

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.¹

Marcos Alcará²

Resumo: O presente trabalho funda-se na identificação da constitucionalidade ou não do art. 5º da Lei nº 11.705/2008, que alterou alguns artigos do Código de Trânsito Brasileiro que dispõe acerca da embriaguez ao volante, sendo tratado acerca dos direitos fundamentais que devem ser respeitados, sobre o processo administrativo previsto na legislação de trânsito, sobre o princípio da proporcionalidade e sobre as alterações ocorridas nos art. 165 e 306 do CTB.

Palavras-chave: Trânsito. Embriaguez. Constituição Federal de 1988.

Abstract: *This paper is based on identifying the constitutionality of Art. 5 of Law No.11.705/2008, amending some articles of the Brazilian Traffic Code – CTB – that deal with drunk driving, which addresses issues involving fundamental rights must be respected administrative process under the law of the road, the principle of proportionality and the changes in art. 165 and 306 of the CTB.*

Keywords: *Transit. Drunkenness. Brazilian Federal Constitution of 1988.*

1. INTRODUÇÃO

O trânsito brasileiro tem sido destaque mundial desde algum tempo, seja em decorrência do aumento da frota de veículos ou pelo grande número de acidentes automobilísticos. Na busca de melhorias para o trânsito brasileiro, em 1997, entrou em vigor a Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), para vigor nas vias terrestres de todo o país.

¹ O presente artigo é resultado da pesquisa desenvolvido na UEMS/Dourados/MS, no ano de 2010/2011.

² Professor do curso de direito da UEMS em Dourados/MS, especialista em metodologia do ensino superior pela UNIGRAN/MS, mestrando em direito processual civil pela UNIPAR/PR.

³ BRASIL. Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997. **Institui o Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. acesso em 20/01/2012.

A proposta inicial do CTB era que tal legislação moderna, ao ser implementada, considerando o rigor das penalidades previstas, diminuiria o índice de desrespeito às leis de trânsito, havendo, por conseguinte, uma melhoria qualitativa junto ao trânsito.

Ocorre que outros fatores são preponderantes para que se atinja o fim colimado pela legislação, tanto, que não obstante a implantação do sistema de pontuação nas carteiras de motoristas junto aos Departamentos de Trânsito de cada Estado da Federação, das multas pecuniárias de valores consideráveis, entre outros artifícios legais, o trânsito continua a apresentar-se preocupante, não atendendo aos fins idealizados pelo legislador.

Na tentativa de se corrigir parte das deficiências no trânsito, foi editada a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008⁴, oriunda da Medida Provisória nº 415/2008, trazendo alterações à Lei nº 9.503/97 (CTB).

Tal mudança legislativa, no início, bastante aplaudida pela opinião pública, apresenta, quando submetida à análise jurídica, algumas incoerências, além de conter, em seu texto, ilegalidades e inconstitucionalidades, tornando-se questionável quando confrontadas com a Constituição Federal de 1988.

Entre todas as modificações introduzidas pela Lei nº 11.705/08, as mais polêmicas e causadoras de perplexidade, encontram-se no art. 5º, que dá nova redação a diversos artigos do CTB, em especial, aos art. 165 (infração administrativa de dirigir alcoolizado) e 306 (crime de trânsito decorrente da prática de dirigir sob a influência de álcool).

Essas alterações no CTB impõem novos estudos que identifiquem os reflexos produzidos na sociedade, do idealizado e pretendido pelo Legislador em relação aos usuários do trânsito, em particular sobre a constitucionalidade ou não do art. 5º da lei que alterou substancialmente os art. 165 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro; especialmente se estas mudanças se coadunam com as disposições da Constituição Federal de 1988, considerando-se que esta prevê o dever das demais legislações infra-constitucionais de observarem o disposto na Norma de Comando do país.

⁴ BRASIL. Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008, altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. acesso em 20/11/2012.

Assevera-se que tal estudo conduz para o aprimoramento do tema, não tendo nem de perto esgotado o assunto, mas apenas contribuído com o mesmo, servindo de base para novos estudos.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEI N° 11.705/08

A utilização do trânsito apresenta-se como um problema social, uma constante que precisa ser discutida em busca de soluções e avanços eficazes, já que repercute em todas as áreas. Ademais, a locomoção apresenta-se como uma necessidade, no entanto, tal deslocar deve ser seguro, e em condições dignas à vida humana; em verdade, é uma garantia e um direito de todos, a ser respeitada pelo Estado.

A segurança no trânsito é matéria de ordem pública, que se afigura como bem jurídico legal que deve ser perseguido, não se resumindo na punição mais ou menos rigorosa, muito menos com legislações que alterem o código de conduta do transitar, sem respeitar os direitos e garantias fundamentais.

Salienta-se que toda a legislação infra-constitucional precisa obrigatoriamente respeitar os direitos e garantias previstas na Constituição Federal vigente, bem como aos direitos humanos regulados e reconhecidos por meio de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, sob pena de ser considerado inconstitucional.

Neste linear, calha a lição de Jorge Miranda:

Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação.⁵

Dentre os direitos fundamentais a serem observados, cita-se o contraditório, o da ampla defesa e da proibição de se produzir provas contra

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Renovar, 1983. t. 2, p. 223.

si mesmo, os quais apresentam-se como princípios constitucionais, sendo elementares em qualquer processo, como previsto pelo legislador Constituinte.⁶

Ressalta-se que o direito constitucional do contraditório, da ampla defesa e da proibição de produzir provas contra si mesmo, devem ser observados para que se constitua e se legitime o devido processo legal.

A Carta Política expressa-se como um tronco da ordem jurídica estatal, originada pela vontade do povo, que passa então a prevalecer sobre todas as demais leis, tanto as antigas quanto as atuais, motivo pelo qual não deve ser obstruída de forma alguma.⁷

Esta Lei Maior passa a ser o ponto divisor e orientador entre os deveres atuais, tanto por parte do Estado-Poder, quanto por parte dos cidadãos os quais se submetem ao seu domínio, existindo então, o Estado de Direito, que deve também respeitar os que compõem o referido Ente Político.

Sendo direcionadas aos cidadãos, é inconcebível que qualquer legislação infraconstitucional contrarie ou desrespeite a Constituição Federal de 1988, sob pena de ser considerada inconstitucional.

O devido processo legal apresenta-se como uma série de procedimentos administrativos ou judiciais que devem ser seguidos, em todos os casos submetidos ao Poder Público; em que se pede algo do Estado-Poder, ou em que este apura determinado desvio de conduta humana regulada em lei; o que deve ocorrer de forma padrão, respeitando minimamente o interessado, seja ele requerente ou requerido.

Ao lado do princípio do devido processo legal, outros princípios previstos na Lei Maior, são aplicáveis conjuntamente aos processos administrativos e judiciais, entre eles o do contraditório, previsto no art. 5º, LV da CF/88, o qual deve obrigatoriamente ser utilizado em todos os trâmites das repartições públicas brasileiras, na forma prevista pelo Poder Constituinte originário.⁸

Assim, para que se tenha o devido processo legal, é necessário o alinhamento de atitudes por parte do Estado-Poder, no momento que se apura

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2000. p. 81.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p. 81.

a culpa ou não do cidadão que eventualmente desrespeite as normas gerais; ou ainda, em relação ao cidadão-vítima que pleiteie em face do Estado-Poder algum direito; tornando-se necessário o contraditório, a ampla defesa, o respeito a proibição de se produzir provas contra si mesmo, entre outras condutas que conduzem para o devido processo legal.

Nagib Slaibi Filho, ensina que:

A nova Constituição é que instituiu expressamente o regime do devido processo legal, o qual já era mencionado, segundo o precedente estadunidense, como um conjunto de princípios garantidores do processo, mas que não ganhara, ainda, os foros de direito legislado.⁹

Com o advento da CF/88, tem-se a previsão expressa de diversos direitos e garantias fundamentais, entre elas, a do devido processo legal, que se dá com a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da proibição de se produzir provas contra si mesmo, entre outros.

Desde então, ninguém pode ser julgado sem ser intimado, sem oportunidade para defesa, sem que possa antes produzir provas em seu favor, materializando-se o contraditório; sendo este, o objetivo do legislador constitucional, para que haja observância ao devido processo legal em todo procedimento administrativo ou judicial.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos LIV, LV e LXIII, dispõe literalmente acerca dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proibição de se produzir provas contra si mesmo.

Assim, deve haver a cientificação do interessado, para que exerça esse direito de defesa, em todas as etapas do processo, sem que seja presumidamente culpado, ou que seja registrado previamente em que seu cadastro junto às repartições de trânsito, as punições referentes à infração de trânsito eventualmente cometida.

Da mesma forma, deve ser assegurado o direito de não produzir prova contra si mesmo, o que não tem sido respeitado pela Lei Seca (Lei nº 11.725/08),

⁹ FILHO, Nagib Slaibi. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 398.

já que o condutor deve realizar o teste de alcoolemia, ou, presume-se que ele é culpado, o que apresenta-se como um absurdo legislativo.

Tal direcionamento constitucional se desdobra no tão falado direito de que “ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo”, corroborado no Pacto de São José da Costa Rica¹⁰, ratificado no Brasil¹¹, e que em seu artigo 8º, 2, g), diz:

Art. 8º: Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

No momento em que a Lei 11.705/08, popularmente conhecida como “Lei Seca”, positiva como obrigatória a passagem pelo teste de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que constate o nível alcoólico do condutor, é notadamente verificada uma agressão à CF/88, e um texto contrário a todo o organograma constitucional, pautado nos princípios da ampla defesa, da presunção de inocência e no direito de permanecer calado frente ao questionamento onde sua resposta pode vir a incriminá-lo.

Fica, portanto, latente a agressão ao texto constitucional, a exemplo do contido no §3º do artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, acrescentado pela Lei 11.705/88. Deve-se evitar que tais absurdos legislativos tenham seus efeitos inconstitucionais efetivamente produzidos.

Pode-se então afirmar que os direitos fundamentais ao contraditório e a ampla defesa e à proibição de se produzir provas contra si mesmo, devem ser observados para que se assegure o devido processo legal de forma irrestrita, em todos os procedimentos administrativos e judiciais, não podendo ser limitado, restringido ou mitigado, diante de normas processuais que assim procedam.

10 *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.*

11 *Brasil. Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm > acesso em 21 de janeiro de 2012.*

3 AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DO ART. 5º DA LEI Nº 11.725/08, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVISTO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A legislação em comento alterou diversos artigos do Código de Trânsito Brasileiro, entre eles, os arts. 10, 165, 276, 277, 291, 296 e 306. Sendo que para o tópico da pesquisa em comento, foram identificadas as alterações introduzidas no CTB precisamente no tocante ao processo administrativo previsto no CTB (que alteraram o processo administrativo ou produziram reflexos neste).

Referido tema, consta no inciso II, do art. 5º, da Lei nº 11.725/08, o qual prevê:

“II - o caput do art. 165 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

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

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.¹²

Diferentemente do previsto antes, onde os motoristas poderiam consumir até 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, sem que houvesse qualquer transgressão à norma, seja administrativa, seja judicial; pela nova redação do art. 165 do CTB, todos os condutores que forem flagrados conduzindo veículos sob a influência de álcool, terão o direito de dirigir suspenso por doze meses.

Pela redação anterior, o condutor infrator também teria a carteira de motorista (CNH) suspensa, mas havia uma dosimetria a ser observada quando da aplicação da pena no processo administrativo de suspensão do direito de dirigir instaurado pelas repartições de trânsito de cada Estado, e, não uma pena fixa de doze meses, como hoje é prevista no art. 165 do CTB.

¹² Texto dado pelo art. 5º, inciso II da Lei nº 11.705/08.

Observa-se assim, que em relação ao processo administrativo de trânsito, decorrente da eventual transgressão ao art. 165 do CTB, a Lei nº 11.725/08, alterou o *quantum* de pena a ser aplicada, pois na versão legislativa anterior, havia uma aplicação de pena, com base nas elementares do caso, tais como, quanto de álcool foi consumido, se houve acidente de trânsito, se houve vítima, se houve homicídio culposo ou doloso, se houve dano ao patrimônio privado e ou público, enfim, haviam circunstâncias a serem analisadas, quando da aplicação da pena.

Para a materialização da eventual infração de trânsito no processo administrativo antes era necessária a produção da prova pelo agente de trânsito, por meio do bafômetro por exemplo, o que não é mais necessário, face a nova redação do art. 277 do CTB, que, por meio de seu parágrafo segundo prevê que a infração prevista no art. 165 (do CTB) poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

Ou seja, pela nova redação, o agente de trânsito tem uma liberdade maior, tem autonomia para identificar o eventual estado de embriaguez por parte do condutor, sendo que deverá documentar o fato no auto de infração de trânsito, utilizando para tanto, de um novo documento, o termo de constatação de embriaguez.

Pela nova redação do parágrafo terceiro do art. 277, do CTB, foi estabelecida uma presunção de culpa ao condutor que eventualmente se recusar a fazer o teste de alcoolemia (bafômetro), pois a ele serão aplicadas as penalidades previstas no art. 165 do CTB, ou seja, terá a carteira de motorista recolhida de imediato, o veículo retido até a apresentação de outro condutor em boas condições, e a posterior suspensão do direito de dirigir suspenso pelo prazo fixo de doze meses (aplicada em regular processo administrativo).

Observa-se assim, que com as inovações da nova Lei nº 11.705/2008, os motoristas para não incorrerem nas sanções previstas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, sob o fundamento de ser inconstitucional a obrigatoriedade de se produzir provas contra si mesmo, se recusam a fazer exames de bafômetros e de coleta de sangue, impossibilitando que se verifique a quantidade de álcool eventualmente consumido.

Com a negativa em fazer o teste de alcoolemia (bafômetro), por certo o condutor deixa de eventualmente concretizar a prática de um crime de trânsito (dirigir embriagado), já que esta não foi comprovada (materializada com o teste de alcoolemia), mas fica mantida a infração administrativa prevista no art. 165 do CTB, vez que esta independe de prova material (teste de bafômetro por exemplo), bastando apenas a confirmação do estado de embriaguez do condutor por parte do agente de trânsito (a qual será documentada no termo de constatação de embriaguez).

José Geraldo da Silva, acerca do tema assim leciona:

O processo administrativo deve nortear-se pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, cristalizados no art. 5º, LV, da CF. Entendemos como ampla defesa não somente a notificação do processo feita ao infrator, para a apresentação de defesa escrita, mas a produção de todas as provas de seu direito, bem como o acompanhamento dos atos instrutórios, findando com a utilização de todos os recursos cabíveis em relação ao caso.¹³

Conclui-se pela obrigatoriedade de toda a legislação infra-constitucional de observar o devido processo legal nos processos administrativos previstos no CTB, o que abrange também a legislação em comento, já que pertencente ao sistema legislativo brasileiro, sob pena de ser declarada inconstitucional.

4 AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DO ART. 5º DA LEI Nº 11.725/08, FACE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Lei nº 11.725/08, ao alterar alguns dos artigos do CTB, tornou a pena a ser aplicada ao motorista alcoolizado, fixa (em doze meses), independentemente da conduta do eventual infrator, produzindo, quando da análise constitucional do tema, um desrespeito ao previsto na Constituição Federal de 1988, que determina respeito ao princípio da proporcionalidade.

¹³ SILVA, José Geraldo da; SOPHI, Roberta Ceriolo. *Dos recursos em matéria de trânsito*. Campinas: Millennium, 2001. p. 66.

Assim, apresenta-se equivocada a tentativa do legislador brasileiro de combinar o art. 276 com o art. 165 do CTB (alterados pela Lei nº 11.725/08), pois o art. 165 fala em punição para quem dirige sob influência de álcool, e o art. 276 prevê que haverá punição para quem apresenta qualquer concentração de álcool no sangue.

Segundo o texto alterado do art. 276 do CTB, quem tiver qualquer dosagem de álcool no sangue poderá ser punido com as penas do art. 165 do referido diploma legislativo. Conclui-se então, que o novo art. 276 do CTB, não esta coerente com o art. 165, que prevê a punição, pois este afirma que ela deve ser dirigida apenas contra quem dirige sob a influência de álcool.

Diante da situação duvidosa entre as disposições inovadoras, deve prevalecer a interpretação mais benéfica ao cidadão, qual seja, a que pune apenas quem dirige sob a influência de álcool; já que apresenta-se como situação preocupante ao trânsito e à coletividade o uso de alterações legislativas duvidosas.

Neste sentido:

Conquanto o princípio da proporcionalidade esteja em plena expansão de sentido, pelos aportes científicos constantes que lhe são atribuídos, como princípio dirigido ao legislador encontra sua primordial função no âmbito dos direitos fundamentais, dado o regime diferenciado previsto para este tipo de direitos. Isto evidentemente não significa não possa ser utilizado em face de outros direitos, mas sim, ser questionável a amplitude de sua aplicação.¹⁴

No caso, observa-se a violação do princípio da Razoabilidade, já que se algum motorista for flagrado com o mínimo de álcool em seu organismo (mediante a realização de um teste de alcoolemia), ao ser enquadrado na nova norma, poderá ficar com a carteira de motorista suspensa pelo prazo fixo de um ano. O que não é devido, já que desproporcional.

Neste sentido:

¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2000. p. 92.

Vale retomar, neste momento, a questão da possível alegação de inconstitucionalidade da suspensão *fixa de 12 meses* para a infração do artigo 165, CTB, por violação da individualização e proporcionalidade. O problema é complexo e certamente, como já exposto em linhas volvidas, gerará polêmicas. Entretanto, um argumento em defesa do dispositivo questionado pode ser a interpretação sistemática do CTB, considerando que o legislador equiparou para todos os fins a direção sob o efeito de qualquer concentração etílica no sangue, não permitindo distinções ou gradações. Sem dúvida, sob o ângulo ordinário o argumento procede, resta saber se o legislador infra – constitucional podia proceder a essa indistinção sem ferir Princípios Constitucionais. Também deve-se indagar se a equiparação de qualquer concentração para a configuração da infração poderia conduzir a uma *pena fixa* para a dita infração, desconsiderando a individualização dos casos concretos. Afinal, o fato de que se admita uma “forma livre” de cometimento da infração, pode induzir à adoção de uma *pena fixa*? E neste passo a resposta parece ser negativa, eis que, fazendo um paralelo com o campo penal, certamente não seria viável entender que nos casos dos chamados “crimes de forma livre” (4) seria possível a previsão de uma pena fixa tão somente pelo fato de que são aceitas inúmeras maneiras de praticar a conduta incriminada.¹⁵

O que ressalta-se, pois ao comparar-se duas abordagens de condutores, que conduzam veículos diferentes, mesmo que ambos estejam embriagados, certamente ao ser feito o teste de alcoolemia nos dois, cada qual apresentará determinado nível de álcool, distinto um do outro, havendo circunstâncias que acompanharão cada caso, de forma individual.

Os princípios da isonomia e da individualização da pena também são desrespeitados. O primeiro princípio, previsto no art. 5º, caput da CF/88, é violado quando pune com o mesmo rigor sujeitos que incorreram na sua regra, mas em intensidade e gravidade diferentes.

Quanto a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88), observa-se que a gravidade da infração, a penalidade e a medida administrativa são os mesmos, tanto para quem conduz veículos com 2 decigramas de álcool por litro de sangue (e que não

¹⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Primeiras impressões sobre as inovações do Código de Trânsito Brasileiro. Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11452>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

está sob influência de álcool), como para o condutor flagrado com 12 decigramas de álcool por litro de sangue (e que por certo está sob influência de álcool).

Neste sentido:

A falta de razoabilidade e proporcionalidade agride ao devido processo legal em seu sentido material: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, 5º, LIV). Entende o STF que a falta de proporcionalidade agride ao princípio do devido processo legal em seu sentido material. E o art. 2º da lei 9784/99 determina que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (grifado)¹⁶

Veja-se, que o art. 276 do CTB, está sendo aplicado de forma incoerente com o previsto no art. 165 do CTB, que pretende punir qualquer quantidade de álcool que influencia o condutor, mas o mais rigoroso art. 276 fala em qualquer concentração de álcool.

Observa-se que o legislador infraconstitucional realizou as alterações no texto legal demonstrando claro e completo descompromisso com a norma maior, qual seja, a Constituição Federal de 1988, tanto que diversos artigos do CTB alterados pela Lei nº 11.705/08 apresentam-se inconstitucionais.

Mais do que a regulação de uma sociedade, o direito deve refletir a cultura existente nessa sociedade, conservando seus costumes e seguindo a evolução que possa ocorrer, não o contrário, passando a elencar novas condutas como regras e deixando toda uma história e uma cultura de lado, como se não existissem.

5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI Nº 11.725/08, FACE AS ALTERAÇÕES DOS ART. 165 E 306 DO CTB:

Levantou-se uma questão muito polêmica que surgiu e vem ganhando cada vez mais notoriedade em relação à Lei nº 11.725/08, que alterou alguns

¹⁶ RECH, Juarez. *Aspectos principiológico-constitucionais e a lei seca*. Juriswey. Disponível em < http://www.juriswey.org.br/v2/dball.asp?id_db=1482> acesso em 28/01/2012.

dispositivos do CTB, quando se fala da sua constitucionalidade, já que fere diversos direitos e garantias constitucionais previstos na CF/88.

Sendo que no presente caso, tendo em vista a necessidade de se delimitar o tema objeto de estudo, confrontar-se-á a constitucionalidade ou não das alterações decorrentes do art. 5º da Lei nº 11.725/08, aos artigos 165 e 306 do CTB, que tratam da infração administrativa de conduzir veículo embriagado e do crime de trânsito decorrente de conduzir veículo embriagado acima de determinada quantia de álcool no organismo.

Tais alterações introduzidas pela Lei nº 11.705/08, ferem o princípio constitucional o qual diz que ninguém será obrigado a produzir prova contra si próprio, o que desrespeitaria o art. 5º, inciso LXIII, da CF/88, o art. 8º, nº 2, Pacto de São José da Costa Rica, que autorizam ao acusado, indiciado ou réu a não produzir prova contra si próprio, entre outros dispositivos legais.

A conjuntura jurídica e política atual está sendo marcada por um sentimento constitucional, de respeito a Constituição Federal de 1988, como bem observou Luis Roberto Barroso:

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.¹⁷

Neste sentido, a presente pesquisa mostrou-se importante, pois foram estudadas as alterações do Código de Trânsito Brasileiro, advindas do art. 5º da Lei nº 11.705/08, sob a análise do atendimento ou não aos ditames constitucionais,

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In *Temas de Direito Constitucional*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03.

quando da persecução do bem maior, representado pela obediência dos direitos e garantias fundamentais, por determinação do próprio Poder Originário.

Conclui-se então, que toda a Lei deve materializar os direitos e garantias fundamentais, com precípua observância ao devido processo legal, sem que o condutor eventualmente infrator seja obrigado a produzir prova contra si mesmo, sob pena de ferir-se a segurança jurídica.

Tal segurança encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Abrigam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.¹⁸

Observa-se então, que as alterações aos artigos 165 e 306 do CTB, decorrentes do art. 5º, da Lei nº 11.705/2008, são inconstitucionais quando confrontadas com as disposições da CF/88, que prevê a obrigatoriedade de observância dos direitos e garantias fundamentais, as quais não foram respeitadas pela citada lei que alterou o CTB.

Exemplo da inconstitucionalidade evidenciada pela sistemática atual, apresenta-se o caso da autoridade de trânsito que obriga o condutor submetido a inspeção por meio do teste de alcoolemia, sob pena de não o fazendo, presumir que está alcoolizado, apresentando-se em princípio controvertida e desrespeitosa tal disposição infra-constitucional.

Assim, toda e qualquer alteração legislativa que contrarie a Constituição Federal deve ser revista e expurgada do ordenamento jurídico, neste sentido:

Como importante consequência advinda da supremacia do texto constitucional em todo ordenamento jurídico, o legislador ordinário encontra-se a ele vinculado, no sentido de produzir atos normativos que sejam coerentes com suas diretrizes. É possível, assim, falar tanto na vinculação do legislador no sentido proibitivo, como também em sua dimensão positiva. Na primeira hipótese, tal vinculação veda às entidades legiferantes a possibilidade

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 49.

de criarem atos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, ou seja, não se pode criar leis lesivas a direitos, liberdade e garantias consagrados constitucionalmente.¹⁹

As normas e as regras de trânsito devem ser respeitadas em benefício da coletividade, de modo que todos têm direito ao trânsito seguro e direito a vida, procedendo o Legislador as devidas alterações na lei, no entanto com respeito ao previsto na CF/88.

O art. 5º, incisos II e VIII, da Lei Federal nº 11.705/08, que alteraram o art. 165 e o art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, tornou tais disposições inconstitucionais, pois as alterações legislativas foram drásticas e sem qualquer precedente que as justificasse.

Neste sentido, Canotilho afirma que “A proteção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da proteção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do mínimo essencial (núcleo essencial) das instituições.”²⁰

Como se verifica no texto colacionado existe contradição entre a norma primária (fato típico) e a norma secundária (penalidade), apresentando-se os novos art. 165 e 306 do CTB inconstitucionais por violação ao princípio da Legalidade (art. 5º, II, da CF/88).

Ressalta-se que tramita no Congresso Nacional, Projeto de Lei tendendo a mudar o art. 306 do CTB, justamente pelas irregularidades técnicas existentes na redação atual. Referido projeto, tramitou no Senado Federal sob o nº 48/11, tendo sido votado e aprovado em 09 de novembro de 2011, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, e atualmente encontra-se na Câmara dos Deputados (sob o nº PL nº 2.788/11), aguardando as discussões de praxe para posterior votação.

A tramitação do referido projeto confirma que de fato a redação atual dos art. 165 e 306 do CTB, não atendem os anseios da sociedade, neste sentido:

¹⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p. 520.

A modificação foi desastrosa e de efeito retroativo. Na Mão diametralmente inversa da que se disse pretender, com aquela que se convencionou denominar “Lei Seca”, as conseqüências da opção política irrefletida e irresponsável ainda não sentidas pela população, há algum tempo alarmada com estatísticas negativas, que só crescem. Em 2010, foram cerca de quarenta mil mortes em acidentes de trânsito, no Brasil.²¹

Como dito, a Lei nº 11.705/08 é flagrantemente atentatória ao texto constitucional, alterando a redação de diversos artigos do Código do Trânsito Brasileiro, levando-os a se tornarem contrários ao da nossa Carta Maior em diversos momentos, atentando diversas cláusulas pétreas do ordenamento jurídico, previstas no artigo 5º da Carta Magna, que assumem verdadeiras proporções dogmáticas e toda e qualquer interpretação a respeito de tais normas devem ser feitas sem diminuir ou retirar sua eficácia, como ensina Jorge Miranda (1983. p.229):

Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem que ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. (grifo nosso)²²

Conclui-se que de fato a Lei nº 11.705/08 apresenta-se como desastrosa, sob o ponto de vista constitucional, ao passo que desrespeitou a CF/88, tornando inaplicáveis os art. 165 e 306 do CTB, já que viciados pela inconstitucionalidade, como debatido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto é atual e polêmico na medida em que conduz a ideia de que é necessária a reordenação do trânsito, com a educação dos condutores

²¹ MARCÃO, Renato. Projeto de Lei do Senado nº 48/11. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XVI, nº 360, 15 de jan. 2012. Brasília: Consulex, 2012. p. 18.

²² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 1983.

de veículos, bem como com a readequação legislativa necessária ao presente em que se vive, sendo que o assunto: “embriaguez ao volante” é um dos grandes pontos a serem corrigidos pelo Poder Público, observando que o direito a estabilidade das relações sociais deve ser primado, com observância ao previsto na CF/88.

Não há que se defender a condução de veículos por condutores embriagados, que causem acidentes de trânsito, mas de Leis que respeitem os direitos adquiridos, a CF/88, em especial, os princípios e direitos fundamentais que lastreiam a Lei Maior do país.

A população muitas vezes não busca seus direitos, mesmo sabendo que existem normas que a protegem e a garante contra o proceder temerário e voraz do poder público, quanto mais então, quando não disponha de normas específicas e claras sobre tal tema, ou quando disponha de legislações temerárias.

O Poder Legislativo, possuindo função constitucional de legislar em benefício da população, tem se mostrado inerte e inoperante na medida em que apresenta-se como capacho do Poder Executivo, já que sabe do erro legislativo que cometeu ao editar a Lei nº 11.705/08, mas nada faz.

7. REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In* **Temas de Direito Constitucional**, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. **Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. acesso em 20/01/2012.

_____. **Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008, altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997**, que ‘institui o Código de Trânsito Brasileiro’, [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. acesso em 20/11/2012.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> acesso em 21 de janeiro de 2012.

_____. **Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm> acesso em 20/01/2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras impressões sobre as inovações do Código de Trânsito Brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11452>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCÃO, Renato. Projeto de Lei do Senado nº 48/11. **Revista Jurídica Consulex** – Ano XVI – nº 360 – 15 de janeiro de 2012. Brasília: Consulex, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra, Renovar, 1983. t. 2.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RECH, Juarez. **Aspectos principiológico-constitucionais e a lei seca**. Juriswey. Disponível em < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1482> acesso em 28/01/2012.

SILVA, José Geraldo da; SOPHI, Roberta Ceriolo. **Dos recursos em matéria de trânsito**. Campinas: Millennium, 2001.