

# A ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO: A INCIDÊNCIA DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA RECUSA AO EXAME DO ETILÔMETRO

THE ANTINOMY BETWEEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN BRAZILIAN LAW:  
THE INCIDENCE OF *NEMO TENETUR SE DETEGERE* IN REFUSAL TO  
EXAMINATION OF THE ETHYLOMETER

Ueslley Ricardo de Siqueira<sup>1</sup>

**RESUMO:** Com o escopo de examinar a incidência do *nemo tenetur se detegere* na infração que decorre do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, que pune o condutor de veículo que recusa a submissão aos procedimentos que permitem certificar o consumo de álcool ou outras substâncias psicoativas, o presente artigo aborda, com suporte na teoria da relação circular entre princípios e regras constitucionais de Marcelo Neves, a antinomia entre a garantia à não autoincriminação e o direito constitucional à vida. Outrossim, estuda a previsão do princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a condição de validade das autuações de trânsito fundadas no referido artigo a partir da demonstração mínima de que o condutor estava sob a influência de álcool quando da abordagem, sendo nula a mera suspeita.

**Palavras-chave:** Antinomia. Autuação de trânsito. Direito à vida. Bafômetro. Garantia à não autoincriminação.

**ABSTRACT:** With the scope of examining the incidence of *nemo tenetur*, it is detected in the violation arising from article 165-A of the Brazilian Traffic Code, which punishes the vehicle driver who refuses to submit to procedures that allow certifying the consumption of alcohol or other psychoactive substances, this article addresses, based on the theory of the circular relationship between constitutional principles and rules by Marcelo Neves, the antinomy between the guarantee of non-self-incrimination and the constitutional right to life. Furthermore, it studies the provision of the principle of *nemo tenetur* is detected in the Brazilian legal system, as well as the condition of validity of the traffic notices based on that article based on the minimum demonstration that the driver was under the influence of alcohol when approaching, mere suspicion being null.

**Keywords:** Antinomy. Traffic Notice. Right to life. Breathalyzer. Guarantee of non-self-incrimination.

## 1 INTRODUÇÃO

A condução de veículos automotores sob o estado de embriaguez constitui acentuado revés social, eis que representa, em matéria de segurança pública no trânsito, uma das principais causas de morte. O conjunto de leis denominado “Lei Seca”, que tem como programa a redução dos acidentes no trânsito decorrentes da ingestão de bebidas alcólicas, é palco para acirradas controvérsias

acerca das formas de reação utilizadas na legítima luta contra estes graves comportamentos antissociais, quando a obrigação de se submeter a determinadas provas se impõe sob ameaça de cometer uma infração castigada com a suspensão do direito de dirigir e a multa.

O aumento da advocacia especializada no Direito de Trânsito tornou cotidiano o debate a respeito da constitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe sobre a

infração decorrente da recusa a procedimentos que certificam o consumo de substâncias psicoativas. Embora a norma encontre respaldo constitucional no propósito de preservar a vida e a segurança no trânsito, há quem defenda a sua inconstitucionalidade<sup>1</sup>, pois vige no ordenamento jurídico brasileiro o direito à não autoincriminação ou garantia à não produção de provas contra si. Assim, haveria uma colisão entre direitos, tidos como princípios constitucionais (vida *versus* direito à não autoincriminação).

É comum na atividade jurídica, especialmente na docência, a fé nos princípios jurídicos, em particular os constitucionais, como panaceia para solucionar os males da prática jurídica (NEVES, 2013) — a esse fenômeno dão o nome, para alguns equivocados<sup>2</sup>, de “neoconstitucionalismo”. No entanto, mundo à fora, essa tese esta há tempo superada, no sentido de que, a despeito dos princípios servirem à adequação social do direito, a invocação deles, sem critérios, enseja uma abertura que permite retóricas voltadas à fundamentação de interesses particularistas, resultando na inconsistência do direito, gerando insegurança jurídica.

O presente artigo tem o escopo de fazer um estudo criterioso dos princípios envolvidos na contenda, sem reduzi-lo a uma demonstração simplista — ou moralmente justificante — do princípio com melhor peso ou importância, no sentido de Dworkin, ou do que melhor satisfaz à pretensão jurídica, no sentido de Alexy (NEVES,

2019), evitando, na medida do possível, amparar quaisquer interesses eventualmente envolvidos.

O trabalho será dividido em quatro partes. Inicialmente, haverá um esmiuçamento do processo histórico-social-legislativo que deu origem à Lei Seca e à regra prevista no artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro a fim de tornar possível a compreensão das razões e das circunstâncias que motivaram a sua concepção. Na segunda parte, com fundamento nos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário e nos variados princípios constitucionais expressamente positivados, a pesquisa desenvolver-se-á no estudo da existência do direito de não produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*) no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, será feita uma interpretação gramatical do dispositivo propensa a alcançar o sentido da norma, como também uma análise da incidência da garantia do *nemo tenetur se detegere* nas autuações de trânsito estribadas na recusa ao exame do etilômetro. Por último, com suporte na teoria da relação circular entre princípios e regras constitucionais de Marcelo Neves, haverá uma apreciação da antinomia entre os princípios jurídicos à vida e à não produção de provas contra si na concretização normativa do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.

## **2 CONTEXTO SOCIAL DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.**

<sup>1</sup> Tal-qualmente decidiu a Ministra Cármen Lúcia (STF) nos autos do Recurso Extraordinário 1212315/RS.

<sup>2</sup> O equívoco residiria no fato de que o conceito de “neoconstitucionalismo” surgiu originariamente em contextos nos quais a democracia já era estável, não sendo

congênere o caso brasileiro, onde a Constituição de 1988 emergiu após a transição de vinte anos de autoritarismo para a democracia. Ou seja, não haveria, pois, um novo constitucionalismo, como se houvesse um precedente; mas, de fato, a fundação do constitucionalismo no Brasil.

Consoante o Ministério da Saúde (2018), em 2006 o Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) registrou 38.273 óbitos causados por condução de veículo motorizado após consumo de bebidas alcoólicas. Dez anos depois, em 2016, houve o registro de 37.345 óbitos, uma redução de apenas 2,4%. Diante desse cenário, o deputado federal Hugo Leal (PROS/RJ) considerou a necessidade de inserir um penduricalho (ou “emenda jabuti”<sup>3</sup>) na tramitação da Medida Provisória 699/2015<sup>4</sup> — que em seguida converteu-se na Lei nº 13.281/16 — para incluir o art. 165-A no Código de Trânsito Brasileiro, instituindo uma penalidade ao condutor que se recusar a ser submetido a “teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa”.

A justificativa do deputado para a proposta legislativa cuidou de afirmar que, quando a Lei nº 11.705/08 (Lei Seca) incorporou o §3º ao art. 277 do Código de Trânsito para determinar que seriam aplicadas as penalidades previstas no art. 165 ao condutor que se recusasse a se submeter aos procedimentos previstos no *caput* do artigo, fragilizou-se a repressão estatal de maneira que as penalidades só poderiam ser aplicadas se o condutor estivesse efetivamente sob a influência de álcool, não podendo ser aplicadas àqueles que, não demonstrando sinais de embriaguez, unicamente se recusaram a se submeter a teste ou exame para constatar a presença do álcool no sangue ou alvéolos pulmonares. Da leitura da justificativa do legislador, fica clara a intenção de impor aos indivíduos não somente o dever de não pôrem a própria vida e a dos

demais transeuntes em risco, mas também a de impedir a impunidade da irresponsabilidade no trânsito.

De certo, onde houver um ser humano, haverá um indivíduo com o direito de viver, mesmo na casualidade do ordenamento jurídico não se dar ao trabalho de proclamar esse direito explicitamente (GONET BRANCO, 2019). No Brasil, a proteção à vida está acautelada, entre outros dispositivos, no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, segundo o qual a vida é uma garantia inviolável. Trata-se de um bem jurídico que os poderes públicos têm o encargo de proteger, independente da vontade em contrário do seu titular.

Não obstante, ainda que a pretensão punitiva seja amparada por determinados mandamentos constitucionais, é preciso prudência para perceber que essa pretensão sustenta uma presunção de culpabilidade a quem recusa a submissão aos procedimentos certificativos: presume que o condutor esconde sua culpa quando se recusa a certificar o consumo de álcool e para tanto deve ser punido por não fornecer prova ao Estado da sua suposta embriaguez. Ou seja, os princípios que fundamentam o dispositivo estão diretamente em contraste com outros princípios caros aos indivíduos: a garantia à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e o princípio da presunção de inocência, cujos fundamentos não toleram que o condutor seja considerado culpado por não voluntariar-se a produzir provas contra ele mesmo.

Notadamente, o ordenamento constitucional brasileiro resguarda uma série de garantias fundamentais e uma regra infraconstitucional de

<sup>3</sup> Na política brasileira, “emendas jabutis” se referem a emendas parlamentares acrescentadas a Medidas Provisórias sem que os temas das emendas guardem relação com o objeto principal das medidas analisadas.

<sup>4</sup> A MP fabricava uma penalidade para quem usasse veículo para interromper, restringir ou perturbar a circulação nas vias do país.

qualquer modo pode coexistir com esse conjunto de dispositivos sem que com eles seja harmônica. Na medida em que há uma contradição entre princípios ante a regra do art. 165-A do Código de Trânsito, segue-se ao estudo dessa proposição legislativa pelo prisma constitucional da inviolabilidade da vida e do *nemo tenetur se detegere*.

### **3 A GARANTIA DO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Na história, alguns brocardos latinos anunciaram o direito do indivíduo de não colaborar com a sua própria investigação, a exemplo da expressão *nemo tenetur se accusare*, segundo a qual ninguém é obrigado a se acusar, e *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que significa que ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha (QUEIJO, 2012). Hoje, o princípio jurídico que traduz essas asserções e protege o direito à não autoincriminação ou à não produção de provas contra si é o *nemo tenetur se detegere*, que significa, *ipps litteri*, que ninguém é obrigado a se descobrir — no sentido de remover o que lhe cobre. Nos termos de Eugênio Pacceli de Oliveira (2004, p. 207), o nascimento do *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo — seja estatal ou eclesiástico.

Alguns instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, entre os quais o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), ratificado pelo Brasil em 6 de julho de 1992 por meio do Decreto nº 592, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), incorporada ao ordenamento jurídico pátrio em 6 de novembro de 1992 mediante o Decreto nº 678, reconhecem e

tutelam este direito fundamental. Alude Heloísa Estellita Salomão (1999) que a incorporação destes instrumentos internacionais ao direito brasileiro complementou a Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

Leciona Flávia Piovesan (1996) que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode incidir no âmbito nacional de duas formas: i) pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionais garantidos, quando os instrumentos internacionais complementam os dispositivos nacionais; ii) pode estender o elenco dos direitos constitucionalmente previstos, quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não assegurados pela ordem jurídica interna. Entende-se que os referidos diplomas internacionais foram incorporados ao direito brasileiro com *status* de norma constitucional (PIOVESAN, 1998, p. 86).

Esse entendimento deriva da leitura do artigo 5º, §2º, da Constituição da República, que estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Por força desse artigo, José Afonso da Silva (2000) sustenta que, uma vez incorporadas ao direito nacional, as normas de tratados internacionais que versam sobre direitos fundamentais são direitos constitucionais.

A despeito do *nemo tenetur se detegere* ser reconhecido no direito brasileiro mediante a incorporação, não existe nenhum dispositivo na Constituição de 1988 que preveja, de forma expressa e literal, que ninguém será obrigado a produzir provas contra si. Apesar disso, a doutrina é pacífica no sentido de afirmar que a garantia à não autoincriminação é abarcada por outros direitos constitucionais (TROIS NETO, 2011).

O artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Política garante que “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado”. Trata-se nada menos do que a previsão expressa do direito ao silêncio, manifestação mais tradicional do *nemo tenetur se detegere*. Aponta Guilherme de Souza Nucci que (2008, p. 90) “se o indivíduo (...) pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo”.

Tal garantia fundamental corresponde ao direito do acusado de não responder às indagações formuladas pelas autoridades, caso assim decida. Consiste em prerrogativa íntima do indivíduo de preservar-se em seu interior, pois, como afirma Abade Dinouart (2001), o homem nunca é tão dono de si mesmo quanto no silêncio, visto que, fora dele, pode dissipar-se pelo discurso e pertencer menos a si mesmo do que aos outros.

Ademais, o direito ao silêncio está estritamente ligado à garantia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CFRB), princípio cujo exercício não pode acarretar em prova de culpabilidade nem em instrumento para o livre convencimento do juiz<sup>5</sup> e que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado do processo.

Além disso, a incidência do direito à não autoincriminação pode ser verificada igualmente no conteúdo da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB), do qual decorre o direito ao contraditório e à ampla defesa e abrange não só os que atuam diretamente na relação processual, mas “todos os sujeitos, instituições e órgãos, público e

privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essências à justiça” (GILMAR MENDES, 2019, p. 597). Quer dizer, trata-se de garantia constitucional consistente na tutela de direitos formais básicos do acusado dentro de um processo contra eventuais investidas arbitrárias por parte do Estado.

A ampla defesa pode ser dividida em duas nuances: a defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica consiste na defesa plena e efetiva por um profissional legalmente habilitado. A autodefesa, por sua vez, tem exercício facultativo e traduz-se na oportunidade do acusado de tomar posição em relação às provas produzidas e às alegações (QUEIJO, 2012). É na autodefesa que pode ser verificada a presença do *nemo tenetur se detegere*, na medida em que o acusado pode ficar em silêncio e recusar-se a colaborar na produção de provas que possam incorrer na sua autoincriminação.

Posto isto, notável que a garantia ao *nemo tenetur se detegere* está prevista no ordenamento jurídico brasileiro por força dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao conjunto legislativo nacional, bem como tem seu valor extraído de outros direitos fundamentais positivos. Por conseguinte, segue o estudo da sua incidência no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.

#### **4. A INFRAÇÃO DECORRENTE DA RECUSA AO EXAME DO ETILÔMETRO, SEM OUTRAS PROVAS**

O artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) dispõe, *ipsis litteris*, que sofrerá os efeitos jurídicos da regra aquele que se recusar a ser

<sup>5</sup> Determina o Código de Processo Penal, v.g. que o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186,

parágrafo único) e a referência ao silêncio do acusado gera a nulidade do tribunal do júri (art. 478, II).

submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita “certificar” influência de álcool ou outra substância. Na definição do minidicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2008, p. 226), a palavra *certificar* significa “afirmar a certeza de; atestar; passar a certidão de; tornar ciente; afirmar; ter certeza de; persuadir-se; convencer-se”. Assim, em conformidade com a interpretação gramatical<sup>6</sup>, o escopo do dispositivo é confirmar se o condutor estava sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa quando conduziu o veículo. Logo, para que a autoridade atue no sentido de confirmar algo, é necessário que haja uma suspeita antecedente. Se não há suspeita da alteração da capacidade de dirigir, não há o que ser certificado, tornando-se arbitrária a submissão do condutor a testes e incabível a imputação da infração. Esse é o entendimento do Parecer nº 328/17 do Conselho Estadual de Trânsito (CETTRAN) de Santa Catarina:

Não obstante, mesmo examinando apenas as disposições dos artigos 277 e 165-A do CTB, fica evidente que o objetivo da reprimenda não é punir quem, **sem externar nenhum sinal ou sintoma de que esteja sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa, se recuse a se submeter aos testes e exames para apuração de alcoolemia. O próprio tipo infracional descrito no art. 165-A evidencia isso**, senão vejamos: 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. Percebe-se que a transgressão delineada no artigo acima transcrito não se restringe à mera recusa. Com efeito, **o que o**

**dispositivo em tela condena é a resistência em se submeter aos procedimentos** destinados a certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa. **Certificar significa dar certeza, convencer, conferir convicção.** Ora, se o procedimento, cuja omissão deliberada sujeita às cominações em voga, se presta a convencer o examinador de que a pessoa fiscalizada está sob influência de álcool, **isso significa que para o agente fiscalizador somente é lícito lançar mão desse expediente quando a postura do condutor despertar suspeitas que necessitem de confirmação/certificação. Se não há suspeita, não há o que ser certificado, tornando-se arbitrária a submissão do condutor ao teste e, portanto, incabível a imputação pela infração do art. 165-A do CTB.**<sup>7</sup> (grifos nossos).

Por seu turno, o art. 277 do mesmo Código dispõe, literalmente, que o condutor “poderá” ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. Trata-se de uma possibilidade, não de uma obrigação. Por essa razão, quando não houver uma suspeita plausível para desconstituir a presunção de inocência, a mera recusa do condutor a se submeter ao teste do etilômetro, exames ou demais procedimentos não é suficiente para sustentar a punição pelo art. 165-A.

A abordagem da autoridade policial só ocorrerá se existir algum indício de que o cidadão conduz sob o efeito de substância psicoativa, não sendo admitida a submissão aos procedimentos por mera medida de

<sup>6</sup> Para Luís Roberto Barroso, a interpretação gramatical “funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram seu relato” (2011, p. 314).

<sup>7</sup> SANTA CATARINA. Conselho Estadual de Trânsito do Estado de Santa Catarina (CETTRAN/SC). Parecer n.º 328/2017. Conselheiro Relator: José Vilmar Zimmermann. 24 jan. 2017.

prevenção geral (BEM, 2000). Nesses casos, em atendimento à Resolução nº 432/13 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), que detém um rol de sinais de alteração da capacidade psicomotora a serem descritos no campo “observações” do auto de infração, o agente de trânsito deverá anotar informações relacionadas aos sinais de ebriedade ou alteração psíquica do condutor. *In verbis*:

Informações mínimas que deverão constar no termo mencionado no artigo 6º desta Resolução, para constatação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito: (...)

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador: a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta: i. Sonolência; ii. Olhos vermelhos; iii. Vômito; iv. Soluços; v. Desordem nas vestes; vi. Odor de álcool no hálito. b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta: i. Agressividade; ii. Arrogância; iii. Exaltação; iv. Ironia; v. Falante; vi. Dispersão. c. Quanto à orientação, se o condutor: i. sabe onde está; ii. sabe a data e a hora. d. Quanto à memória, se o condutor: i. sabe seu endereço; ii. lembra dos atos cometidos; e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: i. Dificuldade no equilíbrio; ii. Fala alterada;

Exige-se da autoridade policial que relate por escrito o estado de embriaguez do motorista. Para tanto, tem plenas condições de realizar um sério exame da aparência, das atitudes e das reações apresentadas que permita concluir que uma pessoa está se comportando sob a influência de álcool, na forma determinada pelo CONTRAN. Desse modo, a sanção à recusa ao teste do bafômetro exige uma demonstração mínima de que o condutor estaria sob os efeitos do álcool quando da abordagem. Sem a devida constatação da embriaguez por outros meios, não há que se falar em punição pela recusa — e não apenas porque a recusa por si só não é prova da embriaguez, mas também porque a ausência do

registro dos fatos importa em gravoso atentado ao devido processo legal.

De forma que se trata de uma resolução editada pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), que vincula tanto os condutores quanto os órgãos da administração pública, é forçoso asseverar que suas regras têm natureza de norma cogente, não sendo discricionários os atos praticados por agentes de trânsito, mas vinculados<sup>8</sup>, não podendo o agente atuador, em consequência do poder regulamentar e hierárquico, ignorar tal deliberações normativas das altas autoridades do Executivo (HELY LOPES MEIRELLES, 2012).

Zanella di Pietro (2008) afirma que, normalmente, o maior rigor da forma é exigido quando estão em jogo direitos dos administrados — e a forma exigida na Resolução nº 432/13 do CONTRAN é um exemplo típico disso. Como a resolução prevê a forma pela qual será procedida a autuação, os agentes dos órgãos de fiscalização de trânsito não detém discricionariedade na escolha do modo que lhes pareça mais adequado. São vinculados à forma exigida na referida norma jurídica. Logo, evitando prejuízos aos particulares diretamente atingidos, o ato administrativo que não preencher os requisitos da resolução deve ser reconhecido ilegítimo ou ilegal e desfeito, pois é insanável.

Sem indícios suficientes de embriaguez, a submissão ao sopro no aparelho etilômetro acarreta um controle aleatório de alcoometria e acomete a proporcionalidade entre o dever de investigação e a preservação dos direitos fundamentais em questão. A exigência de um comportamento comissivo por parte do acusado remete a uma lógica inquisitória,

<sup>8</sup> Consoante a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2003), os atos administrativos vinculados são aqueles que

estabelecem um único comportamento possível, sem nenhuma liberdade.

não fazendo sentido, em um sistema acusatório, condicionar a recusa do condutor à sua própria incriminação. Nesta direção, a doutrina e a jurisprudência alemã, v.g, entendem o teste do bafômetro como uma diligência que comporta a participação ativa do acusado e que, por isso, não pode ser exigida (CECCATO JÚNIOR, 2019). Como afirmou Rui Barbosa (1952), da consciência e da epiderme se formam o domínio impenetrável da nossa personalidade.

Do exposto, observa-se que a Resolução nº 432/13 do CONTRAN determina critérios que protegem o condutor de autuações arbitrárias. Igualmente, de certa maneira, também furta a oportunidade dos condutores seriamente alcoolizados manipularem o *nemo tenetur se detegere*, princípio tão nobre do rol dos direitos individuais. Entretanto, precisamente por estar em jogo o direito à vida, é profícuo observar que bastaria a vontade política de um eventual detentor do poder ou a conveniência dos juízes para que tal ato administrativo normativo fosse revogado ou invalidado, respectivamente, retomando o *status quo* de uma regra que, a despeito da interpretação gramatical, pode, sem a devida regulamentação, ou mediante indevidas técnicas judiciais, ameaçar o direito do cidadão de não ser considerado culpado por preferir não contribuir com a sua própria condenação.

Diante disso, mantém-se irresoluto o conflito entre a expectativa normativa do legislador, segundo a qual é preciso punir o condutor que não der prova da sua embriaguez para que se previna condutas atentatórias ao direito à vida, e a expectativa dos condutores de que a ambição de punir em razão da

recusa constitui rompimento da garantia à não autoincriminação. Ou seja, nada menos do que uma celeuma que se assenta na distinção de quais princípios são suporte de validade da regra do art. 165-A. Para tanto, segue um estudo técnico da validação constitucional da regra jurídica *sub examine*, cujo método mais adequado é a teoria da relação circular entre princípios e regras jurídicas.

## 5 A ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA PENALIDADE DECORRENTE DA RECUSA AO TESTE DO ETILÔMETRO

Em direito, a idéia de sistematicidade exprime o sentido muito claro de que uma norma tem sua validade fundamentada em outra norma superior. Especificamente, normas extraídas da carta constitucional são suporte de validade para normas extraídas de textos infraconstitucionais. De outra forma, como consequência do postulado da unidade da Constituição, as normas constitucionais não possuem hierarquia entre si ao mesmo tempo em que coexistem harmonicamente no texto constitucional e mantêm validade segundo a lógica do autorreferenciamento<sup>9</sup>. Sobre a Constituição como fonte hierárquica de validade e de autorreferência ou “autoprimazia normativa”, aborda Canotilho (2001, p. 1.131):

A Constituição, (...) em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. (...) a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões. 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade um si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas de constituição são normas de normas (normae

<sup>9</sup> Reflexão do sistema consigo mesmo. Aliás, para Marcelo Neves (2019, p. 115), “o constitucionalismo aponta para a

pretensão de autofundamentação constitucional do direito”.

normarum) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

Estando diante de uma sociedade hipercomplexa e globalizada, a atividade jurisdicional brasileira é frequentemente provocada para resolver antinomias jurídicas com a finalidade de manter a aparência da Constituição — e do ordenamento jurídico na sua totalidade — como um sistema lógico e coerente, especialmente em razão da demanda de concretização de direitos e garantias fundamentais. No sentido de Kelsen (2006, p. 228-229), há antinomia quando “uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela”.

Em essência, direitos e garantias fundamentais são direitos humanos universais positivados por instrumento da Constituição que, sendo individuais, limitam o poder do Estado<sup>10</sup>; consistindo em sociais, determinam políticas comunitárias. Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento de que nenhum direito é absoluto<sup>11</sup>, e isso se constata precisamente quanto ao direito à vida e à liberdade de locomoção, rechaçados na hipótese de guerra declarada (art. 5º, inc. XLVII); ao direito à propriedade, flexibilizado pela sua função social (art. 5º, inc. XXIII); à livre iniciativa, quando são possíveis restrições ao capital estrangeiro (arts. 172 e 176, §1º); e assim por diante<sup>12</sup>.

Nesses cenários, é o próprio texto constitucional que impõe, *de per se*, limitações a determinadas normas constitucionais, o que significa dizer que, ao menos em teoria, há tensões que já se encontram previamente dirimidas, não carecendo ao intérprete-aplicador excessivo esforço para identificar o campo de abrangência de cada norma. Apesar disso, a problemática se revela nos casos de controvérsias constitucionais complexas, que tornam derradeiro o empenho de critérios interpretativos para que o operador do direito possa exercer o melhor juízo sobre cada caso concreto. Como afirma Marcelo Neves (2013, p. 179), “a partir de um mesmo texto constitucional podem-se desenvolver doutrinas e práticas constitucionais as mais diversas”.

No caso do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, o dispositivo busca seu suporte de validade no princípio da proteção à vida e da proteção à incolumidade física das pessoas e do patrimônio (veículos em geral); contudo, a regra somente torna-se apta à eficácia quando há o afastamento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, punindo a recusa aos procedimentos certificativos da embriaguez. Melhor dizendo, remete a uma controvérsia jurídico-constitucional maniqueísta: para que predominem os primeiros princípios, pune-se o exercício da garantia fundamental de não produção coercitiva de provas contra si; para que se preserve esta prerrogativa constitucional, põe-se sob risco a inefetividade

<sup>10</sup> Ou, no sentido de Paulo Bonavides (1997), são oponíveis ao Estado.

<sup>11</sup> Precedentes: MS 23.452 (Rel. Min. Celso de Mello) e HC 103.236 (Rel. Min. Gilmar Mendes).

<sup>12</sup> O estado de desconfiguração do valor absoluto de direitos e garantias fundamentais interdita a hipótese de serem exercidos em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. Em igual

sentido, o artigo 18 da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, internalizado pelo Decreto nº 592/92, prevê que a liberdade de crença ou religião está sujeita a limitações legais que se façam necessárias para “proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”.

daquelas proteções jurídicas. Trata-se de uma tradicional colisão entre normas princípios.

O tema da colisão entre princípios jurídicos recebeu contribuição de relevo desde os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujo enfoque era conceituar a distinção entre os normas princípios e as normas regras. Para Dworkin, os princípios jurídicos possuem “dimensão de peso e importância” e, diferentemente das regras jurídicas, que seriam aplicadas de forma disjuntiva (“*all-or-nothing*”), dois ou mais princípios em colisão podem ser simultaneamente válidos, cabendo ao intérprete-aplicador definir qual(is) o(s) mais relevante(s) para a resolução do caso *subjudice* (NEVES, 2019). Em contraposição, para Alexy as normas princípios funcionam como “mandamentos de otimização”, “mandamentos a serem otimizados” ou “mandamentos de ponderação” e, diante de uma antinomia, são mais ou menos satisfeitas conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (NEVES, 2019, p. 64-77).

Na presente tese, não se denota oportuno o esquadramento dos referidos modelos teóricos, mas o estudo de um critério hermenêutico sugerido por Marcelo Neves no seu livro ‘Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico’, que, além de procurar outro modelo de diferença entre princípios e regras, menos se inquieta com a distinção conceitual dos princípios e das regras e

mais pela expectativa normativa dos dispositivos no plano das decisões judiciais ou administrativas.

Ocorre que a relação das regras entre a hipótese normativa dos fatos<sup>13</sup> (antecedente) e a hipótese normativa dos efeitos jurídicos (consequente) são rígidas, o que permite que as regras condensem as expectativas normativas de modo a dirigí-las imediatamente à solução do caso<sup>14</sup> (NEVES, 2019). No caso dos princípios jurídicos, não se consegue determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e a sua eficácia jurídica concreta: um mesmo princípio pode suportar indeterminados fatos jurídicos e, diferentemente das regras, para cada fato pode haver uma expectativa normativa diversa. Desse modo, “pode-se dizer que os princípios *prima facie* contam apenas com a hipótese normativa ampla” (NEVES, 2019, p. 123).

Por isso, há uma “textura aberta”<sup>15</sup> dos princípios que permite: i) a extração de mais de uma norma de um mesmo princípio; ii) a ampliação das possibilidades de argumentação; iii) a autorização de várias soluções para o mesmo problema, dentro do qual qualquer resposta pode ser considerada ótima. Assim, a utilização isolada e sem critérios de princípios jurídicos pode tecer não só uma inflação dessas normas, mas também insegurança jurídica e, principalmente, consistência jurídica a valores não normativos do intérprete-aplicador ou “servir à acomodação da Constituição a interesses concretos do eventual detentor do poder ou, também, da respectiva oposição” (NEVES, 2019, p. 200). A esse

<sup>13</sup> Afirmava Pontes de Miranda que “o suporte fático ainda está no mundo fático; a regra jurídica colore-o, fazendo entrar no mundo jurídico”. (1974, tomo I, p. 21).

<sup>14</sup> Para exemplificar, a regra do artigo 121 do Código Penal é, no termo de Dworkin, um “*easy case*”: a hipótese fática é um sujeito matar outro sujeito; o efeito jurídico é a aplicação da pena; a expectativa normativa é a de que ninguém mate ou a de que um infrator cumprirá a pena.

<sup>15</sup> No sentido de Hart (1986, p. 137), há uma textura aberta do direito quando “muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”.

respeito, Marcelo Neves (2019, p. 173-174) constata que foi no nazismo alemão e nos regimes militares na América Latina que um sistema jurídico fundado em princípios manifestou-se conveniente à manutenção do poder:

(...) Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras. Autores ditos 'formalistas', os quais Hauke Brunkhorst relacionou sugestivamente ao 'positivismo jurídico democrático', destacando-se Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico. Evidentemente, para o 'Führer', um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais seria praticamente desastroso. Uma teoria de princípios referentes ao desenvolvimento do povo alemão na "história universal" como "realização do espírito geral" ou "aprofundamento do espírito do mundo em si" apresentava-se muito mais adequada aos "fins" do nazismo. (...) É claro que qualquer modelo rigoroso de regras constitucionais seria inoportuno para um regime político de "exceção", ou seja, um regime em que as exceções definidas *ad hoc* para a manutenção da eventual estrutura de dominação constituem a "regra". O fato de que o autoritarismo distanciou-se de um modelo de regras torna-se mais patente na experiência latino-americana em virtude da falta de consistência ideológica dos regimes, o que tornava imperiosa uma maleabilidade às pressões particularistas de grupos e pessoas, implicando a ruptura casuística das regras por eles mesmos impostas, ao sabor das conveniências políticas concretas.

De outra parte, como estudado há muito pela psicanálise, o *eu* não dá as ordens na sua morada (FREUD, 1996), não é proprietário absoluto da sua vontade, mas fruto do controle da psique pelo inconsciente. Daí se pode afirmar que é quimérica a possibilidade de um juiz se autodeterminar neutro, inteiramente distante do objeto da sua apreciação, uma vez que seus atos são produto da subjetividade individual e das influências externas: (in)amizades, cultura, desejos, dinheiro, família, história,

intolerâncias, paixões, poder, política, religião, vivência, e o mais.

O direito à propriedade é um arquétipo disso, sobretudo porque é parte de um dos primaciais problemas arraigados na nação brasileira: diante da composição de uma lide que trate da desapropriação de uma gleba por interesse social para fins de reforma agrária, é muito provável que o caso provoque reações afetivas desiguais para um juiz herdeiro de uma concentração de propriedade fundiária e para outro magistrado cuja tradição da família é o sonho com um roçado.

O problema, todavia, não é cada juiz ver diferentes coisas ao olhar do mesmo ponto na mesma direção, mas o fato de que o dissenso estrutural em torno de expectativas normativas é marcante numa sociedade complexa de tal maneira que, com um mesmo princípio, podem ser fundamentadas decisões antagônicas, pois "os princípios variam conforme a esfera de comunicação em que se aplicam" (NEVES, 2019, p. 162).

A fim de coibir essa disfunção jurídica, Marcelo Neves aponta a existência de uma relação circular entre os princípios e as regras, que, segundo o autor, são normas mediatas e imediatas, respectivamente. Em termos práticos, significa que os princípios jurídicos transformam representações morais, ideologias, valores etc. em complexidade estruturável, do ponto de vista jurídico<sup>16</sup>; por sua vez, ao se determinar a regra a ser aplicada ao caso, a complexidade passa a ser estruturada, tornando-se possível a subsunção.

Assim, no controle de constitucionalidade<sup>17</sup> ou na concretização normativa, o exercício

<sup>16</sup> Diz Marcelo Neves (2019, p. 40) que "os valores que eventualmente norteiam o sistema jurídico só têm significado prático se são incorporados seletivamente a normas jurídicas, transformando-se a complexidade

indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada).

<sup>17</sup> Conforme de Konrad Hesse (1969, p. 31-34), "a interpretação conforme a Constituição não coloca apenas

hermenêutico fundado na teoria da norma de Marcelo Neves se dá: i) no exame de qual regra jurídica se relaciona com os princípios jurídicos que se manifestam, tornando-os diretamente aplicáveis; ii) ou na seleção de qual(is) princípio(s) guardam relação com a regra a ser aplicada, posto que, não obstante as normas regras tenham como função trivial a manutenção da consistência do sistema jurídico, são limitadas no que diz respeito à adequação social do direito, papel que as normas princípios melhor desempenham.

Por conseguinte, de modo a fortalecer a capacidade de reprodução adequada do sistema jurídico, igualmente impõe-se às regras o balizamento por princípios, uma vez que “a rigidez do cristal torna-se socialmente inadequada perante uma sociedade altamente dinâmica e complexa” (NEVES, 2019, p. 133). Nesse sentido, Frederick Schauer:

Quem toma decisão não constrangido por regras tem o poder, a autoridade, a competência para levar tudo em consideração. Inversamente, quem toma decisão constrangido por regras perde algo dessa competência (1991, p. 59).

A partir dessa técnica, Neves protege a consistência da atividade jurídica do uso descomedido de princípios, prática a qual pode orientar-se “à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição” (2013, p. 196). Regula, pois, o decisionismo jurídico. Para melhor compreensão, imperioso transcrever o seguinte trecho:

Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação do seu conteúdo. Em suma, pode-se dizer, com o

devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais. Ou seja, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrendo a inconsistência do sistema jurídico. A inflação de argumentos principialistas implica a perda de importância dos princípios constitucionais como critério de solução de casos. A relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos). (NEVES, 2019, p. 134-135).

Isto posto, tomemos o exemplo das normas previstas no capítulo III do Código de Trânsito Brasileiro, denominado “das normas gerais de circulação e conduta”. Quando o art. 27 preconiza que o condutor, antes de colocar o veículo em circulação nas vias públicas, deverá verificar a existência e as boas condições de funcionamento dos equipamentos de uso obrigatório (entre eles, cinto de segurança), evidente que a regra se destina a proteger a vida e a segurança do motorista e dos passageiros. O mesmo se observa na regra do art. 165 do diploma transeunte<sup>18</sup>, que pune quem dirige sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Nessas regras, o elo com os princípios que norteiam o direito à vida e à segurança no trânsito é patente, não restando dúvidas quanto a relação reflexiva circular entre elas e esses princípios jurídicos, sendo a norma naturalmente constitucional.

No caso do art. 165-A, embora também disponha sobre embriaguez, não há a mesma

a questão do conteúdo da lei a ser controlada, mas também a questão do conteúdo da Constituição pela qual

a lei deve ser avaliada. Ela exige, por isso, tanto interpretação da lei quanto da Constituição”.

<sup>18</sup> Código de Trânsito Brasileiro.

similariedade. A regra, diferentemente da norma do art. 165, não proíbe uma conduta atentatória à vida e à segurança no trânsito, mas, de outro modo, coíbe a recusa à produção voluntária de prova que implique na punição do artigo antecessor. Logo, na direção de Marcelo Neves, não se poderia invocar o princípio da preservação da vida, do patrimônio e da segurança dos transeuntes se é um direito de defesa que está diretamente atribuído. Por essa razão, a regra guarda relação estreita com o direito à não auto-incriminação, e não com aqueles princípios constitucionais.

Poderia ser invocada a proteção constitucional à vida tão somente se a discussão pairasse sobre o direito ou não de dirigir embriagado, como é o caso do artigo 165, que, de fato, guarda conexão com a vida e a segurança. Não se trata disso. Trata-se do direito do cidadão não ser punido pela opção de não contribuir com a sua própria incriminação. Ou seja, o princípio que faz parte do jogo reflexivo é tão somente o do *nemo tenetur se detegere*.

Vale dizer, no caso da submissão do condutor supostamente embriagado ao exame do etilômetro, é certo que a autoridade policial ou judicial visa, com tal medida, proteger o direito da coletividade à manutenção da paz e da vida. Entretanto, o Estado, como parte mais forte no procedimento, não pode estabelecer o império de um princípio com o efeito de exigir do acusado que renuncie o seu direito a não declarar contra si mesmo e não confessar-se culpado. Não parece coerente que o órgão acusador, dispondo de todos os aparatos necessários para afetar a investigação, tenha que suprimir direitos fundamentais. Sem obstáculos, é exigível do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas

normas específicas. É tempestivo mencionar Dworkin (2002, p. 197):

Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais assentam as instituições. É esse direito institucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja.

Não se trata somente das eventuais garantias violadas (como a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a liberdade de movimentos, a intimidade e a própria autoincriminação), mas também, e de igual ou maior valor, de sagrado instinto e vontade humana, a liberdade; que, assim como a vida, norteia o ser humano em todos os seus atos, motivo pelo qual não se pode esperar que o acusado seja obrigado a falar, a dizer a verdade, ou a realizar qualquer diligência que possa resultar na sua responsabilização.

São muito comuns os casos de motoristas que beberam no dia anterior, tiveram uma noite de descanso e noutro dia, sem nenhuma capacidade psicomotora alterada, seguiram viagem e, após abordagem, confiaram em realizar o exame do bafômetro, acreditando que o álcool já havia se esvaído. Dentre esses casos, há motoristas que, após assoprarem o etilômetro, são surpreendidos por um percentual de álcool suficiente à infração. Quer dizer, mesmo que estivessem em plenas condições psicomotoras para conduzirem seus veículos, foram enquadrados como infratores. Por essa razão, muitos condutores que deixaram de ingerir álcool há poucas horas preferem recusar o procedimento, dado que, mesmo tendo consciência do pleno exercício das suas faculdades psíquicas, preferem evitar serem pegos pelo teste, tornando-se vítimas das suas condições biológicas. Logo, não podem esses condutores, na consciência de que não estão

infringindo uma regra legal, serem punidos em decorrência do direito à dúvida, cuja previsão encontra-se albergada pelo direito constitucional ao silêncio.

Dessa maneira, a intromissão da proteção constitucional à vida é, do ponto de vista hermenêutico, insustentável para tornar legítima a violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo, pois isso implicaria ceder força absoluta ao direito à vida em detrimento da convivência das liberdades públicas e da harmonia com outros princípios constitucionais. Afinal, qual é a força normativa deste princípio em face de outros princípios concorrentes? Consoante o jaguarariense Luis Eduardo Gomes do Nascimento (2018, p. 88), “(...) à afirmação aparentemente ilimitada de um direito sucedem limitações que aniquilam o núcleo do próprio direito”. Nessa perspectiva, cabe a lição de Ada Pellegrini Grinover (1995, p. 112):

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser estendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.

Sendo assim, a proteção constitucional à vida não detém espaço reservado no âmbito da interpretação e aplicabilidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, mas o princípio do *nemo tenetur se detegere*, cujo a inserção afasta

incontinentemente a validade da regra, porquanto com ela não conserva harmonia.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Motivado pelas estatísticas que comprovam que a condução de veículos automotores sob estado de embriaguez constitui a principal causa de morte no trânsito, foi constatado que o legislador brasileiro estendeu a severidade da “Lei Seca” com o intuito de constranger eventuais condutores que tentassem se esquivar da infração prevista no art. 165 do diploma transeunte<sup>19</sup> através da recusa aos procedimentos que constatarem quaisquer alterações na integração das funções motoras e psíquicas em consequência da ingestão de substâncias tóxicas. Nessa situação, identificou-se que, embora a inovação legislativa seja fundada no princípio da proteção à vida, provoca um debate entre os operadores do Direito de Trânsito em razão de viger no ordenamento jurídico brasileiro a garantia à não autoincriminação, representada pela máxima latina *nemo tenetur se detegere*, que significa, dentre outras manifestações, que ninguém é obrigado a produzir provas contra si ou declarar-se culpado.

Por conseguinte, fora realizado um estudo sobre esse princípio, destacando-se que, ainda que não seja expresso literalmente na Constituição da República e nas demais normas infraconstitucionais, tem vigor no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência dos tratados internacionais cujo o Brasil é signatário, tal como da previsão implícita em variados princípios constitucionais expressamente positivados, entre eles, o direito ao silêncio (art. 5º,

<sup>19</sup> Código de Trânsito Brasileiro, art. 165: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

LXIII, CRFB), a garantia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB) e a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB).

Em seguida, foi possível apurar pela interpretação gramatical dos arts. 165-A e 277 do Código de Trânsito Brasileiro que a literatura expressa nesses dispositivos obsta as autoridades de trânsito a procederem abordagens ou imporem sanções aos condutores de veículos automotores por procedimento de mera medida de prevenção geral da embriaguez. Deve o agente estatal agir fundado em indícios, em uma suspeita antecedente, de modo a produzir outras provas da embriaguez, entre elas a anotação de informações no auto de infração que descrevam os sinais de ebriedade do condutor, de forma a atribuir validade jurídica ao ato administrativo, respeitando o devido processo legal, com fundamento na Resolução nº 432/13 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) — que, de certa maneira, também furta a oportunidade dos condutores seriamente alcoolizados manipularem o *nemo tenetur se detegere*.

Ato contínuo, por manter-se pendente o conflito entre a expectativa normativa do legislador — cujo a preservação da vida se dará pela punição dos condutores que não se autoincriminarem — e a expectativa dos condutores — de que essa punição constitui desrespeito à proibição da autoincriminação coercitiva —, seguiu-se ao estudo da validação constitucional do art. 165-A do CTB, quando se utilizou da teoria da relação circular entre princípios e regras jurídicas de Marcelo Neves, uma criteriosa técnica hermenêutica que inibe o uso e abuso dos princípios, uma vez que estes, por possuírem uma textura aberta, são passíveis de servirem à fundamentação jurídica de interesses particularistas. Através desse recurso, é possível

delimitar a aplicação das normas princípios por via das normas regras, permitindo um controle de constitucionalidade austero.

No estudo, foi possível certificar que o art. 165-A do Código de Trânsito não encontra suporte de validade nos princípios que norteiam a garantida da vida, mas está intrinsecamente ligado ao *nemo tenetur se detegere*. Visto que não conserva simetria com esse princípio ao qual está efetivamente atribuída, arremata-se que a regra é inconstitucional no seu ortótopo, pois o legislador ordinário, no espaço da sua atuação política, utilizou de preceitos fundamentais assimétricos (vida, segurança, etc.), fazendo “injustiça” aos princípios simétricos (*nemo tenetur se detegere* e presunção de não culpabilidade).

Quer dizer, evidente que o presente trabalho não exaltare os temas da antinomia entre princípios constitucionais e dos métodos de interpretação e aplicação da norma jurídica, sendo tão somente uma abertura para se discutir e perceber que a não utilização de técnicas hermenêuticas adequadas permite às autoridades o exercício de recursos retóricos para decidirem conforme os impulsos ou as interações sociais que os conduzem aos seus desejos, cuja legitimidade depende apenas da sua utilidade psicológica, à revelia de critérios metodológicos que construam uma decisão baseada numa relação integrada entre as regras e os princípios. Por isso, é imperioso que os debates continuem, de modo que, conforme o caso, como proclamou Ruy Barbosa (1932, p. 19-21), leis possam ser descumpridas a fim de que seja cumprida a Constituição.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol 1. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1932.
- BARBOSA, Ruy. “**Revolta das Escolas Militares – Situação do Exército (sessão de 16 de novembro de 1905)**”. In: **Obras completas de Rui Barbosa**. Vol. XXXI. Tomo 1. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1952.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BELCHIOR. **Alucinação. Alucinação**. Rio de Janeiro, Polygram, 1976.
- BEM, Leonardo Schmitt de. Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.281/2016. **Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal**. Porto Alegre: Síntese, v.1, n. 1, p. 09-16, abril/maio, 2000.
- BENJAMIN, Tabatha. Lei Seca: Em 10 Anos, Mortes No Trânsito Caem 14%, Mas Fiscalização Precisa Melhorar. **Revista Auto Esporte**, São Paulo, 20 de junho de 2018. Disponível em: <https://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2018/06/lei-seca-em-10-anos-mortes-no-transito-caem-14-mas-fiscalizacao-precisa-melhorar.html>. Acesso em: 16 de maio de 2019.
- BLOCKER JR., Jack S. **Did Prohibition really work? Alcohol prohibition as a public health innovation**. American Journal of Public Health, Vol. 96, Nº 2, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Atualizações no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 13.281/2016). **Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal**. Porto Alegre: Síntese, v.1, n. 1, p. 17-29, abril/maio, 2000.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Nova Lei Seca**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CECCATO JÚNIOR, José Antônio. **O direito à não autoincriminação no caso do etilômetro: um estudo comparado sobre o princípio nemo tenetur se detegere**. 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2019.
- DINOUART, Abade. **A arte de calar, tradução: Luis Filipe Ribeiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTADOS UNIDOS. SENADO DOS ESTADOS UNIDOS. **Modification or Repeal of National Prohibition.**: Part 1-2 hearings before the United States Senate Committee on the Judiciary, Seventy-Second Congress, first session, on Apr. 14, 15, 19- 21, May 10, 17, 1932. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015031950184;q1=Modification%20or%20Repeal%20of%20National%20Prohibition>. Acesso em: 15 de abril de 2019.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa dicionário**. 7. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.
- FREUD, S. **Uma dificuldade no caminho da psicanálise**. In: **Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Trad. Jaime Salomão e Orizon Carneiro Muniz. Vol. 17. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Décio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1974.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Óbitos por acidentes de trânsito diminuem após 10 anos de Lei Seca**. Brasília, 19 de junho de 2018. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43593-10-anos-de-lei-seca-obitos-por-acidentes-de-transito-diminuem-2>. Acesso em: 16 de abril de 2019.
- NASCIMENTO, Luis Eduardo Gomes do. **As antinomias do Direito na modernidade periférica**. Paulo Afonso: Editora SABEH, 2018.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2013.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2019.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, 79-90, São Paulo: RT, 1998.

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

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. **O direito humano de não cooperar na própria incriminação**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 26, 129-142, abril/junho, São Paulo, 1999.

SCHAUER, Frederick. **Playing by rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Diferença (Ontológica) Entre Texto e Norma: afastando o fantasma do relativismo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. XLVI, p. 55-86, 2006.

TROIS NETO, Paulo Márcio Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

**Recebido em:** 06 de abril de 2020

**Avaliado em:** 20 de agosto de 2020

**Aceito em:** 15 de outubro de 2020

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Petrolina (FACAPE). Pós-graduando em Direito Público e em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

E-mail: [ursiqueira.adv@outlook.com](mailto:ursiqueira.adv@outlook.com)