

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

José Edgar Silva da Luz Júnior

(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.103/15

**Santa Maria, RS
2018**

José Edgar Silva da Luz Júnior

(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.103/15

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Mestre Fábio da Silva Porto

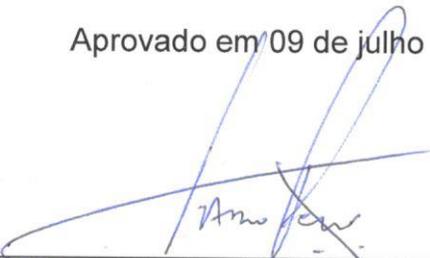
Santa Maria, RS
2018

José Edgar Silva da Luz Júnior

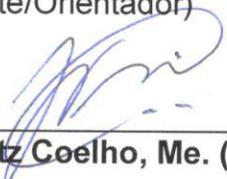
(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.103/15

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

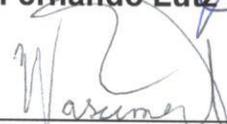
Aprovado em 09 de julho de 2018.



Fábio da Silva Porto, Me. (UFSM)
(Presidente/Orientador)



José Fernando Lutz Coelho, Me. (UFSM)



Valéria Ribas do Nascimento, Dra. (UFSM)

Santa Maria, RS
2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família por toda a dedicação e paciência contribuindo diretamente para que eu pudesse ter um caminho mais fácil durante esses anos.

Agradeço aos professores que sempre estiveram dispostos a ajudar e contribuir para um melhor aprendizado em especial ao meu orientador.

Agradeço aos colegas que sempre estavam prontos a ajudar uns aos outros, pois durante estes anos de convivência, aprendemos os significados das palavras amizade e cumplicidade.

Agradeço ao mundo por mudar, pois se não fosse assim, não teríamos o que pesquisar, ou descobrir, pois os novos desafios, impulsionam-nos a prosseguir buscando.

Hay que endurecerse, pero sin perder la ternura jamás.

(Che Guevara)

RESUMO

(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.103/15

Autor: José Edgar Silva da Luz Júnior
Orientador: Prof. Mestre Fábio da Silva Porto

O presente estudo tem por objeto de discussão a ilegalidade do exame toxicológico e a possibilidade de sofrer ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), possuindo, como objetivo primordial, discorrer acerca da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, uma vez que fere direitos primordiais do ser humano, previstos na Constituição Federal. O ordenamento constitucional brasileiro veda expressamente a admissibilidade das provas obtidas de forma que possam violar o *nemo tenetur se detegere* (garantias do indivíduo), uma vez que o mesmo está protegido pelo direito a não se auto incriminar, enquanto a colaboração passiva (deixar fazer) não está abrangida pelo direito ao silêncio (reconhecimento de pessoa, coleta de sangue, perícias ou inspeções superficiais, os testes de alcoolemia, tóxicos, etc.), em relação às quais se exige que haja tolerância do sujeito, uma vez que a legislação prevê que todo cidadão não pode ser molestado com ações que envolvam ataque à integridade física ou psíquica e desrespeitem a dignidade humana. A discussão proposta é a acerca da ilegalidade da Lei 13.103/15 que exige que o motorista com carteira profissional se submeta ao exame toxicológico. Deve-se atentar para o fato de que não há, na legislação brasileira, dispositivos que mencionem se o sujeito deve colaborar ou não com as provas. No entanto, os direitos fundamentais que tutelam a integridade física e moral, a intimidade do indivíduo e o direito de não produzir prova contra si mesmo, bem como direitos que asseguram o princípio da isonomia, atentam para a ilegalidade de tais exames. Desta forma, entende-se o porquê o exame toxicológico sofre ADI.

Palavras-chave: Lei 13.103/15. Exame Toxicológico. Princípio da Isonomia. Direito de não produzir provas contra si mesmo. ADI.

ABSTRACT

(IN) CONSTITUTIONALITY OF LAW 13.103 / 15

Author: José Edgar Silva da Luz Júnior
Advisor: Master Fábio da Silva Porto

The purpose of this study is to discuss the illegality of the toxicological examination and the possibility of suffering ADI (Direct Action of Unconstitutionality), having, as its primary objective, to discuss the decision of the Direct Action of Unconstitutionality, since it violates the primordial rights of being provided for in the Federal Constitution. The Brazilian constitutional order expressly prohibits the admissibility of evidence obtained in a way that may violate the *nemo tenetur se detegere* (guarantees of the individual), since it is protected by the right not to self-incriminate, while passive (letting do) collaboration does not is covered by the right to silence (recognition of a person, blood collection, superficial examinations or examinations, alcohol tests, toxic substances, etc.), for which the subject is required to be tolerated, since legislation provides that every citizen can not be bothered with actions that involve attack to the physical or mental integrity and disrespect the human dignity. The proposed discussion is about the illegality of Law 13.103/15 which requires that the driver with a professional license undergoes a toxicological examination. Attention should be paid to the fact that there are no provisions in Brazilian law to mention whether or not the subject should cooperate with the evidence. However, fundamental rights that protect the physical and moral integrity, the intimacy of the individual and the right not to produce evidence against oneself, as well as rights that assure the principle of isonomy, attempt to the illegality of such examinations. In this way, it is understood why the toxicological examination suffers ADI.

Keywords: Law 13.103/15. Toxicological Examination. Principle of Isonomy. Right not to produce evidence against oneself. ADI.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ABRAMET	Associação Brasileira de Medicina de Tráfego
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AND	Associação Nacional dos Detrans
BA	Estado da Bahia
BCA	Base de Condutores Ampliada
CAGED	Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CF	Constituição Federal
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
CPF	Cadastro de Pessoas Físicas
CRM	Conselho Regional de Medicina
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
DENATRAN	Departamento Nacional de Trânsito
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
DF	Distrito Federal
ICP Brasil	Instituto Nacional da Informação
PGE	Procuradoria Geral do Estado
STF	Supremo Tribunal Federal
UF	Unidade Federativa
UFSM	Universidade Federal de Santa Maria
US NAVY	Marinha de Guerra Americana

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	9
2.	FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	11
2.1.	A OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA	11
2.2.	O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO	14
2.3.	EXAME TOXICOLÓGICO DE LARGA JANELA.....	18
2.3.1.	PORTARIA 945 MTE – CAGED e o EXAME TOXICOLÓGICO	20
2.4.	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A LEI 13.103/15	22
3.	CONCLUSÃO	47
	REFERÊNCIAS.....	49

1. INTRODUÇÃO

Exames de provas que dependem da colaboração do trabalhador, especialmente aquelas que implicam em intervenção corporal (provas invasivas e não invasivas), podem ser questionados quanto à constitucionalidade. Um exemplo concreto é o exame toxicológico. A legislação prevê que todos os candidatos à mudança ou renovação nas categorias C, D e E devem realizá-lo para a complementação do seu exame médico. A BCA (Base de Condutores Ampliada - gerenciada pelo DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito) exige que a informação do exame toxicológico seja registrada tanto pelo laboratório (diretamente em um sistema fornecido pelo DENATRAN) quanto pelo médico perito (no sistema gerenciado pelo DETRAN – Departamento Estadual de Trânsito).

De acordo com a legislação, os exames toxicológicos têm por finalidade detectar indícios de exposição ou consumo de substâncias tóxicas, dentre as drogas psicoativas. Pelo processo analítico, detecta drogas e metabólitos que foram absorvidos e permanecem fixos após o consumo.

A Lei 13.103/15, que alterou o art. 148-A do CTB, exige que o exame toxicológico seja de larga janela (90 dias) e está sofrendo resistência, pois apesar de alegar que seria para proteção ao trânsito de condutores sob o efeito de substâncias psicoativas, mostra-se incoerente no momento que seria somente um período de abstenção de 90 dias para fazer o exame negativo.

A Lei também pode ser considerada discriminatória, uma vez que não é estendida às outras categorias Acc, A e B, pois as mesmas fazem parte do trânsito. E não obstante, fere o direito de não produzir provas contra si mesmo, ao obrigar o motorista a fazer o exame, pois se der positivado passa a ser uma prova, que prejudica não só moralmente, mas também as condições de trabalho, ao mesmo tempo em que não tem a mínima possibilidade de identificar o momento do uso, e se estava dirigindo ou não, além de ferir o princípio de isonomia e o direito de não produção de provas contra si mesmo.

Desta forma, analisar-se-á a possível inconstitucionalidade da Lei 13.103/15, atentando-se para o fato de que não há, na legislação brasileira, dispositivos que mencionem se o trabalhador deve colaborar ou não com este tipo de provas. No entanto, os direitos fundamentais que tutelam a integridade física e moral, a intimidade do indivíduo e o direito de não produzir prova contra si mesmo, bem como direitos que

asseguram o princípio da isonomia atentam para a ilegalidade de tais exames. Assim, pode-se abordar especificadamente a relação entre o instituto da intervenção corporal com o princípio *nemo tenetur se detegere*.

No presente estudo, será utilizado o método de abordagem hipotético dedutivo. A partir de uma análise geral dos princípios de isonomia e do direito de não produzir provas contra si mesmo, como também a classificação da Lei 13.103/15, pretende-se chegar a uma conclusão sobre a possibilidade de inconstitucionalidade desta Lei através de ADI, por meio do estudo doutrinário e jurisprudencial para uma necessária análise dos princípios e classificações das leis que sustentam a tese da inconstitucionalidade desta lei.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. A OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, também chamado de princípio da igualdade, é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito¹.

Este princípio, segundo Silva² (2004), esteve sempre embutido dentro das mais diversas acepções de justiça, mesmo que com interpretações diferentes, umas mais abrangentes, outras nem tanto, ao longo da história. No entanto, a aplicação de um princípio depende da interpretação que se infere em diversos momentos históricos.

O princípio da isonomia, que tem como fundamento principal a proibição aos privilégios e distinções desproporcionais, acabava entrando em conflito com o interesse das classes mais abastadas que o deixavam de lado, ou conferiam uma interpretação que não condizia com o que deveria ser aplicado.

Dessa forma, quase todas as Constituições somente reconhecem o princípio da igualdade sob seu aspecto formal, em uma igualdade perante o texto da lei, deixando de lado a ideia de que o princípio somente irá adquirir real aplicabilidade quando também lhe for conferida uma igualdade material, baseada em instrumentos sólidos de concretização dos direitos conferidos nas normas programáticas dos ordenamentos legais.

De acordo com Ferreira³, o conceito de justiça ligado intimamente ao princípio da igualdade dentro da vertente de suas principais virtudes, deve incutir no intérprete do direito não uma mecânica de inserção automática dos casos concretos, a letra nua das normas escritas, a exemplo do que pretendem alguns, mas sim concentrar essencialmente nas virtudes da equidade, da dinâmica, da justiça de distribuição de méritos e deméritos.

O direito, em seu intento de alcançar a justiça, busca operacionalizar valores, expressando, através do seu ordenamento jurídico, hipóteses que contenham a estruturação de uma determinada ciência, ou seja, os princípios que irão orientar a conduta desses valores que todas as culturas criam, sejam eles bons ou ruins.

¹ OLIVEIRA, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 54.

³ FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 25.

Eles constituem os pedidos de seu agrupamento coletivo, suas exigências básicas para convivência em harmonia e são as diretrizes que norteiam uma sociedade organizada. Esses princípios compõem valores morais, éticos, religiosos e políticos, que se caracterizam pela imutabilidade, ou seja, eles refletem os valores de uma sociedade em um determinado momento histórico.

Para o Direito, em específico, Plácido e Silva⁴, salienta que os princípios são valores que ordenam o sistema jurídico e variam conforme o momento histórico, social e político de uma determinada sociedade. A palavra Princípio constitui, no sentido jurídico, as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.

Os princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitas máximas.

Pires⁵ refere que:

Trata-se, assim, daquele cerne axiológico do sistema jurídico, que lhe dá sustentação. São eles que dão liga às regras do ordenamento jurídico. De forma figurada, pode-se afirmar que os princípios jurídicos, em analogia, ocupam, em um prédio, a parte do alicerce, pois são eles que conferem sustentação a toda construção.

Já Portanova⁶ declara que Princípios são: “Certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções, que compõem dado campo do saber. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento”.

Guerra Filho (2001)⁷ considera que: “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípio nesse sentido são os alicerces da ciência⁸”.

⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

⁵ PIRES, Diego Bruno de Souza. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade**. 2002 p. 120.

⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípio Igualizador**. AJURIS 62:278/289. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14294-14295-1-PB.htm>>. Acesso em 07 jun. 2018.

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade**. In: RT, n. 719:57/63, p.73. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14294-14295-1-PB.htm>>. Acesso em 12 jun.2018

⁸ DELGADO, José Augusto. Sujeitos do Processo, São Paulo, ano 8, nº 30, 1983

Canotilho⁹ prescreve que os Princípios “[...] são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão. “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir a uma norma qualquer.

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Os Princípios Constitucionais, segundo Gonçalves Cintra (2007)¹⁰, traduzem os direitos dos homens e os grandes Princípios de justiça. Eles impõem ao legislador, à jurisprudência, à administração e aos particulares, a interpretação do Direito de acordo com os valores por eles espelhados.

Existem alguns princípios que aparecem de forma expressa na Constituição, mas poderão ser encontrados de forma implícita na mesma ou, até mesmo, em legislação infraconstitucional.

Grinover¹¹ (2011), acrescenta que:

Inúmeros outros merecem igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no artigo 37, caput; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequência irrefragável dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.

Lopes¹² (2010) declara que:

Os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, desempenham um papel fundamental como reflexos normativos dos valores constitucionais, conforme já se observou. Em outros termos, pode-se dizer que estes se traduzem juridicamente, desde a base do ordenamento jurídico, em princípios, nele explicitados ou não, tidos como verdadeiros instrumentos de implementação e proteção de tais valores historicamente consagrados na maioria dos sistemas normativos ocidentais.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, p. 12, 1995.

¹⁰ GONÇALVES CINTRA, Fausto. **A equidade como o instrumento de integração de lacunas no Direito Civil Brasileiro**, 2003, p.172 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4143/digressoes-acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade/2>>. Acesso em 17 jun. 2018.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil*. São Paulo:1972.

¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1. pp. 586-588.

No contexto das leis infraconstitucionais, encontra-se a Lei nº 9.784, de 29/01/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), que faz referência aos Princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

2.2. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO

Com a constitucionalização das garantias processuais e, ainda, em razão da incorporação aos ordenamentos jurídicos de uma série de garantias sobre direitos humanos, as legislações e as decisões dos tribunais têm evoluído para um reconhecimento do direito à prova, fato que decorreu após a II Guerra Mundial¹³.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamou que “[...] toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prova sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa” (CF-BRASIL, 1988).

Gomes Filho¹⁴ refere-se ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU (1966), que, entre as garantias mínimas estabelecidas em favor da pessoa acusada de delito, está a de “[...] inquirir ou fazer inquirir a testemunha de defesa, nas mesmas condições que as de acusação”.

Calamandrei¹⁵ diz que:

Um sujeito, submetido à prova, cujos titulares são as partes no processo penal, supõe considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório, o qual irá servir de base para a decisão.

A partir dessa premissa, identifica-se o direito de não permitir a coleta de material para que se possa induzir à prova. Compreende-se, igualmente, um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório para o processo.

O direito aos meios adequados de defesa é definido com base na possibilidade de exercer o contraditório, ou seja, a faculdade das partes suscitarem e provarem as

¹³ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. Malheiros: São Paulo, 1998.

¹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução: Alexandre Corrêa. Buenos Aires: Editora Bibliográfica Argentina, 1961, p. 45.

suas alegações no processo. Entretanto, o direito à prova não é ilimitado, não se tratando de um direito incondicional e absoluto, e sim modulado pela pertinência e necessidade.

Este direito está configurado como um “status constitucional”, sendo uma garantia para o bom funcionamento de um processo democrático (devendo ser exercido de acordo com a lei)¹⁶. Reconhecer tal direito, dentre as garantias mínimas inerentes à justiça, também pode ser facilmente verificado por sua intensa referência nos textos internacionais sobre direitos humanos. Dentre os direitos fundamentais proclamados nos vários textos internacionais, merecem destaque os relacionados à proteção dos acusados ou indivíduos, tendo em vista que esta sempre foi uma área propícia às mais brutais violações contra a liberdade, integridade física e dignidade da pessoa humana¹⁷.

A Carta Magna, além de consagrar as antigas cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), também adota explicitamente o princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII), dos quais se extrai o direito de defender-se provando¹⁸.

Dessa forma, reconhece-se o direito “subjetivo à prova”, onde titulares são as partes no processo, supondo-se considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório, o qual irá servir de base para a decisão¹⁹.

Nesse entendimento, identifica-se o direito a não produção de provas contra si mesmo, pois a faculdade de colher e descobrir provas são condições indispensáveis para que se possa exercer o direito à prova. Num segundo momento, compreende-se, igualmente, um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório.

Nesta ótica, Tonini (1999)²⁰ salienta: “O direito à prova é uma síntese que inclui o direito de todas as partes a buscar fontes de evidência, a solicitar a admissão dos seus meios, para participar no seu recrutamento e apresentar uma avaliação no final”.

¹⁶ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁷ COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é Cidadania**. São Paulo: Braziliense, 1993.

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade**. In: RT nº.719:57/63.

¹⁹ MARTINEZ, Fernando Rey. **El Principio de Igualdad y el Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo**. In: LA LEY, Ano XXI, nº.4984, febrero/2000.

²⁰ TONINI, Paolo. **La prova penale**. 3. ed. Milão: Cedan, 1999.

A produção da prova no Processo Penal deve, portanto, ter estrita observância a alguns princípios, dentre eles, ao da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

O acusado, segundo este princípio, não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. O *nemo tenetur se detegere* apresenta direito ao silêncio, direito de não colaborar na produção de prova em favor de sua incriminação.

Portanto, direito a não autoincriminação não abrange somente o direito ao silêncio. Ao indivíduo cabe o exercício do direito a não colaborar, o que não pode lhe acarretar nenhum prejuízo. O direito a não declarar ou produzir nada que possa prejudicá-lo²¹.

Rotineiramente, sustenta-se a necessidade e obrigatoriedade, no sistema jurídico brasileiro, de o acusado submeter-se a determinado tipo de prova definido pelo juízo ou até mesmo pelas autoridades policiais.

Todavia, o Código de Processo Penal não traz regra expressa a respeito do dever de colaborar - ou não - na realização desses tipos de provas (que dependem da sua colaboração), fato este que pode ser transposto a resoluções ou leis que obriguem ao cidadão a realizar ações ou exames que possam causar-lhe algum tipo de dano.

Desta forma, existe conflito entre os interesses da sociedade (dever dos poderes públicos) e o interesse individual (proteção dos direitos fundamentais). Acerca disso deve haver acordo entre ambos os interesses, ou seja, não é possível permitir a sobreposição do interesse, pois caso isso ocorresse, estaríamos diante de um método autoritário que violaria as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, também não é possível haver uma prevalência absoluta e ilimitada do interesse individual, pois nesse caso, a persecução penal estaria fracassada²².

²¹ SOUZA, Felipe Vieira de. **Iniciação ao Conteúdo Jurídico do Princípio da igualdade-isonomia-paridade**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 200, pp. 241-242.

Sendo assim, provas não- invasivas geralmente conciliam as exigências da persecução penal (respeitando os direitos fundamentais), tendo, portanto, grande importância no processo penal. Já no que se refere às provas invasivas, não podem ser realizadas contra a vontade do acusado.

Entretanto, em casos excepcionais, como ocorrência de delitos graves (por exemplo, hediondos), através de decisão judicial fundamentada, é possível determinar que o acusado tolere passivamente a produção de alguma prova, desde que de outro modo não possa ser efetivada (e desde que seja respeitada a integridade física e moral), o que não é o caso do exame toxicológico, dado que não se trata de delito acusatório.

No que tange ao exame toxicológico, tem-se que este é o método utilizado para constatação de uso de drogas psicoativas, o que poderia prejudicar o trabalhador no exercício de suas funções. A Lei 13.103/15 passou a regulamentar o uso do teste²³.

As consequências da violação do *nemo tenetur se detegere* remete ao tema da ilicitude da prova. A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI, veda expressamente a admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos, ou como forma de coação. No entanto, a fim de legitimar tal vedação, há a possibilidade de admissibilidade de provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade²⁴.

No princípio da proporcionalidade, a prova ilícita poderá ser reconhecida desde que *pro reo*, isto é, desde que favoreça a defesa a prova tida por ilícita poderá continuar para que posteriormente seja valorada pelo julgador, no caso de alguma ocorrência ilícita.

Dessa forma, a lei processual brasileira não traz nenhuma restrição à utilização da prova obtida com violação à não autoincriminação, mas também não a legitima, sendo que o óbice advém de interpretações implícitas de princípios constitucionais e regras internacionais.

Levando-se em conta a dignidade da pessoa humana, é o princípio que deve nortear os demais princípios e as decisões judiciais, leis e resoluções.

²³ Antes da referida alteração, o CTB apenas previa que o motorista expusesse a terceiros a dano potencial em razão da influência do álcool ou de outras substâncias análogas, não prevendo quantidade específica.

²⁴ AMBOS, Kai; POLASTRI LIMA, Marcellus. **O Processo Acusatório e a Vedação probatória**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 182.

Castro²⁵ salienta que qualquer ato que ofenda a dignidade da pessoa humana, vai de encontro à violação de direitos fundamentais. Contra atos discriminatórios, por sua vez, há ampla tutela no ordenamento jurídico, recorrendo aos aludidos direitos.

Juridicamente, a dignidade encontra respaldo inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 1º estabelece que todas as pessoas nascem iguais em dignidade²⁶.

Todas as pessoas são portadoras de tal direito, incluindo o trabalhador na relação com ações que causem constrangimento, sendo que aquele nunca deve ser encarado como mera mercadoria ou artifício de produção.

Assim, submeter-se a ações que podem causar-lhe constrangimento ou mal-estar, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que estas práticas podem comprometer a honra do trabalhador confrontando diretamente as suas dignidades.

A Constituição de 1988 adotou o princípio da igualdade em seu artigo 5º, sendo que essa igualdade deve ser analisada sob a ótica formal e material.

Para Moraes:

[...] a igualdade tem por escopo vedar diferenciações arbitrárias e discriminações absurdas, sendo que dessa forma somente se estará lesando o princípio da igualdade quando o elemento discriminador não se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito²⁷

Nesse sentido, exigir ações apenas de uma categoria constitui ato discriminatório, uma vez que, no âmbito trabalhista, esse princípio é utilizado com o fito de inibir distinções alheias ao trabalho em si, haja vista que todos têm os mesmos deveres e direitos.

2.3. EXAME TOXICOLÓGICO DE LARGA JANELA

No Brasil, a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) é dividida em 6 categorias: Acc, A, B, C, D e E. De modo geral, é uma sequência de representação de dificuldade, tonelagem, quantidades de eixos, qualidade de carga e com ou sem partes articulares.

²⁵ CASTRO, Cláudio Roberto Carneiro de. **O que você precisa saber sobre o assédio moral nas relações de emprego**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 95.

²⁶ SCHEIBLER, Eduardo José; TOCANTINS, Rodrigo Henriques. **Responsabilidade civil pelo assédio moral trabalhista**. Porto Alegre: Apoio Cursos, 2015, p. 37.

²⁷ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 50-65.

As categorias C, D e E são representadas, quase na sua totalidade, por profissionais que trabalham com veículos de carga e dessa atividade tiram seus sustentos. Desde a entrada em vigor da Lei, muitos deles estão sendo barrados pela exigência do cumprimento e por dificuldade de acesso ao exame, como, também, pela oneração a que são submetidos.

A Lei, já citada anteriormente, exige que o exame toxicológico seja de larga janela (90 dias) e está sofrendo resistência, pois alega-se que seria para proteção ao trânsito de condutores sob o efeito de substâncias psicoativas.

A tese se tornaria inverídica no momento em que seria somente um período de abstenção de 90 dias para fazer o exame negativo, o que põe em cheque o restante dos dois anos de validade da carteira de habilitação. Outra questão que merece relevância é o princípio de isonomia, pois o exame não é estendido às outras categorias Acc, A e B, que também fazem parte do trânsito.

E não obstante, ferem o direito de não produzir provas contra si mesmo, ao obrigar o motorista a ter de fazer o exame, que, no momento em que estiver positivado, passa a ser uma prova ao mesmo tempo de que não tem a mínima possibilidade de identificar o momento do uso, ou se estava dirigindo ou não.

A tecnologia de exames toxicológicos em amostras de cabelo – também chamada de “exames toxicológicos de larga janela de detecção” foi originalmente pesquisada pela Marinha de Guerra Americana – US NAVY – que buscava uma alternativa a mais aos exames de urina utilizados em seus programas de controle do consumo de Álcool e Drogas e prevenção de acidentes.

Os pesquisadores originais retiraram-se da Marinha de Guerra em meados dos anos 80 e fundaram a Psychemedics Corporation com o objetivo de prover essa tecnologia para o mercado privado. Em 1988, foi lançado comercialmente o RIAH, que é um exame de detecção de consumo de drogas de larga janela de detecção.

O exame toxicológico é um exame indolor, capaz de detectar o consumo de substâncias psicoativo (Drogas) em período de tempo de 90 dias. O exame sempre é realizado através da coleta de pelos e cabelos e, em algumas exceções, pela raspagem de unhas.

O exame é frequentemente realizado em processos admissionais para carreiras onde o consumo de substâncias ilícitas é proibido e não desejável, como por exemplo, carreiras nas forças de segurança pública (Polícia militar, civil, federal, corpo de bombeiro, guardas prisionais, entre outras).

De acordo com a Resolução 583/2016, fica estabelecido que:

O exame toxicológico de larga janela de detecção para consumo de substâncias psicoativas, exigido quando da habilitação, renovação e mudança para as categorias C, D e E, deverá ser realizado de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Anexo da Portaria nº 116, de 13 de novembro de 2015, do Ministério do Trabalho e Previdência Social, no que couber²⁸.

O que se infere, no caso em estudo, é que ocorrem conflitos entre direitos individuais e direitos coletivos – havendo a prevalência desses últimos em relação aos primeiros, em prol da segurança da coletividade. Deste modo, permaneceriam respeitados, dentro de limites toleráveis e delineados pela lei, os direitos individuais fundamentais.

2.3.1. Portaria 945 MTE – CAGED e o Exame Toxicológico

Publicado no Diário Oficial em 03 de agosto de 2017, o Ministério do Trabalho e Emprego divulga e oficializa a instrução normativa para o envio do CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), no que se refere ao exame toxicológico de larga janela de detecção.

A partir do dia 13 de setembro de 2017, todos os empregadores, ao admitir ou desligar motoristas profissionais, estão obrigados a declarar o código do exame toxicológico, a data do exame médico, o CNPJ do laboratório e o número de inscrição do médico no UFCRM e CRM relativo às informações do exame toxicológico no CAGED, conforme modelo disponível no portal do CAGED. Todos os motoristas com CNH categorias C, D e E são obrigados a fazer o exame toxicológico na renovação e aquisição das suas CNHs.

O Ministro de Estado do Trabalho, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição e tendo em vista o disposto no art. 24 da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro 1990 resolve:

Art. 1º Aprovar instruções para envio do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED, instituído pela Lei nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965, referentes ao Exame Toxicológico e à Certificação Digital.

Art. 2º O empregador que admitir e desligar motoristas profissionais fica obrigado a declarar os campos denominados: Código Exame Toxicológico, Data Exame Médico (Dia/Mês/Ano), CNPJ do Laboratório, UFCRM e CRM relativo às informações do exame toxicológico no CAGED, conforme modelo, em anexo, e arquivo disponível no endereço <https://caged.maisemprego.mte.gov.br/portalcaged/>.

²⁸ Resolução 583/2016. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317860>>. Acesso em 19 de maio. 2018.

Acrescenta ainda:

Parágrafo único – Os motoristas profissionais de que trata o *caput* deste artigo são os identificados pelas famílias ocupacionais 7823: Motoristas de veículos de pequeno e médio porte, 7824: Motoristas de ônibus urbanos, metropolitanos e rodoviários e 7825: Motoristas de veículos de cargas em geral, da Classificação Brasileira de Ocupações.

Art. 3º É obrigatória a utilização de certificado digital válida, padrão ICP Brasil, para a transmissão da declaração do CAGED por todos os estabelecimentos que possuem 10 (dez) ou mais trabalhadores no 1º dia do mês de movimentação.

Complementa:

Parágrafo único. As declarações poderão ser transmitidas com o certificado digital de pessoa jurídica, emitido em nome do estabelecimento, tipo e CNPJ, ou com certificado digital do responsável pela entrega da declaração, sendo que este pode ser o CPF ou o CNPJ.

Art. 4º As movimentações do CAGED entregues fora do prazo deverão ser declaradas obrigatoriamente com a utilização de certificado digital válido padrão ICP Brasil.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor a partir do dia 13 de setembro de 2017.

Da forma como é conduzido o exame, é uma exigência sujeita a várias fraudes, como, por exemplo, deixar de usar o tóxico por um período e o exame não irá acusar nada e não ter a garantia de que, depois deste período, poderá usar substâncias psicoativas.

Outro fato relevante é o custo do exame bastante elevado, além da espera de 15 a 20 dias para obter o resultado; a rotatividade dos empregados é grande e tudo isso será de responsabilidade do empregador e empregado, certamente causando-lhes prejuízos.

Qual o custo destes exames para Empresas de Transportes? Certamente a conta não é da Empresa, mas de quem dela se utiliza.

Para uma população já bastante comprometida com pagamentos de impostos e com um salário abaixo de qualquer crítica, certamente a população também sentirá os reflexos da exigência.

Outra controvérsia é se a contratação ocorrer uns meses antes de vencer sua CNH, o dono da mesma, terá que arcar com o valor deste exame e as demais despesas e da revalidação.

E, como já foi mencionado, só os motoristas de caminhões são usuários de drogas? Este exame, além de discriminatório, onera o trabalhador.

2.4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A LEI 13.103/15

A Lei 9.882/99, proposta pela deputada Sandra Starling, regulamentando o art. 102, § 1º da CF, trata de diploma legal que visa dar conformação à chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O novo instituto introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, todas com um grande potencial para aperfeiçoá-lo. Pode-se listar as mais importantes²⁹:

Uma das mais importantes características da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - instrumento de controle concentrado de constitucionalidade - é a larga extensão do conjunto de seus possíveis objetos, fruto da abertura semântica dada pela expressão "ato do Poder Público" contida no art. 1º da lei que a disciplina³⁰.

Para Gilmar Mendes³¹, além de atos de natureza normativa, o citado dispositivo está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição - alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

Também no plano dos atos normativos, houve ampliação das hipóteses de controle concentrado. Assim, consoante o § único do mesmo art. 1º, a arguição de descumprimento poderá ser utilizado para, de forma definitiva e com eficácia geral, gerar controvérsia relevante sobre a legitimidade do pré-constitucional em face da nova Constituição, hipótese que, até o momento, somente poderia ser apresentada mediante recurso extraordinário ao STF (Supremo Tribunal Federal). No art 4º, §1º diz que a ADPF não será admitida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Assim, a Lei 9.868 contém disposição que autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a

²⁹ Texto da palestra proferida durante o Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União - 5ª Região, promovida pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal. (Fortaleza, 20 de novembro de 2000).

³⁰ MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro/2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

³¹ _____. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros.

Garcia de Enterría assevera que na doutrina americana³²

[...] la alternativa a la prospectividad de las Sentencia no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente esta a las nuevas condiciones sociales.

Nos Estados Unidos da América, Mendes³³ observa que onde a doutrina acen-tuara tão enfaticamente a ideia de que a expressão "lei inconstitucional" configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "the unconstitutional statute is not law at all" (*contradictio in terminis*, uma vez que "o estatuto inconstitucional não é lei de modo algum"), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se esta-belecerem limites à declaração de inconstitucionalidade.

A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela efi-cácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em proces-sos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, even-tuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de incons-titucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as conde-nações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a de-claração de inconstitucionalidade afeta tão somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

O texto constitucional ocupa, no estado democrático, a posição de delimitador do horizonte de possibilidades para elaboração de todo o ordenamento jurídico de uma nação, assumindo o papel de condição de validade de todos os atos administra-tivos e legislativos.

³² García de Enterría, Eduardo . **Curso de Derecho Administrativo I**. Editorial Civitas, Madrid: Es-paña. Disponível em: <<https://www.marcialpons.es/libros/curso-de-derecho-administrativo-i/9788491528746>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

³³ MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> . Acesso em: 21 jun.2018.

De acordo com Silva (2010)³⁴, "[...] a constituição é o vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos".

Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, conhecida como ADI ou ADIN, advém do controle concentrado de constitucionalidade e é promovida mediante ação judicial, e está prevista nos artigos 102 I, "a" e 103 da CF/88.

Por leis, entendem-se todas as espécies normativas definidas na Constituição Federal de 1988, no artigo 59, sendo: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, bem como os tratados internacionais. Os tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico são celebrados pelo Presidente da República.

Para serem incorporados ao ordenamento jurídico nacional, dependem de referendo do Congresso Nacional, via decreto-legislativo aprovado por maioria simples e promulgado pelo presidente do Senado (art. 49, I, da CF), e, por fim, de promulgação e publicação por decreto do Presidente da República (é o decreto presidencial que dá força executiva ao tratado). O tratado internacional incorporado no ordenamento jurídico tem força de lei ordinária.

Por atos normativos compreendem-se: resoluções administrativas dos Tribunais, atos estatais de conteúdo obrigatório e as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo.

Cumprе ressaltar que, segundo o Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 594-DF, só podem ser objeto de controle perante o Excelso Pretório (STF) leis e atos normativos federais ou estaduais.

Se as medidas provisórias forem convertidas em lei, ou perderem a sua eficácia, a ADIN será prejudicada pela perda do objeto³⁵.

Cabe lembrar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, §3º da CF).

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2010, p. 170.

Os Regimentos Internos dos Tribunais podem ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), pois são normas estaduais, genéricas e autônomas. Até mesmo as Resoluções administrativas dos Tribunais, inclusive dos Tribunais Regionais do Trabalho, salvo as convenções coletivas de Trabalho.

Cumpra esclarecer que o Distrito Federal acumula a competência dos Estados e Municípios: assim, tratar de matéria estadual será objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), mas se tratar de matéria municipal, não será objeto de ADIN.

A propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ocorre mediante a elaboração da petição inicial, o que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n.º 2.187-7/BA, e com base no parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 9.868/99, que menciona que a petição inicial indicará o dispositivo de lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido, bem como o pedido e suas especificações.

A petição inicial, quando subscrita por advogado, deverá vir acompanhada de instrumento de procuração e será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação(art. único da Lei 9.868/99)³⁶.

Assim que proposta a ação, o requerente não poderá desistir ou fazer acordo, pois vigora o princípio da indisponibilidade da instância e o processo não é subjetivo (art. 5º da Lei 9.868/99).

O Relator poderá indeferir liminarmente a inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente (art. 4º da Lei 9.868/99). Da decisão que indefere a petição inicial, cabe agravo de instrumento (art. 4º, parágrafo único da Lei 9.868/99).

Este mesmo relator pedirá informações aos órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado (art. 6º da Lei 9.868/99). Tais informações devem ser prestadas no prazo de 30 dias, contados do recebimento do pedido (art. 6º, parágrafo único da Lei 9.868/99).

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão se manifestar cada qual no prazo de 15 dias (art. 8º da Lei 9.868/99).

Vencidos os prazos, o Relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento (art. 9º da Lei 9.868/99).

³⁶ CUNHA Júnior, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2010, p. 175.

De acordo com o artigo 103 § 1º, da CF/88, o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, o que aqui ele atuará como fiscal da lei (*custos legis*).

Conforme o § 3º do artigo 103 da CF/88, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

A declaração de inconstitucionalidade será proferida pelo voto da maioria absoluta dos membros do STF (Pleno), desde que presente o quórum de instalação da sessão de julgamento, que é de oito ministros. Assim, declara o ato como nulo. Após ser julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Esta decisão, que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos de declaração, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

A ação direta de inconstitucionalidade tem caráter dúplice, pois, conforme estabelece o artigo 24 da Lei 9.868/99, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória e, no mesmo passo, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

A decisão no controle concentrado produzirá efeitos contra todos (*erga omnes*), e também efeito retroativo (*ex tunc*), retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de ato nulo.

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º da CF)³⁷.

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, de acordo com o art. 102, I, “p” da Constituição Federal de 1988, o pedido de cautelar nas ações direta de inconstitucionalidade.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 maio. 2018.

Segundo a Constituição de 1988, os legitimados para o pedido cautelar na ação direta de inconstitucionalidade são:

a) o Presidente da República; b) a Mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; f) o Procurador-Geral da República; g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, CF-1988)³⁸.

A medida cautelar será concedida, após audiência do requerido, através de maioria absoluta do Plenário, seis ministros, observado o quórum de instalação na sessão de julgamento (presença de oito ministros), e gerará a suspensão da eficácia da lei ou ato normativo impugnado, de acordo com o previsto no artigo 10 da Lei 9.868/99.

De acordo com a constituição salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades que emanaram a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias” (art. 10 da Lei 9.868/99)³⁹.

Já no período de recesso, o Presidente do Supremo pode conceder a liminar monocraticamente, mas depois será submetida ao Plenário. O Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União também podem ser ouvidos no prazo de 3 dias, se o relator julgar indispensável (art. 10, §1º da Lei 9.868/99).

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal de acordo com o artigo 10, §2º da Lei 9.868/99⁴⁰. A medida cautelar será concedida sem audiência do requerido (*inaudita altera parte*) em caso de excepcional urgência, o tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 maio. 2018.

³⁹ <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11266056/artigo-10-da-lei-n-9868-de-10-de-novembro-de-1999>

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

quais emanou a lei ou ato normativo impugnado de acordo com o previsto no art. 10, §3º da Lei 9.868/99.

A medida cautelar sempre será incidental, nunca preparatória. Na inicial, destina-se um capítulo à medida cautelar com seus fundamentos *fumus boni iuris* (demonstração da viabilidade jurídica da tese) e *periculum in mora* (demonstração de que a inconstitucionalidade pode gerar consequências graves).

A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos (*erga omnes*), será concedida, com efeito, *ex nunc* (não retroage) salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa de acordo com art. 11, §1º da Lei 9.868/99.

Enquanto a decisão de concessão da cautelar tem eficácia *erga omnes* e *ex nunc*, a decisão de mérito tem eficácia *ex tunc* (retroage), ou seja, vai retroceder àquele período que não tinha sido atingido pela cautelar.

Bases: Artigos 59, 102 inciso I, alínea a, 103, da Constituição Federal de 1988, e artigos 3 a 8, 10, 11, 22 da Lei 9.868/99 – (Regulamenta a disciplina processual das Ações Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade).

Observados a definição e como ocorre a ADI, ressalta-se a importância da discussão dos problemas gerados por ações discriminatórias nas relações de trabalho, no âmbito individual de cada trabalhador, a lei 13.103/15, torna-se inconstitucional na medida em que viola o princípio da isonomia, ao submeter os motoristas ao constrangimento injustificado de realizar exames toxicológicos para contratação, demissão e renovação CNH.

A lei tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, da CF), seja por vício de forma, seja por vício material, ou ainda, seja por dupla inconstitucionalidade.

Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência (inconstitucionalidade orgânica) ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico (inconstitucionalidade formal propriamente dita).

A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra, seja um princípio⁴¹. Visto que já se falou sobre o princípio da

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

Isonomia e do direito de não produzir provas contra si mesmo, entende-se que a lei mencionada pode sofrer ADI.

Quanto ao momento em que ocorre uma inconstitucionalidade, esta pode ser originária ou superveniente. A inconstitucionalidade originária ocorre quando a lei ou ato normativo (objeto) surge após a norma constitucional que lhe serve de paradigma (parâmetro de controle).

Já a inconstitucionalidade superveniente ocorre quando a norma constitucional (parâmetro de controle) surge depois da lei ou ato normativo (objeto). A inconstitucionalidade superveniente não é admitida no Brasil⁴².

Um objeto anterior ao parâmetro constitucional não é considerado inconstitucional, pois nesse caso, considera-se o objeto como não recepcionado. Ou seja, só há inconstitucionalidade quando uma lei fere posteriormente a Constituição (objeto posterior ao parâmetro), e não o contrário, quando a Constituição torna-se incompatível com a lei (parâmetro posterior ao objeto). Somente no primeiro caso tem-se inconstitucionalidade; no segundo caso, tem-se hipótese de não recepção⁴³.

Como a ADI é uma ação direta de inconstitucionalidade, logo, não se presta para o caso de não recepção (inconstitucionalidade superveniente), mas tão somente para hipótese de inconstitucionalidade originária, isto é, objeto posterior ao parâmetro⁴⁴.

Sabe-se que o controle abstrato de constitucionalidade serve para assegurar a supremacia constitucional. Quando uma norma constitucional é incompatível posteriormente com uma lei, isso não afeta a supremacia da Constituição.

A Constituição é suprema, se ela vem posteriormente e alguma lei anterior passa a ser incompatível com ela, subentende-se automaticamente que a lei não foi por ela recepcionada. E se julgada incoerente, que atente contra algum princípio fundamental, pode sofrer ADI. Na verdade, o problema ocorre ao inverso, quando uma lei vem posteriormente se contrapondo à ordem constitucional vigente⁴⁵.

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2

⁴⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2010.

⁴⁵ OLIVEIRA, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Dessa forma, qualquer lei ou resolução criada após a Constituição pode ser objeto de ADI, desde que fira direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Como a lei veio depois da Constituição, nesse caso não há como ter não recepção, ao contrário, a lei presume-se constitucional. É exatamente por isso que, nessa hipótese, somente em se tratando de inconstitucionalidade originária, caberá ação em controle de constitucionalidade.

Cabe ao estado garantir o máximo de proteção ao trabalhador. Essa proteção não pode ser apenas assegurar direitos básicos do trabalhador, mas sim, ir além, pensando na melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores, na individualidade, isonomia e privacidade (CONRADI, 2004)⁴⁶.

Analisando o ambiente de trabalho e a importância de sentir-se acolhido e respeitado no mesmo, sendo ele entendido, segundo Sirvinskas (2012)⁴⁷, como o local onde o trabalhador desenvolve suas atividades laborais.

Para Silva (2004)⁴⁸, a expressão ambiente do trabalho significa o local onde o trabalhador sente-se respeitado para desempenhar suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes ou condições ofensivas que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos). (SILVA, 2004).

Acredita-se que um ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, conforme pontua Melo (2010)⁴⁹, segundo o qual se o meio ambiente seguro e equilibrado for desrespeitado, provoca agressão a toda a sociedade(MELO,2010).

O entendimento é no sentido de que, uma vez que o meio ambiente do trabalho é violado, no que se refere a um meio sadio e equilibrado, isso pode trazer danos à saúde do trabalhador, que, por sua vez, pode ser acometido de diversas doenças e

⁴⁶ CONRADI, Faustino Guitierrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López. **Derechos Procesales Fundamentales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004. p.597.

⁴⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito no trabalho**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23 ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 13.

⁴⁹ MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2010.

necessitar dos benefícios da Previdência Social, provocando custo a toda a sociedade. Nesse sentido, garantir o meio ambiente do trabalho sustentável beneficia não apenas o trabalhador, mas o trabalho e toda a coletividade.

Dessa forma, a obrigatoriedade de realizar qualquer ação que possa, de alguma maneira, tornar-se ofensiva ou que possa ferir o direito à isonomia, à dignidade torna-se ofensiva ao trabalhador.

Sendo assim, a proteção do meio ambiente do trabalho ganha reforço na tutela jurídica da dignidade da pessoa humana, da cidadania e dos valores sociais do trabalho insculpidos como fundamentos no art. 1º da Carta Magna de 1988.

Queijo⁵⁰, declara que a jurisprudência referente ao exame toxicológico periódico para policias militares e federais, bem como a motoristas, é no sentido que a obrigatoriedade de exames periódicos tem caráter discriminatório e constrangedor.

As exigências, no entanto, são mais severas para motorista do que para policiais militares e federais. O ordenamento constitucional brasileiro veda expressamente a admissibilidade da produção de provas contra si próprio.

A lei pode ferir os princípios, tanto da isonomia quando da privacidade e da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal que diz, no seu Art. 5º, “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁵¹.

A jurisprudência referente a PL-4443/2008⁵², que exige exame toxicológico periódico para policias militares e federais, é no sentido de que a obrigatoriedade de exame toxicológico periódico tem caráter discriminatório e constrangedor.

O exame toxicológico deveria ser aplicado a todos que exercem profissões com risco, sem distinção ou exceção, policiais, vigilante armado, cirurgiões, tripulantes de voo, entre outros profissionais. Nem por isso se cogita a hipótese de submetê-los a tais exames periódicos, colocando-os, ainda que implicitamente, sob a suspeita de envolvimento com drogas ilícitas⁵³.

O Código Brasileiro de Trânsito determina que é infração gravíssima dirigir sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa⁵⁴.

⁵⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

⁵² Dispõe sobre a obrigatoriedade de exames clínicos toxicológicos periódicos para policiais civis, militares e federais, agentes de trânsito estaduais e guardas municipais.

⁵³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁴ BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**: instituído pela Lei nº 9.503, de 23-9-97, 1. ed., Brasília: DENATRAN, 2008, 708, p.: il.

Assim, o exame toxicológico deveria ser aplicado para todos os condutores e não somente para motoristas de caminhão, para não configurar discriminação a esses profissionais.

A Resolução nº 583, de 23 de março de 2016 altera a Resolução CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito) nº 425, de 27 de novembro de 2012, que dispõe sobre o exame de aptidão física e mental, a avaliação psicológica e o credenciamento das entidades públicas e privadas de que tratam o art. 147, I e §§ 1º a 4º e o art. 148 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

A resolução determina que:

[...] exame toxicológico de larga janela de detecção para consumo de substâncias psicoativas, exigido quando da habilitação, renovação e mudança para as categorias C, D e E. IV –

§ 1º

§2º

§ 3º Considera-se exame toxicológico de larga janela de detecção aquele destinado à verificação do consumo ativo, ou não, de substâncias psicoativas, com análise retrospectiva mínima de 90 (noventa) dias.”

O art. 3º alterar o Capítulo VII – DO EXAME TOXICOLÓGICO DE LARGA JANELA DE DETECÇÃO, da Resolução CONTRAN nº 425, de 2012, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 29. O exame toxicológico de larga janela de detecção para consumo de substâncias psicoativas, exigido quando da habilitação, renovação e mudança para as categorias C, D e E, deverá ser realizado de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Anexo da Portaria nº 116, de 13 de novembro de 2015, do Ministério do Trabalho e Previdência Social, no que couber.

Em relação ao credenciamento de laboratórios para a realização do exame toxicológico, determina:

Art. 30. O Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, órgão máximo executivo de trânsito da União, deverá credenciar laboratórios para a realização do exame toxicológico de larga janela de detecção que atendam aos requisitos definidos no Anexo da Portaria nº 116, de 13 de novembro de 2015, do Ministério do Trabalho e Previdência Social. §1º O credenciamento dos laboratórios terá validade de 2 (dois) anos, podendo ser revogado a qualquer tempo, se não mantidos os requisitos exigidos para o credenciamento.

§2º O credenciamento poderá ser renovado por igual período, sem limite de renovações, desde que atendidos os requisitos estabelecidos nesta Resolução.

Quanto à coleta de material biológico, o art. 31 define:

Art. 31. A coleta de material biológico destinado ao exame toxicológico de larga janela de detecção deverá ser realizada de acordo com os requisitos

definidos no Anexo da Portaria nº 116, de 13 de novembro de 2015, do Ministério do Trabalho e Previdência Social. Parágrafo único. A coleta deverá ser realizada por laboratórios habilitados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, sob a responsabilidade dos laboratórios credenciados pelo DENATRAN.

A análise do material coletado é referida no art. 32:

Art. 32. A análise do material coletado será realizada por laboratórios credenciados pelo DENATRAN, que deverão atender aos critérios estabelecidos no Anexo da Portaria nº 116, de 13 de novembro de 2015, do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Os parágrafos 1 e 2 definem as responsabilidades do médico perito no exame toxicológico:

§ 1º A interpretação do exame toxicológico é de responsabilidade do médico perito examinador de trânsito credenciado pelos Órgãos e Entidades Executivos de Trânsito dos Estados e do Distrito Federal.

§ 2º Em caso de resultado positivo, o médico perito examinador de trânsito credenciado pelos Órgãos e Entidades Executivos de Trânsito dos Estados e do Distrito Federal considerará, além dos níveis da substância detectada no exame, o uso de medicamento prescrito, devidamente comprovado, que possua em sua formulação algum dos elementos constantes no Anexo da Portaria nº 116, de 13 de novembro de 2015, do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

O art. 33 determina os procedimentos a serem adotados pelo laboratório credenciado, após o resultado da análise do material coletado:

Art. 33. O laboratório credenciado deverá inserir a informação contendo o resultado da análise do material coletado (se positivo ou negativo) no prontuário do condutor por meio do Sistema de Registro Nacional de Condutores Habilitados – RENACH.

§1º O condutor deverá autorizar, por escrito, a inclusão da informação no RENACH.

§2º A informação de que trata o caput deverá ser considerada confidencial no RENACH, sendo de responsabilidade dos laboratórios, dos Órgãos e Entidades Executivos de Trânsito dos Estados e do Distrito Federal e do DENATRAN manter essa confidencialidade.

A reprovação do candidato é explicitada no art. 34 e o direito de recurso está previsto no artigo 35:

Art. 34. Após análise e considerações do médico perito examinador de trânsito credenciado pelo Órgão e Entidade Executivo de Trânsito dos Estados e do Distrito Federal, ficando constatado o consumo de qualquer um das substâncias constantes do Anexo da Portaria nº 116, de 13 de novembro de 2015, do Ministério do Trabalho e Previdência Social, o candidato será considerado reprovado no exame toxicológico e terá como consequência a suspensão do direito de dirigir pelo período de 3 (três) meses.

Art. 35. No caso de o candidato ser reprovado no exame toxicológico é garantido a ele o direito de contraprova e de recurso administrativo.

Os artigos 36 e 37 esclarecem sobre a utilização dos dados obtidos nos exames toxicológicos e a forma de acesso aos laboratórios credenciados:

Art. 36. Todos os exames toxicológicos de larga janela de detecção realizados com base nesta Resolução serão utilizados, de forma anônima e com fins estatísticos, para a formação de Banco de Dados e estudo da conduta dos motoristas, objetivando a implementação de políticas públicas de saúde.

Art. 37. Os Órgãos e Entidades Executivos de Trânsito dos Estados e do Distrito Federal deverão disponibilizar em seu sítio eletrônico a relação dos laboratórios credenciados pelo DENATRAN.”

Segundo a Associação Nacional dos DETRANS (AND), a instituição entende que a exigência gera ônus excessivo aos condutores e não tem eficácia comprovada na redução de acidentes. Para os Departamentos Estaduais, a redução do número de acidentes passa, antes, pela qualificação das estratégias de educação, formação, avaliação, fiscalização e de punição de condutores infratores.

A Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (ABRAMET) e outras entidades ligadas às áreas da saúde e jurídica são contrárias à Deliberação nº/15 145 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), que estabelece a obrigatoriedade de exame toxicológico de larga janela de detecção para identificar o uso de drogas por pessoas que necessitem se habilitar, renovar ou mudar para as categorias C, D e E.

Nesse tipo de análise, são utilizadas amostras do cabelo, de pelos ou das unhas.

De acordo com Rodrigues⁵⁵, o chamado exame de larga janela de detecção não tem paralelo em lugar nenhum do mundo.

Países da União Europeia o utilizam para motoristas que perderam a CNH em decorrência de alguma dependência, mas não como condição para obtenção, renovação ou contratação: “As Filipinas foram o único país a implantar esse tipo de exame e tiveram que voltar atrás devido ao alto custo e nenhuma efetividade”⁵⁶.

A principal crítica da classe médica é o tipo de exame exigido. O exame de larga janela de detecção não mede o risco imediato no trânsito e não tira o condutor sob o efeito de drogas da condução do veículo, como acontece com a fiscalização do álcool.

⁵⁵ RODRIGUES, Dirceu. Departamento de Medicina Ocupacional da ABRAMET. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/sala-de-imprensa/release/justica-autoriza-sao-paulo-a-nao-exigir-exame-toxicologico-para-motoristas-profissionais/>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

Além disso, custa US\$100 e não é feito por nenhum laboratório brasileiro. As amostras deverão ser coletadas em clínicas. “Os deputados criaram um artigo na lei do Motorista para inserir um tipo específico de exame, invertendo a lógica, que deveria ser a de indicar qual tipo de exame melhor atende a uma lei específica”, diz Camarão⁵⁷, que lembrou, ainda, que a lei fere a ética médica em vários aspectos.

Para a ABRAMET e as entidades especializadas no tema, entre elas a Sociedade Brasileira de Toxicologia, Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Farmácia, Sociedade Brasileira de Ciências Forenses, Associação Nacional de Medicina do Trabalho e Laboratório de Toxicologia da Faculdade de Medicina da USP, o exame que o CONTRAN impõe aos condutores rodoviários se apresenta ineficiente sob diversos aspectos, principalmente relacionados à falta de respaldo teórico, técnico, científico e legal, tanto no Brasil quanto no exterior.

Nenhum outro país do mundo utiliza como ação de saúde pública o exame toxicológico de larga janela de detecção. Alves Júnior⁵⁸ declarou que o método que emprega amostras de cabelo, pelos ou unhas não é capaz de definir com precisão o momento exato do consumo da substância ilícita, que seria o momento que a Lei 9.503 de 1997 (CTB) Desta forma, não há precisão no exame, e se o motorista realmente faz uso de alguma substância, não será este exame que mostrará com precisão.

Para efeitos legais, o Código de Trânsito Brasileiro⁵⁹ determina que é infração gravíssima dirigir sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

Assim sendo, o uso tem que estar imediatamente associado ao ato de dirigir. Desse modo, um exame que acusa o uso de entorpecentes dias, semanas ou meses antes de sua aplicação não teria efeito em um eventual processo envolvendo acidentes de trânsito, por exemplo. A esse respeito, Alves Júnior acrescenta:

Esses exames somente poderiam afirmar, categoricamente, que houve uso de substâncias psicoativas, mas jamais certificá-las quando da condução. Não há aqui uma solução de política social e de saúde, mas um mecanismo de exclusão, contrariando tratados e normas internacionais.

⁵⁷CAMARÃO, Ricardo Fróes. **Conselho Federal de Medicina**. São Paulo, 2016.

⁵⁸ ALVES JÚNIOR, Dirceu Rodrigues. Disponível em: <<http://www.text.pro.br-incompatibilidade-infracao-art305>>. Acesso em 12 jun. 2018.

⁵⁹ Brasil. Código de Trânsito Brasileiro. **Código de Trânsito Brasileiro**: instituído pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, Brasília: DENATRAN, 2008 708, p. il.

O DETRAN-MG questionou o alto valor do exame e a sua eficácia e estuda o uso de um equipamento nos moldes do etilômetro para avaliar, de forma rápida se o motorista está sob o efeito de drogas, comprometendo a capacidade psicomotora ao dirigir. O teste de consumo de substâncias psicoativas tem que ser feito no ato da fiscalização. Só assim se terá certeza de que o motorista não usou drogas. Mais de um milhão de motoristas de caminhão pagam por um aumento de 170% na renovação da CNH, e também passam pelo constrangimento de fazer exame toxicológico no ato da contratação e demissão. Toda essa mobilização por causa de um pequeno grupo de pessoas que usam drogas, declara Alves Júnior⁶⁰.

Nem todos os caminhoneiros fazem o exame toxicológico, porque caminhões de menor porte podem ser dirigidos com CNH B para carro. Os altos custos dos exames e a dificuldade dos condutores em encontrar postos de coleta atuam como fatores restritivos ao exame toxicológico.

“O artigo 148-A, § 7º, do CTB veda qualquer intervenção dos entes públicos na estipulação dos preços, sobremaneira que caberá aos laboratórios sua fixação, o que poderá aumentar e muito o custo da renovação em cerca de 170% nas categorias C, D e E, observam Canterji e Falavigno ⁶¹.

Assim posto, a resolução está a se imputar restrições ao direito de dirigir dos cidadãos profissionais, posição semelhante à de diversas entidades médicas e da área, também contrárias ao exame toxicológico na forma proposta, como o Conselho Federal de Medicina, a Associação Brasileira de Medicina de Tráfego e a Sociedade Brasileira de Toxicologia.

Apesar de não conter força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é uma certidão de origem dos preceitos ali constantes e proclama “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”⁶².

⁶⁰ ALVES JÚNIOR, Dirceu Rodrigues. Disponível em: <<http://www.text.pro.br-incompatibilidade-infracao-art305>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

⁶¹ CANTERJI, Rafael Brauji; FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. **A incompatibilidade inconstitucional da infração prevista no artigo 305**, do Código de Trânsito Brasileiro, 2010. Disponível em: <<http://www.text.pro.br-incompatibilidade-infracao-art305>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

⁶² O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra os princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. (BRASIL, ADI n. 2.076-5, 2002, p.226)

O artigo 1º da Constituição Federal, inciso III, trata da dignidade da pessoa humana. Esse princípio é a fonte a partir da qual se encontram respaldados todos os direitos individuais e coletivos; o ser humano deve ser o ponto de partida e o ponto de chegada do sistema jurídico.

O inciso IV do mesmo artigo dispõe sobre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa que é o princípio da liberdade aplicado na atividade econômica, ou seja, reconhecimento expresso do sistema capitalista e da liberdade de exercer profissões, liberdade de criar empresas, como forma de estimular o desenvolvimento tecnológico e econômico.

Como normas a serem aplicadas e respeitadas nas relações de trabalho, o artigo 7º da Constituição Federal, prescreve, de forma exemplificativa, os direitos dos trabalhadores que visam à melhoria de sua condição social.

Neste âmbito, Moraes⁶³ (2007) salienta que: “Os direitos sociais enumerados exemplificativamente neste capítulo, em especial no artigo 7º, não esgotam os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que se encontram também difusamente previstos na própria Constituição Federal”. O mesmo autor cita o artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, para reforçar a sua assertiva⁶⁴.

A Justiça Federal autorizou o Estado de São Paulo a não exigir o exame toxicológico para renovação ou obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) nas categorias C, D e E, voltadas para motoristas profissionais. Resolução 529 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) prevê a realização do teste em todo o país a partir de 1º de janeiro de 2016.

A pedido do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo (Detran, SP), este Estado, por meio da Procuradoria Geral do Estado (PGE), ingressou com uma ação na Justiça contra a medida e conseguiu autorização prévia (tutela antecipada) para não condicionar a concessão da CNH ao teste. O processo continua em curso na Justiça Federal – 9ª Vara Cível da Capital de São Paulo.

A alegação do governador para esta decisão foi a seguinte:

Todo dia fazem leis, criam normas para onerar o povo. No passado foi aquele kit de primeiros socorros. Todo mundo gastou um dinheirão e ele depois foi

⁶³Moraes, Alexandre de **Direito Constitucional** - 33ª Ed. pg 109, 2017 Atlas

⁶⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 maio 2018.

dispensado. Depois era para trocar o extintor. Agora inventaram que tem que fazer um exame toxicológico. É um exame inútil. As entidades médicas e de segurança no tráfego dizem que não tem nenhum sentido (Governador Geraldo Alckmin, no dia 31 de dezembro de 2016).

A comunidade médica e profissionais de trânsito de todo país são contrários à medida. Entre as críticas mais recorrentes está o tipo de exame. Para os especialistas, a exigência é discriminatória, inconstitucional, viola a ética médica e não há evidências científicas que comprovem sua eficácia para a segurança no trânsito. Além disso, o teste tem alto custo (cerca de 100 dólares) e não é feito por nenhum laboratório brasileiro. Hoje, as amostras são enviadas para análise no exterior.

A legislação federal prevê que o exame seja feito mediante a coleta de cabelo, pelo ou unhas com o objetivo de detectar o consumo de substâncias psicoativas que comprometam a capacidade de direção no momento de renovar ou obter a habilitação. O resultado precisa dar negativo para os três meses anteriores ao teste.

O resultado negativo, no entanto, não significa dizer que o cidadão não fará uso de drogas posteriormente, já com a CNH renovada, e conduzirá veículo sob efeito dessas substâncias. Além disso, conforme alerta da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (ABRAMET), o motorista pode, por exemplo, burlar o teste ao deixar de usar drogas no período que é coberto pela janela de detecção (90 dias retroativos)⁶⁵.

O controle de constitucionalidade é uma estrutura de correção que visa a restabelecer a ordem e unidade do ordenamento jurídico. Tal mecanismo consiste na análise da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição Federal. Revelada a inconstitucionalidade, há a suspensão da eficácia da norma, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade retira a eficácia da norma em questão.

Segundo Barroso⁶⁶, são necessárias duas premissas para a existência do controle de constitucionalidade, quais sejam: a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional. A primeira revela a posição mais elevada hierarquicamente que a

⁶⁵ MONTAL, José Heverardo da Costa. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/sala-de-imprensa/release/justica-autoriza-sao-paulo-a-nao-exigir-exame-toxicologico-para-motoristas-profissionais/>> Acesso em: 18 jun. 2018.

⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. Saraiva, 2010, p. 229.

Constituição ocupa no ordenamento jurídico, o que acarreta a invalidação de qualquer ato jurídico que se encontre em desconformidade com suas disposições.

A segunda é distinguida pelo fato de as normas constitucionais possuírem um processo de elaboração mais complexa do que o processo de criação das normas infraconstitucionais. Isso se dá em razão da necessidade de uma diferença formal entre a norma objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle.

A ADI está prevista no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (BRASIL, CF, 1988).

A ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e ADC (Ação Direta de Constitucionalidade), têm a mesma natureza, apenas são ações com sinal trocado. É o que se chama de “Caráter Dúplice ou Ambivalente da ADI e ADC”, isto é, essas duas ações têm a mesma natureza, o que muda é apenas que uma é o inverso da outra. Uma ADI julgada procedente é a mesma coisa que uma ADC julgada improcedente, e vice-versa. Isso está previsto de forma bastante clara no art. 24, da Lei 9.868/99:

Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (BRASIL, CF, 1988)⁶⁷.

Dessa forma, de acordo com Barroso⁶⁸ (2010), a natureza da ADI e da ADC é a mesma. O que difere é que na ADI se pede a declaração de inconstitucionalidade e na ADC se pede a declaração de constitucionalidade, mas os efeitos da decisão em ambas são os mesmos, isto é, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei.

⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 maio 2018.

⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. Saraiva, 2010, p. 169.

Tanto que se pode ter a seguinte situação: uma mesma lei pode ser objeto de ADC e de ADI, por exemplo. Um legitimado propõe uma ADI questionando a inconstitucionalidade de uma lei, e outro legitimado propõe uma ADC dizendo que a lei é constitucional.

Partindo do pressuposto de que a Lei 13.103/15, que determina a obrigatoriedade do exame toxicológico, fere o princípio da isonomia e o direito de não produzir provas contra si mesmo, ambos garantidos por lei, entende-se que a mesma pode sofrer Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5322).

A Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015, dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 11.442, de 5 de janeiro de 2007 (empresas e transportadores autônomos de carga), para disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; altera a Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências.

As leis, segundo Ferreira Filho (2011),⁶⁹ gozam de presunção relativa de constitucionalidade, logo, para retirá-las do ordenamento jurídico, precisa-se da ADI. Em outras palavras, enquanto na ADI busca-se desconstituir a presunção relativa de constitucionalidade e retirar a norma do ordenamento, na ADC busca-se manter a norma no ordenamento e reforçar a sua constitucionalidade, transformando aquela presunção que antes era relativa em uma presunção absoluta de constitucionalidade.

Barroso (2012)⁷⁰, acrescenta que ambas as ações, tanto a ADI como a ADC, possuem a mesma natureza, praticamente tudo o que foi falado na ADI aplica-se também para a ADC. Só existem três diferenças entre ambas:

- (i) existência de pressuposto de admissibilidade na ADC (controvérsia judicial relevante); (ii) maior restrição ao limite espacial quanto ao objeto na ADC (apenas objeto federal em face de Constituição Federal); (iii) inexistência de participação do Advogado-Geral da União (o AGU só participa na ADI) (BARROSO, 2012)⁷¹.

⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37 ed. Saraiva, 2011.

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. Saraiva, 2012.

⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. Saraiva, 2012.

Como mencionado anteriormente, um ato legislativo em contrariedade à Constituição é considerado inválido. A invalidade tem como consequência a nulidade ou a anulabilidade⁷². No que concerne à lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, ou seja, a nulidade.

A maioria dos doutrinadores brasileiros entende que tal decisão tem caráter declaratório, principalmente porque, ao reconhecer uma situação preexistente, a declaração de inconstitucionalidade acaba por determinar que todas as relações jurídicas constituídas com base naquela lei deverão voltar ao *status quo ante*, ou seja, os efeitos daquela lei não serão considerados válidos desde o momento de sua inserção no ordenamento jurídico⁷³.

O fato de a lei inconstitucional ser considerada nula é relevante no que diz respeito aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] atos inconstitucionais são nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica, de maneira que a declaração de inconstitucionalidade importa no reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público.⁷⁴

Barroso⁷⁵ (2012) argumenta que mesmo que ADI e ADC tenham natureza idêntica, apenas são inversas, é mais fácil, contudo, por uma ADI do que uma ADC, justamente pela necessidade, nesta última, de se observar um pressuposto de admissibilidade, qual seja: existência de controvérsia judicial relevante, característica específica da ADC, nos termos do art. 14, III, Lei 9.868/99: “Art. 14. A petição inicial indicará: III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (CF, BRASIL, 1988)⁷⁶.

⁷² Sobre a distinção entre nulidade e anulabilidade, v. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, t. IV, 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1954, pp. 29-30.

⁷³ STF, ADIn nº 652, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 2 de abril de 1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTextoMultimidia.asp?servico=atendimentoStfServicos&idConteudo=178384&modo=cms> Acesso em: 20 jun. 2018.

⁷⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 275: “A norma constitucional é simplesmente anulável, isto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que opera, eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação de sua inconstitucionalidade”.

⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. Saraiva 2012, p.44.

⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 08 maio 2018.

De acordo com Bullos⁷⁷ (2011), isso ocorre pelo princípio da constitucionalidade das leis. Como sabido, quando uma lei ingressa no ordenamento jurídico, pressupõe-se que seja constitucional, até que sua inconstitucionalidade seja reconhecida. Trata-se, então, de presunção relativa. É muito mais lógico propor ADI quando se quer desconstituir essa presunção para expurgar a lei do ordenamento jurídico, sendo que a ADC tornar-se-ia desnecessária, justamente pelo princípio da constitucionalidade das leis.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ferreira Filho⁷⁸(2011) acrescenta que existe um pressuposto de admissibilidade que não existe na ADI. É necessário, para que se proponha a ADC, que haja controvérsia judicial relevante. Se a lei já se presume constitucional e se ninguém está discutindo judicialmente a constitucionalidade daquela lei, não se justifica propor ADC.

Portanto, para que o Supremo Tribunal Federal (STF) seja provocado em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), existe o requisito de admissibilidade da necessária existência de controvérsia judicial sobre a lei em relação a qual se deseja a afirmação expressa de sua constitucionalidade.

Já para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ao contrário da Declaratória de Constitucionalidade (ADC) não precisa, obviamente, desse requisito de admissibilidade, porque a ADI serve exatamente para desconstituir a presunção relativa de constitucionalidade. Para que o STF não vire órgão de consulta, só se justifica a sua provocação se existir uma controvérsia judicial relevante, que justifique a medida judicial. Assim, se houver vários órgãos do Judiciário proferindo decisões divergentes, nesse caso se justifica mover ADC perante o STF.

A partir desse pressuposto do STF não acolher a ADI, no caso de uma lei que viole direito, entende-se que a legislação é clara quanto a isso, (Lei n. 9868/99), ao discorrer sobre direitos fundamentais, Paulo Gustavo Gonet Branco⁷⁹ comenta:

Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal ideia tem premissa no pressuposto jus naturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria

⁷⁷ BULLOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Saraiva, 2011, p. 77.

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. Saraiva, 2011.

⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 120.

como prevalecer sobre eles, que teriam prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.

Diante das interpretações constitucionais discorridas a respeito do princípio da isonomia, pode-se, preliminarmente, compreender que as sentenças, que concedem reajustes em contrariedade com as decisões prolatadas em controle concentrado de normas, são inconstitucionais. Da mesma forma que as leis, as decisões judiciais não podem conceder desequiparações fortuitas e injustificadas.

Ao dissertar sobre o princípio em análise, Mello⁸⁰ assevera: “[...] a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha inculcado em artigo subordinado à rubrica constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos”.

A Constituição Federal é a lei maior País, não se submete a nenhuma outra lei, e muito menos a resoluções administrativas. Figueiredo⁸¹, ressalta que o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, abrangendo, também, a submissão ao Direito, às normas e princípios constitucionais e ao Ordenamento Jurídico. Por se viver em um Estado Democrático de Direito, deve-se respeito à Lei. É seguindo essa linha de raciocínio que Dias⁸² afirma:

As decisões judiciais, leis por conseguinte, deverão se sujeitar, primeiro, aos ditames da Constituição, segundo, aos ditames legais, quando estes estiverem conforme o texto Magno. Afora essas circunstâncias é querer o impossível e o imaginário, dentro de uma ordem jurídica que não autoriza outra alternativa.

O direito de não produzir provas contra si próprio é assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro como direito constitucional. Sobre a interpretação do direito ao de não produzir provas contra si mesmo, a corrente majoritária entende que se alguém se recusar a realizar ações que lhes causem danos, elas não podem ser consideradas em seu desfavor. O silêncio, ou recusa, portanto, apresenta-se como prova

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 23-42.

⁸¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

⁸² DIAS, Francisco Barros. **Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/Acao-Direta-de-Inconstitucionalidade-ADI.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

negativa da imputação, sem nenhuma repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal.

Diante da ausência de regulamentação específica sobre o dever de colaboração do acusado, tem predominado o entendimento de que sua recusa a se submeter a algum tipo de prova não configura crime de desobediência (art. 330 CP).

O delito previsto no artigo 306º do Código de Trânsito Brasileiro deverá ser apurado na seara penal, cabendo ao acusador fazer prova indireta da embriaguez, ou intoxicação, não podendo o exercício do direito ao silêncio causar prejuízo ao acusado.

Quanto ao âmbito de incidência do direito ao silêncio, em que pese a Constituição Federal (art. 5º, inc. LXIII) faça referência apenas ao preso, a garantia é estendida a qualquer indivíduo suspeito de prática de infração penal. Esse direito fundamental abrange até mesmo as pessoas físicas representantes das pessoas jurídicas (que hoje podem ser sujeitos ativos de delitos ambientais, conforme artigos 255 da Constituição Federal c/c artigo 3º da Lei nº 9.605/98) podem invocar o direito ao silêncio.

Fazendo-se um comparativo entre o exame toxicológico e o teste de etilômetro, parte da doutrina e da jurisprudência tem sustentado a inconstitucionalidade do referido dispositivo, em razão de não ser razoável impor a determinado indivíduo que permaneça no local do crime para se auto incriminar. Nesse sentido, decidiu recentemente o pleno do TJ/MG⁸³:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. (...) Tratado como fuga à responsabilidade, o citado delito, de fato, contraria o sistema jurídico, que admite a qualquer agente criminoso a possibilidade de fugir à responsabilidade. Nestes termos, inaceitável é se impor a alguém que permaneça no local do crime para se auto acusar, submetendo-se às consequências penais e civis decorrentes do ato que provocou, como pretende o artigo em comento. Vislumbra-se que, além de afrontar, diretamente, a garantia individual da não autoincriminação, o dispositivo contraria as garantias da ampla defesa, do devido processo legal, bem como da liberdade, como ressalta a d. Procuradoria-Geral de Justiça à fl. 209. Ademais, consoante o último, fl. 214: "(...) a responsabilidade civil ou criminal do indivíduo que causa um acidente de trânsito não depende de sua não evasão do local. O fim da norma incriminadora em pauta é perfeitamente

⁸³ No mesmo sentido decidiu o TJ/SP (Arguição de Inconstitucionalidade nº 990151590204. Relator: Reis Kuntz. DJ 22/09/2010) Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/artigo-nemo-tenetur-se-detegere-1.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2018

alcançável através da aplicação da lei civil (que atribua ao agente responsabilidade pela reparação dos danos que tiver causado) e da lei penal (que descreva como crime a conduta praticada pelo agente envolvido no acidente de trânsito) sem que seja necessária a incriminação da fuga do local. O bem jurídico protegido é alcançável pela simples aplicação destas outras normas, que tornam o agente civil ou criminalmente responsável." Por todo o exposto, DECLARA-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.⁸⁴

Entende-se, dessa forma, que a doutrina e jurisprudência, em que pese o referido dispositivo continuar em vigor, têm se posicionado no sentido de que o mesmo é inconstitucional em vários pontos, principalmente no que tange à violação do direito à não autoincriminação.

As consequências da violação do *nemo tenetur se detegere* reportam-se ao tema da ilicitude da prova. A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI, veda expressamente a admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Todavia, a fim de mitigar tal vedação, há a possibilidade de admissibilidade de provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade⁸⁵.

Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, o dispositivo em questão permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27)⁸⁶.

Sendo assim, Mendes⁸⁷ declara que o princípio da nulidade somente será afastado "in concreto" se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de

⁸⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 4560210112007813.0000**. Relator: Sérgio Resende. Quinta Câmara Criminal. Belo Horizonte, 11/06/2008. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2018

⁸⁵ Para maior compreensão sobre o tema, ler FERNANDES. Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010. p. 76.

⁸⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1, 2. ed. Saraiva, 2012.

⁸⁷ _____ **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1, 2. ed. Saraiva, 2012.

nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

3. CONCLUSÃO

No que se refere o *nemo tenetur se detegere* esteja enquadrado como direito fundamental, percebe-se uma grande tendência nos ordenamentos a aliviar tais garantias, como, por exemplo, na obrigatoriedade do exame toxicológico, o qual viola direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, que tampouco respeita as garantias dos indivíduos (no caso concreto, o *nemo tenetur se detegere*).

Após o estudo, foi possível chegar à ideia de que o trabalhador não é obrigado a submeter-se ao teste de toxicologia, tendo em vista que não se pode considerar contrário ao direito de não declarar contra si mesmo, pois não está obrigado a emitir uma declaração, admitindo a sua culpabilidade. No mesmo sentido, a jurisprudência entende que a coleta de provas forçada, ilegítimas, desrespeitam a dignidade humana.

Outrossim, fere o princípio da isonomia, uma vez que somente alguns motoristas profissionais são obrigados a realizar o exame, sendo que isso demonstra ser um ato discriminatório.

A doutrina brasileira, atualmente, entende que, em vista do *nemo tenetur se detegere*, o trabalhador não pode ser obrigado a colaborar em nenhum tipo de obtenção probatória, salvo em raras hipóteses (em caso de crimes graves punidos com reclusão e quando houver elementos suficientes para o indiciamento). Além disso, sua recusa não configura crime de desobediência.

Assim, o *nemo tenetur se detegere* é um direito inviolável, pois se trata de direito fundamental (sem limites na CF). Os limites do *nemo tenetur se detegere* decorrem da coexistência das vedações absolutas no que tange a essa matéria, como as provas degradantes e vexatórias, violadoras da integridade física, moral e da dignidade humana.

Sendo assim, pode-se dizer que colaboração ou participação ativa (comunicação verbal, coleta forçada de material para exame), está protegida pelo direito a não se auto incriminar, enquanto a colaboração passiva (deixar fazer) não está abrangida pelo direito de não produzir provas contra si mesmo, (reconhecimento de pessoa, coleta de sangue, perícias ou inspeções superficiais, os testes de toxicologia, em relação às quais se exige que haja tolerância do indivíduo, e desde que não envolvam ataque à integridade física ou psíquica e respeitem a dignidade humana.

No ordenamento jurídico brasileiro, a integridade da pessoa é protegida contra toda e qualquer causa que a agrida ou cause a sua diminuição. Logo, o direito à integridade física consiste na proteção do corpo, como no direito de não ser constrangido à realização de inspeção corporal ou qualquer outro procedimento que implique em entregar parte do corpo para efeito de se produzir prova contra si próprio.

Em suma, seria inconstitucional a possibilidade de alterar a legislação brasileira para fins de tornar obrigatório o exame toxicológico, pois violaria cláusulas pétreas, princípio da isonomia e ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio, além do que intervenções corporais são medidas de investigação praticadas sobre o corpo das pessoas, utilizadas pelas autoridades com o intuito de obter provas. Essas intervenções, como meios de provas, estão relacionadas ao direito da pessoa de não ser obrigada a permiti-las, pois violaria o princípio da vedação de autoincriminação e da dignidade da pessoa humana e, por isso, é objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES JÚNIOR, Dirceu Rodrigues. Disponível em: <<http://www.text.pro.br-incompatibilidade-infracao-art305>>. Acesso em 12 jun. 2018.

ALVES JÚNIOR, Dirceu Rodrigues. Disponível em: <<http://www.text.pro.br-incompatibilidade-infracao-art305>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

AMBOS, Kai; POLASTRI LIMA, Marcellus. **O Processo Acusatório e a Vedação probatória**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 182.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. Saraiva, 2012.

____BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. Saraiva 2012, p.44.

____BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. Saraiva, 2010, p. 169.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 120.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 mai de 2018.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**: instituído pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, Brasília: DENATRAN, 2008 708, p. il.

BULLOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Saraiva, 2011, p. 77.

CAMARÃO, Ricardo Fróes. **Conselho Federal de Medicina**. São Paulo, 2016.

CANTERJI, Rafael Brauji; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A incompatibilidade inconstitucional da infração prevista no artigo 305**, do Código de Trânsito Brasileiro, 2010. Disponível em: <<http://www.text.pro.br-incompatibilidade-infracao-art305>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Cláudio Roberto Carneiro de. **O que você precisa saber sobre o assédio moral nas relações de emprego**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 95.

CONRADI, Faustino Guitiérrez-Alviz; LÓPEZ, Enrique López. **Derechos Procesales Fundamentales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004. p.597.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução: Alexandre Corrêa. Buenos Aires: Editora Bibliográfica Argentina, 1961, p. 45.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, p. 12, 1995.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é Cidadania**. São Paulo: Braziliense, 1993.

_____. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de jun. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2010, p. 170-175.

DELGADO, José Augusto. Sujeitos do Processo ., São Paulo, ano 8, nº 30, 1983

DIAS, Francisco Barros. **Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/Acao-Direta-de-Inconstitucionalidade-ADI.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37 ed. Saraiva, 2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. Malheiros: São Paulo, 1998.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 25.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo . **Curso de Derecho Administrativo I**. Editorial Civitas, Madrid: España. Disponível em: <<https://www.marcialpons.es/libros/curso-de-derecho-administrativo-i/9788491528746>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11266056/artigo-10-da-lei-n-9868-de-10-de-novembro-de-1999>

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 275

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed. Saraiva, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010. p. 76.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade**. In: RT nº.719:57/63.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil**. São Paulo:1972.

GONÇALVES CINTRA, Fausto. **A equidade como o instrumento de integração de lacunas no Direito Civil Brasileiro**, 2003, p. 172 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4143/digressoes-acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade/2>>. Acesso em 17 jun. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1. pp. 586-588.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**, v. 1, 2. ed. Saraiva, 2012.

_____, **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo Atlas, 2017, p 109.

MARTINEZ, Fernando Rey. **El Principio de Igualdad y el Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo**. In: LA LEY, Ano XXI, nº.4984, febrero/2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 23-42.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2010.

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro/2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, t. IV, 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1954, pp. 29-30.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 4560210112007813.0000**. Relator: Sérgio Resende. Quinta Câmara Criminal. Belo Horizonte, 11/06/2008. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 50-65.

MONTAL, José Heverardo da Costa. Disponível em: <<http://www.sao-paulo.sp.gov.br/sala-de-imprensa/release/justica-autoriza-sao-paulo-a-nao-exigir-exame-toxicologico-para-motoristas-profissionais/>> Acesso em: 18 jun. 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 50-65.

No mesmo sentido decidiu o TJ/SP (Arguição de Inconstitucionalidade nº 990151590204. Relator: Reis Kuntz. DJ 22/09/2010) Disponível em: <<http://paginas-deprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/artigo-nemo-tenetur-se-detegere-1.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2018

OLIVEIRA, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

PORTANOVA, Rui. **Princípio Igualizador**. AJURIS 62:278/289. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14294-14295-1-PB.htm>>.

Acesso em 07 jun. 2018.

PIRES, Diego Bruno de Souza. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade**. 2002 , p. 120.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 200, pp. 241-242.

STF, ADIn nº 652, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 2 de abril de 1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTextoMultimidia.asp?servico=atendimentoStfServicos&idConteudo=178384&modo=cms> Acesso em: 20 jun. 2018.

RODRIGUES, Dirceu. Departamento de Medicina Ocupacional da ABRAMET. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/sala-de-imprensa/release/justica-autoriza-sao-paulo-a-nao-exigir-exame-toxicologico-para-motoristas-profissionais/>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

RESOLUÇÃO 583/2016. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317860>>. Acesso em 19 de maio. 2018.

SCHEIBLER, Eduardo José; TOCANTINS, Rodrigo Henriques. **Responsabilidade civil pelo assédio moral trabalhista**. Porto Alegre: Apoio Cursos, 2015, p. 37.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 54.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23 ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 13.

SOUZA, Felipe Vieira de. **Iniciação ao Conteúdo Jurídico do Princípio da igualdade-isonomiaparidade**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TONINI, Paolo. **La prova penale**. 3. ed. Milão: Cedan, 1999.