Lei nº 12.760, de 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. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

Posteriormente, a Lei Federal nº 13.281/16 manteve a penalidade, alterando sua posição topográfica e tipificando-a como infração autônoma prevista no art. 165-A do CTB.

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

5 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Exm/EMI-13-gsi-mj-m-cidades-mec-mt.htm>

6 Cf. notícia divulgada pelo governo federal em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-09/brasil-reduz-mortes-no-transito-mas-esta-longo-da-meta-para-2020>>

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.

Por outro lado, mesmo antes da Lei Federal nº 13.281/2016 o TJ-SP e o Superior Tribunal de Justiça entendiam que a recusa à submissão a qualquer teste que permita certificar a influência **não se confunde com presunção de embriaguez**.

Trata-se de infração administrativa de mera conduta, que se consuma com a mera recusa, ainda que não constatado nenhum sinal de alteração da capacidade psicomotora.

As infrações previstas para a recusa e para penalização da infração por direção sob influência de álcool são distintas, embora com penas idênticas.

Com a devida vênia, **o entendimento da Câmara suscitante – além de isolado no próprio Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça – parte de uma incorreta compreensão dos limites da não autoincriminação**, distanciando-se dos países que são considerados berços da evolução histórica deste princípio.

Em outras palavras, o **alcance pretendido ao aludido princípio *nemo tenetur se detegere* não encontra guarida no texto constitucional brasileiro**, nem tampouco no sistema de proteção de direitos humanos, tanto na tradição romano-germânica, como na *common law*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8, 2, “g”, dispõe: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”*.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14, 3, “g”, institui: *“Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada”*.

Note-se que as normas dos tratados internacionais, além de limitarem sua aplicação ao âmbito criminal, estabelecem apenas o direito ao silêncio e à presunção de inocência, nada dispondo sobre coleta de material probatório.

A Constituição Federal estabelece que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*" (art. 5º, LVII, CF); "*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogados*" (art. 5º, LXIII, CF).

De acordo com tais princípios, é certo, a doutrina extrai a previsão de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo, garantia observada de forma reiterada por nossos tribunais.

Ocorre que não se pode conferir a esta garantia alcance irrestrito, a extrapolar seu âmbito de aplicação (qual seja, a área criminal), como forma de impedir o exercício do poder de polícia administrativo.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a garantia da presunção de inocência deve se limitar aos efeitos próprios de uma condenação criminal. Com esse fundamento a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa)⁷ :

3. A presunção de inocência consagrada no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (...)

A suspensão do direito de dirigir não é um efeito próprio de condenação criminal, mas sim uma sanção que pode decorrer do exercício do poder de polícia, sendo pena comum a muitas infrações administrativas, com previsão expressa de que pode ser aplicada pela autoridade de trânsito (CTB, art. 256, inciso III). O mesmo quanto às demais sanções previstas (multa, recolhimento dos documentos de habilitação e retenção do veículo).

Diante disso, a conduta prevista no art. 165-A do CTB (que não acarreta presunção de embriaguez, reitera-se, mas apenas torna infração administrativa a conduta de recusa ao teste que permite apurar a influência de álcool) e as sanções nele previstas não se incluem no âmbito de incidência do princípio da presunção de inocência.

⁷ Ação declaratória de constitucionalidade nº 29-DF; Relator Luiz Fux; j. 16/02/2012.

Quanto ao princípio *nemo tenetur se detegere*, além de decorrente de normas constitucionais aplicáveis apenas no âmbito criminal, há outro aspecto relevante a ser considerado.

GILMAR MENDES, INOCÊNCIO COELHO E PAULO GUSTAVO BRANCO ensinam que um dos princípios de interpretação constitucional é o princípio de unidade da Constituição, pelo qual *“as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendemos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra”*⁸.

Em decorrência da necessidade de se interpretar a Constituição Federal como uma unidade, o intérprete deve enfrentar o tema da colisão de direitos. J. J. GOMES CANOTILHO⁹ refere-se à colisão entre direitos e bens jurídicos nos seguintes termos: *“podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade. (...) Exige-se, pois, um objeto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado como digno de protecção, jurídica e constitucionalmente garantido”*.

Prossegue o doutrinador português esclarecendo que a colisão de direitos é solucionada (i) através de redução do âmbito normativo de determinado direito ou (ii) através da limitação do âmbito de proteção a efeitos que não neutralizam bens colidentes. *“(...) necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro”*.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 2.040, teve a oportunidade de decidir o conflito entre, de um lado, os bens jurídicos “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” além do “direito à imagem e à honra de policiais federais”, e, de outro, o “direito fundamental de intimidade” de um indivíduo (em contexto de realização de coleta de provas).

Tratou-se do caso envolvendo a cantora mexicana Glória de Los Angeles Trevino

8 Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 2007, p. 107.

9 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Almedina, pp. 1271-1274.

Ruiz, em que o Supremo Tribunal Federal determinou, a bem do interesse público, que na ocasião do parto a placenta da referida artista fosse, contra a vontade dela, submetida a exame de DNA, a fim de se elucidar a alegação de um suposto crime de estupro, o qual teria sido perpetrado nas dependências da carceragem da Polícia Federal, tendo como consequência uma indesejada gravidez, delito esse que foi atribuído a um integrante daquele órgão, cuja identificação a suposta vítima se negava a fornecer.

Do conflito entre bens coletivos e direito individual, a **Suprema Corte decidiu pela prevalência dos bens coletivos**, resultando na coleta de provas (material genético do líquido amniótico) contra a vontade da mulher, e isso no âmbito de uma investigação criminal¹⁰.

Em seu voto, o Ministro Ilmar Galvão foi além e defendeu que *“não tenho por configuradora de constrangimento ilegal a submissão compulsória da pessoa a exames como o de DNA, de identificação datiloscópica, de verificação de teor alcoólico ou toxicológico, ou mesmo para aplicação de vacina obrigatória, sempre que estiver em jogo interesse público, contra o qual não pode prevalecer o pretense direito à intimidade. Nesses casos, estão sempre contrapostos direitos da personalidade da mesma natureza, para não se falar nos demais valores (...), que militam em favor da realização do exame”*.

Já o caso em análise no presente incidente de arguição de inconstitucionalidade sequer trata de submissão compulsória a teste voltado a apurar a influência de álcool, mas apenas de punir administrativamente o ato de recusar a se submeter a esse teste.

Caso (indevidamente) se entenda pela aplicação do princípio *nemo tenetur se*

10 “Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88 (...). 7. Bens jurídicos constitucionais como 'moralidade administrativa', 'persecução penal pública' e 'segurança pública' que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. (...) 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida” (STF – Recl. 2.040-1-DF – Rel. Min. Neri da Silveira – j. 21.02.2002).

detegere no âmbito administrativo, será necessário solucionar o conflito entre os direitos fundamentais já mencionados (previstos no art. 5º, incisos LVII e LXIII) e bens coletivos que não podem ser desprezados: (i) segurança pública como dever do Estado para a preservação da incolumidade das pessoas (CF, art. 144); e (ii) saúde como dever do Estado de adotar políticas que visem à redução de agravos à saúde (CF, art. 196). Bens coletivos que resultam no respeito à vida e à saúde (CF, art. 5º, *caput*) dos demais cidadãos.

A aplicação do princípio da unidade da Constituição resulta, ao se interpretar os direitos envolvidos no caso em exame, na preponderância dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais, o que justifica a instituição da infração administrativa prevista no art. 165-A do CTB.

As sanções (multa, suspensão do direito de dirigir, recolhimento dos documentos de habilitação e retenção do veículo) também respeitam a proporcionalidade e a razoabilidade, considerando os direitos e bens jurídicos que a norma busca proteger (as vidas dos demais indivíduos, além da saúde e segurança pública como deveres do Estado).

O art. 165-A do CTB é, assim, constitucional.

E como se demonstrará, mesmo na esfera criminal diversos países que adotam o princípio *nemo tenetur se detegere* optaram, diferentemente do Brasil, em criminalizar a própria recusa ao teste, sem enxergar nesse procedimento qualquer inconstitucionalidade ou violação aos direitos humanos.

Ao contrário, como salientado alhures, o compromisso assumido pelo Brasil na esfera internacional passa pela redução das mortes no trânsito, devendo o Estado Brasileiro tomar todas as medidas necessárias e adequadas para redução da letalidade no trânsito.

Partindo-se da premissa de inexistência de direitos absolutos, na ponderação entre princípios e direitos, deve-se considerar que, ao mesmo tempo em que se veda o excesso, o Estado está jungido ao **dever de proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*)**, cabendo tomar as medidas legislativas e administrativas necessárias à proteção dos direitos fundamentais, no caso, o direito à vida, à saúde e à segurança.

DO ALCANCE DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE) NA RECUSA A TESTES NO DIREITO COMPARADO

Mesmo na esfera criminal, a compreensão do TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS

HUMANOS (TEDH) é de que o princípio *nemo tenetur se detegere* envolve, basicamente, o direito ao silêncio, não impedindo, a princípio, a obtenção compulsória de elementos probatórios que tem existência independente da vontade do sujeito passivo, ainda que de modo coercitivo.

De acordo com o TEDH no julgamento do caso SAUNDERS V. REINO UNIDO

“[...]o direito de não se autoincriminar é, no entanto, primordialmente preocupado em respeitar a vontade de uma pessoa acusada de permanecer em silêncio. Como é comumente entendido nos sistemas jurídicos das Partes Contratantes da Convenção e em outros lugares, sua aplicação não se estende ao uso, em processos penais, de material que possa ser obtido do acusado através do uso de poderes compulsórios, mas que tem uma existência independente da vontade do suspeito, como, *inter alia*, documentos adquiridos ao abrigo de um mandado, amostras de sangue, urina e sangue e tecido corporal para fins de teste de DNA.”¹¹

Na mesma linha, a Diretiva UE 2016/343 do Parlamento Europeu relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência¹², ao mesmo tempo em que garante ao suspeito o direito de não se autoincriminar esclarece, na linha do TEDH, que:

O exercício do direito de não se autoincriminar não deverá impedir as autoridades competentes de recolher elementos de prova que, embora possam ser lícitamente obtidos junto do suspeito ou do arguido através do exercício de poderes legais coercivos e que existem independentemente da vontade do suspeito ou do arguido, por exemplo, os elementos recolhidos por força de um mandado, os elementos em relação **aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido, as amostras de hálito, sangue e urina**, bem como de tecido humano para efeitos de testes de DNA.

Em Portugal, segundo dispõe o art. 152 do Código de Estrada, a recusa é puni-

11 "The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, *inter alia*, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing." CASE OF SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM, disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>>

12 Disponível em português em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=PT>>

da como crime de desobediência

Artigo 152º

Princípios gerais

1 - Devem submeter-se às provas estabelecidas para a deteção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas:

- a) Os condutores;
- b) Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito;
- c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução.

2 - Quem praticar atos suscetíveis de falsear os resultados dos exames a que seja sujeito não pode prevalecer-se daqueles para efeitos de prova.

3 - As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a deteção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência.

O Tribunal Constitucional de Portugal (ACÓRDÃO N.º 34/2012)¹³, “*não julga inconstitucionais os artigos 152º, nºs 1, alínea a), e 3, do Código da Estrada, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 44/2005, de 23 de fevereiro, e 348º, nº 1, alínea "a)", do Código Penal, na medida em que impõem, sob pena de aplicação de uma pena de prisão, a submissão a uma prova de deteção de álcool no sangue através de pesquisa no ar expirado, quando o seu destinatário não se quer a ela submeter.*”

Igualmente, o TRIBUNAL DE RELAÇÃO DE ÉVORA¹⁴, entendeu que “*as garantias face à auto-incriminação só se referem às contribuições do arguido de conteúdo directamente incriminatório, não tendo o alcance de se poder subtrair a diligências de prevenção, indagação ou de prova. A configuração genérica de um tal direito a não suportar nenhuma diligência deste tipo deixaria desarmados os poderes públicos no desempenho das suas legítimas funções de protecção da liberdade e convivência, lesaria o valor da justiça e as garantias de uma tutela judicial efectiva.*”

Na Espanha, por exemplo, a conduta de recusa ao teste de alcoolemia é tam-bém tipificada em si mesma como crime, como se lê no art. 383 do Código Penal

13 Íntegra disponível em <<https://dre.pt/application/conteudo/2106573>>

14 Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/112f5d9e8ae-6063d80257e2e003edcf8?OpenDocument>>

Espanhol¹⁵

O condutor que, exigido por um agente da autoridade, se recuse a submeter-se aos ensaios legalmente estabelecidos para a verificação das taxas do bafômetro e a presença dos fármacos tóxicos, entorpecentes e psicotrópicos referidos nos artigos anteriores, será punível com pena de prisão de seis meses a um ano e privação do direito de conduzir veículos a motor e ciclomotores por mais de um ano e até quatro anos.

O SUPREMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA, citando precedente do TEDH acima indicado, por meio da STC 161/1997, considerou que *“o dever de submeter-se ao controle do álcool no sangue não pode ser considerado contrário ao direito de não testemunhar, não testemunhar contra si mesmo e não confessar culpa, porque o detectado não é obrigado a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo sua culpa, mas tolerar tornar-se objeto de uma modalidade especial de perícia, exigindo uma colaboração não comparável à declaração incluída no âmbito dos direitos proclamados nos arts. 17.3 e 24.2 da Constituição”*.

De acordo com entendimento daquela Corte o teste de etilômetro é uma *“perícia técnica na qual a participação do detento com declarações autoincriminatórias está ausente”*¹⁶

15 “Artículo 383. El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.” Íntegra disponível em https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_Legislacion_complementaria.pdf

16 Pleno. Sentencia 161/1997, de 2 de octubre de 1997. Cuestión de inconstitucionalidade 4.198/1996. En relación con el arto 380 (tipificación como desobediencia grave de la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia) del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Disponível em < <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1997-22974.pdf>>. Trecho citado: “Esta duda de constitucionalidad ha sido ya en suesencia, expresamente abordada y resuelta por este Tribunal. La STC 103/1985 afirmaba que {{el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no onfesar culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de perícia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución » (fundamento jurídico 3.º; también, STC 76/1990. fundamento jurídico 10; AATC 837/1988. fundamento jurídico 2.º, y 221/1990, fundamento jurídico 2.º).

Na Itália, a conduta de recusa também é considerada crime e sujeita à perda da licença para dirigir (art. 187 do *Codice della Strada*), tendo a Corte de Cassação pronunciado-se no sentido de não haver “*nenhum problema constitucional com a disposição em questão*”, pois o arguido não é “*órgão*” da acusação, mas objeto de um teste, o que não viola seu direito de defesa ¹⁷.

Nos Estados Unidos da América, a ADMINISTRAÇÃO NACIONAL DE SEGURANÇA RODOVIÁRIA (*NATIONAL HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMINISTRATION - NHTSA*), agência do poder executivo do governo dos EUA, publica guias sugerindo aos estados-membros medidas eficazes e baseadas em evidências científicas para as principais áreas problemáticas de segurança rodoviária.

A orientação do governo federal americano é no sentido de penalizar a simples recusa aos testes de alcoolemia, baseados em estudos que demonstram a eficácia dessa medida no sentido de reduzir a condução de veículos sob uso de álcool.¹⁸

Esta doutrina ha sido recordada en otras ocasiones con estas u otras palabras. Así, la STC 195/1987 afirmaba rotundamente que <da determinación del grado de alcohol en sangre a través del correspondiente test de alcoholemia no es contraria a las garantías constitucionales > (fundamento jurídico 2.º); el ATC 61/1983 establecía que {{sin perjuicio, aturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivan}} (fundamento jurídico 2.º) y la STC 252/1984 reiteraba la caracterización de la prueba de alcoholemia como {{una pericia técnica en que la participación del detenido con declaraciones autoinculpadoras está ausente}} (fundamento jurídico 4.º). Más recientemente, la STC 197/1995 volvía a negar la catalogación de dicha prueba como declaración (fundamento jurídico 8.º).

17 “Non vi è quindi alcun problema costituzionale con la disposizione in questione, che l'esponente sembra riconoscere in una sorta di coercizione, impedendo lo stesso accusato aveva acconsentito ad altri controlli sanitari e esercitare il diritto dell'indagato di rifiutare di collaborare alle indagini deve essere effettuato a proprie spese. E infatti, come affermato dal giurisprudenza di legittimità, il principio deterrente nemo tenetur è valido quando l'indagato è l'“organo” dell'attività di prova (ad esempio, esercitando il diritto silenziare quando si interroga), non quando si tratta dell'“oggetto” del sondaggio del test; di cui la violazione del diritto alla difesa dell'art. 24 Costo .. Inoltre, non bisogna dimenticare che questo indirizzo è confermato in base a principio della recente Direttiva UE n. 2016/343 (9 marzo 2016) del Parlamento Consiglio europeo e del Consiglio, il cui art. 7, se il primo comma stabilisce il diritto 4 b) ii del sospettato di tacere sul crimine contestato e riconosce nel secondo paragrafo il suo diritto a non incriminarsi al terzo il paragrafo specifica, tuttavia, che l'esercizio di quest'ultimo “Non impedisce il autorità competenti per raccogliere prove che possono essere ottenute ricorrere legalmente a poteri legali coercitivi che esistono indipendentemente per volontà dell'indagato o imputato ”.”<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=../20170601/snpen@s40@a2017@n27545@tS.clean.pdf>

18 Countermeasures That Work: A Highway Safety Countermeasure Guide For State Highway Safety Offices, Ninth Edition, 2017. Disponível em <<https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/documenten>

Dados da CONFERÊNCIA NACIONAL DE LEGISLATURAS ESTADUAIS indicam que todos os Estados-Membros dos EUA, exceto Wyoming, punem a recusa com suspensão do direito de dirigir, e 15 deles criminalizam a recusa.¹⁹

Ademais, o governo federal dos EUA estimula as operações denominadas "No Refusal" (Sem Recusa)²⁰, nas quais, em cooperação com o Poder Judiciário, a polícia pode obter de um juiz plantonista, por meio eletrônico, mandado judicial que permita, na linha permitida pela Suprema Corte, a obtenção compulsória de exame de sangue do motorista que se negar a se submeter ao teste (ressaltando-se que para exigir o teste do etilômetro a ordem judicial é desnecessária).

No julgamento do caso **BIRCHFIELD V. NORTH DAKOTA** a SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS entendeu que é lícito exigir do condutor a submissão a testes de etilômetro, o que não depende de ordem judicial, exigida apenas para os exames de sangue.²¹

Entendeu a Suprema Corte americana que *"porque os testes de respiração são significativamente menos intrusivo que exames de sangue e na maioria dos casos amplamente servem aos interesses de aplicação da lei, um teste de respiração, mas não um teste de sangue, pode ser administrado como um incidente de busca para uma prisão legal por dirigir embriagado. Nenhuma autorização é necessária nesta situação."*

No Reino Unido a recusa ao teste é punida criminalmente se a pessoa, sem justificativa razoável, não cooperar com um teste preliminar que lhe for solicitado, como se vê no *Road Traffic Act 1988*, seção 6.²² No site oficial do governo britânico, exemplifica-se como justificativa razoável doença mental ou física que impeça o fornecimento de amostras²³.

ts/812478_countermeasures-that-work-a-highway-safety-countermeasures-guide-.pdf>

19 Tabela completa disponível em <http://www.ncsl.org/Portals/1/Documents/transportation/Criminal_or_Enhanced_Civil_penalties_implied_consent_refusal_27135.pdf> atualizada em junho de 2018

20 Detalhes em <<https://www.nhtsa.gov/staticfiles/planners/NoRefusalWeekend/index.htm>>

21 Birchfield v. North Dakota, disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-1468_8n59.pdf>

22 "A person commits an offence if without reasonable excuse he fails to co-operate with a preliminary test in pursuance of a requirement imposed under this section."

23 "If you refuse to take a breath test, or fail to supply a sample of breath and do not have a 'reasonable

Além dos países citados, penalidades criminais por recusa a testes que permitam certificar a influência de álcool são impostas no Canadá, Áustria e parte da Austrália²⁴.

DA PENALIZAÇÃO DA RECUSA DE SUBMISSÃO À FISCALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Veja-se, portanto, que em diversos países se adotam práticas muito mais severas do que a legislação brasileira, que apenas **pune a recusa aos testes de forma administrativa**, e não criminal.

Ou seja, a discussão no cenário internacional é a possibilidade de criminalizar a própria recusa de submissão ao teste, sendo possível, atendidos certos requisitos, a obtenção da prova de forma coercitiva, se necessário - o que por aqui a jurisprudência pátria dominante *não admite nem com ordem judicial*.

A punição administrativa é amplamente aceita sem maiores dificuldades e **não se encontra, no estrangeiro, qualquer discussão séria no sentido de simplesmente despenalizar completamente (criminal e administrativa) a recusa à fiscalização**.

Em tais países, que conseguiram significativas reduções no número de mortes, **predomina a compreensão de que o direito a não produzir provas contra si mesmo não significa imunidade à submissão a procedimentos administrativos de fiscalização**.

Por tal motivo, a recusa em submeter-se a exames e testes configura conduta ilícita que pode ser punida, a critério do legislador, de forma administrativa (e, em alguns países, como demonstrado, penalmente) sem que essa exigência configure ofensa ao direito a não autoincriminação.

Essa constatação não escapou à compreensão da melhor doutrina e jurisprudência nacionais.

Analisando a questão de modo aprofundado, o Superior Tribunal de Justiça, no RESp 1.677.380/RS, em brilhante voto de lavra do Min. HERMAN BENJAMIM, afirma que:

excuse', you can be arrested. A reasonable excuse could be a genuine physical or mental condition stopping you from giving a sample." Disponível em <<https://www.gov.uk/stopped-by-police-while-driving-your-rights/breath-tests>>

24 Nestlerode, J. (2017). From Schmerber to McNeely to Birchfield: The Life and Death of the "Per Se" Rule. Criminal Law Bulletin, 53(1), 110-157. Disponível em <Retrieved from http://digitalcommons.wcupa.edu/crimjust_facpub/7>

Não há incompatibilidade entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e o § 3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente suasório da observância da legislação de trânsito.

A dignidade da pessoa humana em nada se mostra afrontada pela obrigação de fazer prevista no *caput* do art. 277 do CTB, com a consequente penalidade estabelecida no § 3º do mesmo dispositivo legal.

Primeiro, porque inexistente coação física ou moral para que o condutor do veículo se submeta ao teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Só consequência patrimonial e administrativa pelo descumprimento de dever positivo instituído pela legislação em favor da fiscalização viária. Pode o condutor livremente optar por não realizar o teste, assumindo os ônus legais correspondentes.

Segundo, porque a sanção administrativa pela recusa em proceder na forma do art. 277, *caput*, não presume culpa de embriaguez, não implica autoincriminação, tampouco serve de indício da prática do crime do art. 306 do CTB. Restringe-se aos efeitos nela previstos, sem qualquer repercussão na esfera penal ou na liberdade pessoal do indivíduo.

Igualmente, em diversos arestos das Câmaras de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proclamou-se a constitucionalidade do dispositivo questionado, afastando-se expressamente a violação ao princípio “*nemo tenetur se detegere*”.

Ressaltando a impossibilidade de vedar o exercício do poder de polícia, em voto de lavra do Des. BANDEIRA LINS, a 8ª Câmara de Direito Público firmou entendimento segundo o qual

“não houve punição do impetrante por eventual embriaguez ao volante, mas sim por descumprimento de um comando normativo geral, a todos imposto como forma de exercício do Poder de Polícia, que, no interesse da coletividade, concernente à segurança viária e à garantia da incolumidade física das pessoas, tem a prerrogativa de, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regular a prática de ato ou a abstenção de fato.”²⁵

Igualmente, a 10ª Câmara de Direito Público entendeu, no voto-condutor da

25 Apelação Cível 1046624-37.2017.8.26.0506; Relator (a): Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/03/2019; Data de Registro: 03/04/2019

Des. TERESA RAMOS MARQUES que:

O direito à não autoincriminação restringe-se à esfera penal, de modo que não pode a parte se valer dele no âmbito administrativo. Note-se que a recusa a se submeter ao teste de bafômetro configura infração autônoma, que não implica a presunção de direção sob a influência de álcool, ainda que determine a aplicação da mesma sanção.²⁶

Por fim, destaca-se julgamento da 7ª Câmara de Direito Público, por voto do Des. FERNÃO BORBA FRANCO, consignou que “*é possível ao Administrador conferir punição administrativa (não-penal) àqueles que se recusarem à submissão da atividade verificatória, como incentivo de natureza negativa para que contribua voluntariamente com a atividade.*”

Deste modo, conclui

“[...] nenhuma garantia constitucional está sendo ferida com a pena estipulada pela norma, na medida em que o “*nemo tenetur se detegere*” tem aplicação apenas na seara penal. Toda verificação do cumprimento de normas administrativas implica em algum desconforto da parte verificada, **desconforto este que deve ser suportado na medida em que protege um bem maior, qual seja, a segurança no trânsito.**”²⁷

Destarte, como demonstrado, as Leis federais nº 11.705/2008 e 13.281/16 não incidem em qualquer vício de inconstitucionalidade.

Ao contrário são medidas proporcionais e adequadas, que estão de acordo com a prática internacional e em nada infirmam o princípio da vedação da autoincriminação.

Portanto, a procedência deste incidente, embora não tenha efeitos erga omnes, por ter efeito vinculante, incentivará a judicialização e colocará o Estado de São Paulo numa exótica posição: qualquer um que aqui se recuse ao teste do etilômetro não sofrerá nenhuma consequência, inclusive administrativa, caso ingresse com demanda judicial (diante do disposto no art. 927, V do CPC) requerendo anulação da pena imposta.

26 Apelação Cível 1013074-86.2015.8.26.0032; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/12/2018; Data de Registro: 19/12/2018

27 Agravo de Instrumento 2014691-58.2018.8.26.0000; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Franca - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/09/2018; Data de Registro: 24/09/2018

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade seria contrária a toda evidência empírica e científica sobre o tema e estaria em desacordo com a experiência internacional.

PEDIDOS

Por todo o exposto, o ESTADO DE SÃO PAULO pede e espera sua admissão no incidente e, no mérito, seja declarada a constitucionalidade dos dispositivos legais questionados.

São Paulo, 12 de agosto de 2019.

FREDERICO JOSÉ FERNANDES DE ATHAYDE
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CONTENCIOSO-GERAL
OAB/SP 270.368

PAULO BRAGA NEDER
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO ADJUNTO DO CONTENCIOSO-GERAL
OAB/SP 301.799

JORGE ANTONIO DIAS ROMERO
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/SP 314.507

AUGUSTO BELLO ZORZI
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/SP 234.949

Registro: 2020.0000099188

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0021435-69.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a se-guinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITARAM A ARGUIÇÃO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ANTÔNIO CEL-SO AGUILAR CORTEZ (COM DECLARAÇÃO), XAVIER DE AQUINO (COM DECLARAÇÃO). ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, MÁRCIO BÁRTOLI, GERALDO WOHLERS E PEREIRA CALÇAS. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR OS EXMOS. SRS. DES. ÁLVARO PASSOS E LUIS SOARES DE MELLO. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTI-NA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, LUIS SOARES DE MELLO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CAS-CONI, RENATO SARTORELLI E CARLOS BUENO.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2020

MOACIR PERES
RELATOR DESIGNADO

VOTO Nº 32.677 (processo digital)

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 0021435-69.2019.8.26.0000 de São Paulo

SUSCITANTE: 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

INTERESSADOS: * E OUTROS**

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – RECUSA À SUBMISSÃO AO TESTE DO ETILÔMETRO – PREVISÃO COMO INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

I. PEDIDO DE SUSPENSÃO ENQUANTO PENDENTE ADIN PERANTE O E. STF – Ações distintas, com efeitos diversos, independentes entre si – Ausência de prejudicialidade – Hipótese em que não há decisão liminar do E. Supremo Tribunal Federal determinando a suspensão nem há pronunciamento dos Tribunais Superiores sobre a questão (parágrafo único, artigo 949, CPC) – Pedido de suspensão indeferido.

II. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – Infração de natureza administrativa de mera conduta – Penalidades que não importam efeito penal Inaplicabilidade do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) – Princípio decorrente das garantias constitucionais do direito ao silêncio e do princípio da presunção da não culpa, características do processo judicial criminal – Aplicabilidade relativizada – Precedentes – Garantias que não se aplicam indiscriminadamente a toda espécie de processo, sob pena de tornar inúteis determinados procedimentos.

Inexistência de consenso neste E. Tribunal de Justiça sobre o tema, prevalecendo em larga escala, todavia, o entendimento de que são aplicáveis os aludidos dispositivos legais.

Pendência de ação direta de inconstitucionalidade a ser julgada pelo E. STF na qual não foram suspensos os efeitos dos dispositivos legais ora impugnados.

Inexistência de vício de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade, suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, contra o artigo 165-A e o § 3º do artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, que aplica penalidades e medidas administrativas à conduta do condutor de veículo automotor que se recusa a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

O órgão fracionário, em v. acórdão que teve a relatoria do Des. Borelli Thomaz,

entendendo que “[...] a regra do art. 227, § 3º do Código de Trânsito Brasileiro, de se apenar como se embriagado estivesse quem apenas e tão só exerceu legítimo direito de não se submeter a descabido exame, não podendo, por isso, caracterizar 'infração autônoma', é irregular e afrontosa a comezinhos princípios de Direito, mormente a princípios da Constituição Federal” (fls. 106).

Por essa razão, invocando a cláusula de reserva de plenário, suscitou o presente incidente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do incidente (fls. 482/489).

É o relatório.

Inicialmente, indefere-se o pedido de suspensão do julgamento enquanto pendente análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.103/DF, perante o E. Supremo Tribunal Federal, que tem por objeto esses mesmos dispositivos legais.

Como é cediço, a pendência de ação direta de inconstitucionalidade, que tem efeito *erga omnes* e vinculante, não prejudica a tramitação de arguição que visa a dar cumprimento à cláusula de plenário, resolvendo a questão incidental da alegação de inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, com efeito inter partes, a fim de permitir o julgamento da ação principal.

Trata-se de ações distintas, com efeitos diversos. São, por isso, independentes entre si.

Não seria descabida a pleiteada suspensão caso houvesse decisão liminar do E. Supremo Tribunal Federal determinando-a ou se já existisse pronunciamento destes ou do plenário do E. STF sobre a questão, conforme determina o parágrafo único do artigo 949 do Código de Processo Civil. Não é o caso, contudo.

Incabível, portanto, a pretendida suspensão.

É esse o entendimento deste C. Órgão Especial:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — Remessa ao Colendo Órgão Especial para apreciação da constitucionalidade de texto de lei estadual em relação à Constituição Federal, em controle difuso, na forma da Súmula Vinculante nº 10 do S.T.F. — Suspensão da tramitação por relator anterior em razão do ajuizamento de ADI pelo Governador do Estado contra o mesmo texto perante o Supremo Tribunal Federal — Situação em que a exegese dos artigos

948 e seguintes do NCPC não aponta para a inviabilidade da tramitação do incidente na pendência de julgamento de ação direta de mesmo objeto, se nela não tiver sido proferida nenhuma decisão determinando a suspensão – Hipótese de tramitação simultânea expressamente acolhida no S.T.F. (Ag.Rg na Reclamação nº 26.512/ES) – Suspensão arredada. Oportuno ressaltar que aquela ADI em tramitação no

S.T.F. foi ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo, eis que seu veto integral ao Projeto de Lei nº 942/2011, motivado pelo vício na iniciativa parlamentar, foi derrubado pela Assembleia Legislativa, resultando na promulgação da Lei 15.301/2014, ora impugnada. (...) Incidente acolhido (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0043759-58.2016.8.26.0000 rel. des. Jacob Valente j. em 15.05.2019).

Por essa razão, indefiro o pedido de suspensão e passo ao julgamento do mérito da arguição.

No mérito, o incidente de inconstitucionalidade deve ser rejeitado.

Pretende ***, por meio do presente mandado de segurança, obter ordem “a fim de confirmar a liminar deferida, bem como declarar nulo o auto de infração de trânsito nº 3C366521-7, instaurado de forma manifestamente ilegal em desfavor do condutor Impetrante” (fls. 12/13).

A Câmara ora suscitante, ao apreciar o recurso de Apelação interposto contra a r. sentença que concedeu a ordem, entendeu que a recusa do motorista a se submeter ao teste do etilômetro não pode, per si, caracterizar infração, suscitando o presente incidente a fim de verificar a consonância dos artigos 165-A e 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro com as normas constitucionais vigentes.

Assim dispõe o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997:

Art. 165-A. *Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)*

Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016)

[...]

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 dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

[...]

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016)

Entendo que os dispositivos legais impugnados não padecem de vício material de inconstitucionalidade.

Inicialmente, é necessário analisar a natureza da infração em questão.

Trata-se de infração administrativa. As penalidades cominadas (multa e suspensão do direito de dirigir) são administrativas, aplicadas pela própria autoridade de trânsito, e não importam efeito penal. A simples recusa não implica enquadramento da conduta no crime definido no artigo 306 do CTB (“Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”).

E trata-se de infração administrativa de mera conduta. Para que o condutor consuma a infração prevista no artigo 165-A, basta a simples recusa a se submeter ao teste do “bafômetro”, ainda que não apresente nenhum sinal que possa levar à constatação da embriaguez.

No caso dos autos, a título de exemplo, o agente autuador não indicou nenhum dos “Sinais de alteração da capacidade psicomotora” elencados no item 5.8 do auto de infração, dentre os quais se encontram: sonolência, arrogância, não saber a data e hora, olhos vermelhos, exaltação, não saber onde está, vômito, ironia, não saber seu endereço, soluços, estar falante, não lembrar dos atos cometidos, desordem nas vestes, dispersão, odor de álcool, dificuldade no equilíbrio, agressividade e fala

alterada. Ainda assim, simplesmente por ter se recusado a se submeter ao teste, a impetrante foi autuada (fls. 24 e 25).

E, em se tratando de infração administrativa sem reflexos penais automáticos, não há se falar em inobservância ao princípio da não autoincriminação.

De fato, a Constituição Federal assim prevê:

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

[...]

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

[...]

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

Como corolário dos princípios da presunção da não culpa e do direito de permanecer calado, assegurados nos citados dispositivos constitucionais, surge o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), segundo o qual ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Da simples leitura do texto constitucional se verifica que essas são garantias do processo judicial criminal daí as menções ao trânsito em julgado da sentença e à prisão.

Mas, mesmo na órbita criminal, o princípio da não incriminação tem sua aplicabilidade relativizada, como se observa da decisão tomada recentemente pelo E. Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 971.959, relatado pelo Min. Luiz Fux, sob o rito da repercussão geral (**Tema 907**):

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 907 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade”, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram contrariamente à tese. Não participou, justificadamen-

te, da votação da tese, o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, a Ministra Rosa Weber. Plenário, Sessão Ordinária, 14.11.2018.

O aludido Tema 907 cristalizou o entendimento de que o condutor que se evade do local de acidente pode ser punido criminalmente por ter tentado evitar a responsabilização criminal e civil, sem que esse tipo penal importe violação ao princípio da não incriminação. Ora, se é permitida a imposição de sanção penal por ter o agente fugido para evitar responsabilização, com mais razão poderia ser sancionada administrativamente a conduta de motorista que se recusa a se submeter a teste que poderá ou não dar suporte à verificação da prática de infração administrativa ou de crime.

Se nem na esfera criminal a observância ao princípio, portanto, é absoluta, pode-se concluir que as garantias constitucionais do direito ao silêncio e do princípio da presunção da não culpa não se aplicam indiscriminadamente a toda espécie de processo, sob pena de tornar inúteis determinados procedimentos.

É o caso, por exemplo, do procedimento administrativo para apuração de infração tributária. O contribuinte, segundo a legislação vigente, pode ser compelido a apresentar sua documentação contábil a fim de permitir ao agente fiscalizador a apuração de eventual infração. Caso se entendesse aplicável a esse tipo de procedimento o princípio da não autoincriminação, garantindo-se ao fiscalizado o direito de manter segredo sobre seus registros, seria impossível ao agente fiscal apurar os fatos, tornando inútil o procedimento.

Da mesma forma, a observância a esse princípio impediria a efetividade das ações de vigilância sanitária, submetendo a população a todo tipo de risco à saúde e à segurança.

Neste E. Tribunal de Justiça, não há um consenso a respeito desse tema.

Alguns desembargadores reconhecem a inconstitucionalidade dos dispositivos legais analisados, como, p.e.:

- Apelação n. 1028442-38.2016.8.26.0053, Rel. Des. Gavião de Almeida, j. em 09.04.2019, 3ª C.
- Apelação n. 1000096-51.2018.8.26.0136, Rel. Des. Coimbra Schmidt, j. em 03.06.2019, 7ª C.
- Apelação n. 1030461-46.2018.8.26.0053, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. em 18.09.2019, 9ª C.

- Apelação n. 1006960-14.2018.8.26.0037, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. em 09.07.2019, 11^a C.
- Apelação n. 1033131-57.2018.8.26.0053, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. em 24.04.2019, 13^a C.
- Agravo de Instrumento n. 2137755-71.2019.8.26.0000, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, j. em 16.10.2019, 13^a C.

Outros, por sua vez, entendem serem constitucionais os artigos do CTB, como, v.g.:

- Agravo de Instrumento n. 2255467-82.2019.8.26.0000, Rel. Des. Rubens Rihl, j. em 19/11/2019, 1^a C.
- Apelação n. 1001947-97.2019.8.26.0037, Rel. Des. Marcos Pimentel Tamasia, j. em 13/11/2019, 1^a C.
- Apelação n. 1000033-77.2018.8.26.0022, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. em 27/06/2019, 1^a C.
- Apelação n. 1002583-47.2017.8.26.0453, Rel. Des. Encinas Manfré, j. em 24/09/2019, 3^a C.
- Apelação n. 1000119-44.2016.8.26.0531, Rel. Des. Camargo Pereira, j. em 30/07/2019, 3^a C.
- Apelação n. 1004617-22.2018.8.26.0077, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. em 23/10/2018, 6^a C.
- Apelação n. 1000155-49.2019.8.26.0477, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. em 18/11/2019, 7^a C.
- Agravo de Instrumento n. 2014691-58.2018.8.26.0000, Rel. Des. Fernão Borba Franco, j. em 11/09/2018, 7^a C.
- Apelação n. 1046624-37.2017.8.26.0506, Rel. Des. Bandeira Lins, j. em 27/03/2019, 8^a C.
- Apelação n. 1050390-65.2018.8.26.0053, Rel. Des. J.M. Câmara Jr, j. em 07/08/2019, 8^a C.
- Apelação n. 1000275-18.2018.8.26.0125, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. em 25/06/2019, 9^a C.
- Apelação n. 1011714-96.2018.8.26.0037, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. em 04/07/2019, 9^a C.
- Apelação n. 1003284-84.2019.8.26.0114, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 07/10/2019, 10^a C.
- Apelação n. 1057170-21.2018.8.26.0053, Rel. Des. Paulo Galizia, j. em 22/07/2019, 10^a C.
- Agravo de Instrumento n. 2016767-21.2019.8.26.0000, Rel. Des. Teresa Ra-

mos Marques, j. em 15/02/2019, 10ª C.

- Agravo de Instrumento n. 2218325-15.2017.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Tadeu Ottoni, j. em 15/08/2018, 13ª C.

E há ainda desembargadores que, deixando de mencionar a questão da constitucionalidade dos dispositivos legais, aplicam-nos, entendendo válida a autuação, como, p.e.:

- Agravo de Instrumento n. 2185208-62.2019.8.26.0000, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. em 22/10/2019, 1ª C.
- Apelação n. 1037975-50.2018.8.26.0053, Rel. Des. Aliende Ribeiro, j. em 08/10/2019, 1ª C.
- Apelação n. 1005057-56.2019.8.26.0053, Rel. Des. Danilo Panizza, j. em 17/04/2019, 1ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2220828-38.2019.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Vieira Von Adamek, j. em 01/11/2019, 2ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2213354-16.2019.8.26.0000, Rel. Des. Vera Angriani, j. em 30/10/2019, 2ª C.
- Apelação n. 1029825-52.2018.8.26.0224, Rel. Des. Renato Delbianco, j. em 18/09/2019, 2ª C.
- Apelação n. 1005502-69.2018.8.26.0066, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. em 12/08/2019, 2ª C.
- Apelação n. 1001629-40.2019.8.26.0482, Rel. Des. Alves Braga Jr, j. em 19/07/2019, 2ª C.
- Apelação n. 1016095-10.2018.8.26.0309, Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, j. em 10/05/2019, 2ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2218386-02.2019.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. em 21/10/2019, 4ª C.
- Apelação n. 1000532-79.2018.8.26.0695, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 11/03/2019, 4ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2068820-13.2018.8.26.0000, Rel. Des. Osvaldo Magalhães, j. em 07/05/2018, 4ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2193093-30.2019.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Bianco, j. em 07/10/2019, 5ª C.
- Apelação n. 1002920-24.2017.8.26.0360, Rel. Des. Heloísa Mimesi, j. em 12/09/2018, 5ª C.

- Agravo de Instrumento n. 2127662-83.2018.8.26.0000, Rel. Des. Maria Laura Tavares, j. em 17/07/2018, 5ª C.
- Apelação n. 1006849-79.2018.8.26.0053, Rel. Des. Leme de Campos, j. em 14/10/2019, 6ª C.
- Apelação n. 1009649-57.2019.8.26.0114, Rel. Des. Sílvia Meirelles, j. em 03/10/2019, 6ª C.
- Apelação n. 1006495-22.2016.8.26.0248, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. em 19/03/2018, 6ª C.
- Apelação n. 1000841-45.2018.8.26.0196, Rel. Des. Fernão Borba Franco, j. em 23/10/2019, 7ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2096110-66.2019.8.26.0000, Rel. Des. Percival Nogueira, j. em 28/05/2019, 8ª C.
- Apelação n. 1046030-98.2018.8.26.0114, Rel. Des. Ponte Neto, j. em 22/07/2019, 8ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2244024-37.2019.8.26.0000, Rel. Des. Marcelo Semer, j. em 18/11/2019, 10ª C.
- Apelação n. 1003029-26.2019.8.26.0309, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 06/11/2019, 11ª C.
- Apelação n. 1001715-62.2019.8.26.0077, Rel. Des. Afonso Faro Jr, j. em 23/10/2019, 11ª C.
- Apelação n. 1001390-82.2017.8.26.0651, Rel. Des. J.M. Ribeiro de Paula, j. em 26/09/2019, 12ª C.
- Apelação n. 1005126-23.2014.8.26.0196, Rel. Des. Souza Meirelles, j. em 13/08/2019, 12ª C.
- Apelação n. 1006184-63.2018.8.26.0053, Rel. Des. Isabel Cogan, j. em 25/09/2018, 12ª C.
- Agravo de Instrumento n. 2065983-82.2018.8.26.0000, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, j. em 12/09/2018, 12ª C.

A jurisprudência também não é pacífica nos tribunais superiores.

O E. **Superior Tribunal de Justiça**, contudo, já entendeu no sentido da impossibilidade de afastamento da punição administrativa pela recusa de submissão ao teste do etilômetro em razão da observância ao princípio da não autoincriminação:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TAXISTA. TESTE DE ALCOOLEMIA, ETILÔ-

METRO OU BAFÔMETRO. RECUSA EM SE SUBMETER AO EXAME. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 277, §3º C/C

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL Nº 0021435-69.2019.8.26.0000 SÃO PAULO VOTO Nº 32.677

ART. 165 DO CTB. AUTONOMIA DAS INFRAÇÕES. IDENTIDADE DE PENAS. DESNECESSIDADE DE PROVA DA EMBRIAGUEZ. INFRAÇÃO DE MERA CONDUTA. DEVER INSTRUMENTAL DE FAZER. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. INAPLICABILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. TIPO ADMINISTRATIVO QUE NÃO CONSTITUI CRIME. SEGURANÇA VIÁRIA. DIREITO FUNDAMENTAL. DEVER DO ESTADO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA RESPEITADA. SÚMULA 301/STJ. PREVISÃO DE EFEITOS LEGAIS CONTRÁRIOS A QUEM SE RECUSA A SE SUBMETER A PROVA TÉCNICA. TEMA NÃO EXCLUSIVO DO CTB E SUMULADO PELO STJ. INFRAÇÃO COMETIDA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE TRANSPORTE REMUNERADO DE PASSAGEIROS. ATIVIDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO ESTATAL. SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA REGIDO PELA LEI 12.587/2012. OBRIGAÇÃO DE CUMPRIR A LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO REFORÇADA.

1. A controvérsia sub examine versa sobre a consequência administrativa da recusa do condutor de veículo automotor a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

[..]

6. Interpretação sistemática dos referidos dispositivos permite concluir que o CTB instituiu duas infrações autônomas, embora com mesmo apenamento: (i) dirigir embriagado; (ii) recusar-se o condutor a se submeter a procedimentos que permitam aos agentes de trânsito apurar seu estado.

7. A recusa em se submeter ao teste do bafômetro não presume a embriaguez do art. 165 do CTB, tampouco se confunde com a infração ali estabelecida. Apenas enseja a aplicação de idêntica penalidade pelo descumprimento do dever positivo previsto no art. 277, caput.

[...]

12. A prova da infração do art. 277, § 3º é a de descumprimento do dever de agir. Tão só. Sem necessidade de termo testemunhal ou outro meio idôneo admitido no § 2º do mesmo dispositivo legal.

13. O princípio nemo tenetur se detegere tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção.

14. É possível admitir a incidência ampliada do princípio nemo tenetur se

detegere quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico.

15. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do nemo tenetur se detegere não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito da sua competência ordenadora, por falta de amparo no ordenamento pátrio.

16. Entender o contrário levaria ao absurdo de se admitir que o condutor pudesse recusar-se, sem as penalidades cabíveis, a submeter seu veículo a inspeção veicular ou a apresentar às autoridades de trânsito e seus agentes os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei, para averiguação da regularidade documental prescrita pela legislação.

[...]

27. Não há incompatibilidade entre o princípio nemo tenetur se detegere e o §3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente persuasório da observância da legislação de trânsito. 28. A dignidade da pessoa humana em nada se mostra afrontada pela obrigação de fazer prevista no caput do art. 277 do CTB, com a conseqüente penalidade estabelecida no §3º do mesmo dispositivo legal.

29. Primeiro, porque inexistente coação física ou moral para que o condutor do veículo se submeta ao teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Só consequência patrimonial e administrativa pelo descumprimento de dever positivo instituído pela legislação em favor da fiscalização viária. Pode o condutor livremente optar por não realizar o teste, assumindo os ônus legais correspondentes.

30. Segundo, porque a sanção administrativa pela recusa em proceder na forma do art. 277, caput, não presume culpa de embriaguez, nem implica autoincriminação. Tampouco serve de indício da prática do crime do art. 306 do CTB. Restringe-se aos efeitos nela previstos, sem repercussão na esfera penal ou na liberdade pessoal do indivíduo.

31. A exigência legal de submissão a exame técnico ou científico, com os consectários jurídicos da recusa, não é exclusividade do CTB. Consta, v.g., dos art. 231 e 232 do Código Civil.

[...]

37. Recurso Especial provido. (REsp 1677380/RS, rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017)

Assim, entendo que, em que pese a lucidez de sua lógica argumentativa, sempre com o devido respeito, discorda-se do posicionamento adotado pela **Min. Carmem**

Lúcia quando, atuando como relatora de recursos extraordinários nos quais se realiza o controle difuso da constitucionalidade dos dispositivos legais ora questionados, invoca jurisprudência do E. STF a fim de justificar a aplicabilidade do princípio da não autoincriminação ao caso (p.e., RE 1243634/RS, j. em 21/11/2019; ARE 1242504/RS, j. em 11/11/2019; RE 1224546/RS, j. em 14/08/2019; RE 1223845/RS, j. em 06/08/2019).

A Ministra, ao fundamentar seus votos, justifica que o princípio da não autoincriminação é aplicável de forma ampla a processos e investigações criminais, ultrapassando a limitação ao direito de permanecer calado, além de a processos administrativos.

Conforme já afirmado, não se nega que o princípio se aplique a processos criminais. O que ocorre, no caso dos autos, é que a simples recusa à submissão ao teste não importa, diretamente, efeitos criminais, razão pela qual não se pode falar em aplicabilidade do princípio por esse motivo.

Ademais, os processos administrativos mencionados pela ilustre Ministra, nos quais entende o E. STF dever ser observado o princípio da não incriminação, são pontuais e não implicam a adequação da garantia individual a toda e qualquer situação. Em contraponto aos casos citados nos julgamentos dos referidos recursos extraordinários (v.g., a possibilidade de testemunha em processo administrativo disciplinar permanecer calada), citamos outros casos em que a própria legislação expressamente admite seja o indivíduo compelido a produzir prova contra si mesmo (o que ocorre na fiscalização tributária, por exemplo).

Ademais, não é prudente que este C. Órgão Especial declare, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados, se há **ação direta de inconstitucionalidade pendente perante o E. STF na qual não foram suspensos os seus efeitos.**

De fato, ao receber a petição da ADI 4103, ajuizada pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento ABRASEL NACIONAL, o Min. Gilmar Mendes, então Presidente daquele E. Tribunal, deixou de apreciar o pedido de cautelar para determinar a submissão do processo ao rito definido no artigo 12 da Lei n. 9.868/99, segundo o qual:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a

manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Processada a ação, não houve em nenhum momento a apreciação do pedido de suspensão dos efeitos dos dispositivos legais impugnados, que permanecem vigentes e de observância obrigatória.

Assim, não se verifica vício de inconstitucionalidade nos artigos 165-A e 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Diante do exposto, pelos motivos supramencionados, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

MOACIR PERES
RELATOR DESIGNADO