

LEI 11.705/08
A VIOLAÇÃO DE DIREITOS EM FORMATO JURÍDICO.
QUANDO O CIDADÃO VAI ENTENDER?

Cid Sabelli¹

INTRODUÇÃO

Após vários artigos publicados, onde, de maneira impessoal e dentro da possível neutralidade, comentamos questões controvertidas no campo do direito, em especial do direito penal comum e militar, pela primeira vez, sinto-me na obrigação de iniciar esta análise, em relação à Lei nº 11.705/08, que deveria ter um fundo unicamente jurídico, pedindo *vênia* pelas ponderações que se seguirão e, principalmente, por não conseguir ficar alienado aos acontecimentos, do atual cenário político, na ingerência dos Poderes do Estado na vida de seus cidadãos.

Assim, no presente artigo, apresentaremos os aspectos jurídicos da nova Lei nº 11.705/08 (apelada de “lei seca”), traçando um paralelo com algumas garantias constitucionais e a evolução do cenário político brasileiro.

Esse objetivo assume extrema complexidade, diante da péssima redação empregada para conformação da norma legal e do resumido espaço, nesse artigo, para comentá-lo.

Embora sob o “desabafo popular” de ser a “lei seca” publicada em boa hora, o desprezo do legislador ao sistema jurídico possibilitou inúmeras situações onde os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, presunção de inocência, dentre outros, serão brutalmente violados e, infelizmente, seus reflexos somente serão sentidos pela própria população, mas, agora, de forma individualizada e longe dos holofotes da imprensa, exceto quando ocorrerem as catástrofes, fonte primeira para promoções políticas.

Essa nova realidade, aliada aos costumeiros abusos por parte de agentes públicos (principalmente os poucos da “parte podre” ligados às atividades policiais), permitirá, sorrateiramente, o crescimento da corrupção, do abuso de poder, sem falar em prejuízos diversos (financeiro, moral, material etc.) e, mais uma vez, servirá para enfraquecer o “escudo” conquistado a preço, literalmente, de sangue e vida daqueles que lutaram para que o Brasil tivesse uma Constituição Democrática, garantidora de valores como vida, liberdade, propriedade, etc., mas para que eles existissem também na prática.

¹ O autor é formado em Direito pela Universidade de Guarulhos – UnG. Pós-Graduado em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP. Com Extensão Universitário em Tribunal do Júri e Justiça Militar, pela Universidade Salesiano – UniSal. Aprovado no exame de Ordem pela OAB/SP e Concursado para o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, onde exerceu os cargos de Escrevente-Chefe; Assistente de Gabinete da Presidência e Diretor de Divisão. Agraciado com o Colar do Mérito Cívico e Cultural reconhecido pelo Ministério da Educação e Cultura. Autor do livro “Processo Penal Militar – Da teoria à prática” e vários outros artigos jurídicos publicados e sites e revistas eletrônicas.

Infelizmente, impossível adentrar ao tema proposto sem antes esclarecer a vergonhosa utilização da “máquina” legislativa com fins eleitoreiros, seguido do oportunista alarde midiático que manipula a boa-fé de grande parte da população e a convence prestar apoio a “iniciativas salvadoras” como esta.

É preciso que cada cidadão pare de esperar que o outro resolva seus problemas e tenha consciência de que não basta apenas encontrar justificativa, aparentemente jurídica, para submeter alguém (do povo) aos rigores de uma lei, principalmente colidente com a constituição, sob o argumento simplista de que “a população aprova”. Ter uma única alternativa não significa aceitação.

Precisamos, antes de mais nada, trazer para o cenário principal não apenas os pseudos benefícios dessa lei “salvadora”, mas principalmente suas conseqüências, diretas ou indiretas, aos demais direitos dos cidadãos. Está passando da hora de o cidadão entender que para cada direito preservado ou conquistado, não podemos perder outros dois.

De forma alguma pregamos que a combinação “álcool e direção” deva ser aceita, ou mesmo tolerada, mas aponta-se inaceitável que, sob esse argumento, o Estado se permita violar direitos de seus súditos, desrespeitando, principalmente, aqueles garantidos em normas constitucionais, e o pior, entregando nas mãos de seus agentes públicos a discricionariedade de selecionar quem vai e quem não vai engrossar as “estatísticas do sucesso” da nova lei. A vida não pode servir de amostra para medir resultados de atos políticos.

Não bastasse o atrevimento e o abuso em omitir as conseqüências nefastas, contidas no próprio ato de criação da Lei nº 11.705/08, que traz em sua concepção o desavergonhado argumento, eminentemente político, de estar atendendo aos apelos do povo que não suporta mais tantos acidentes e mortes causados por motoristas embriagados, oculta ainda o inafastável desejo, inconfessável, de criar mecanismos que permitam ao Estado (por meio de seus governantes) violar outros direitos do cidadão garantidos pela constituição, sob o mesmo argumento: “o povo não suportava mais”.

Novamente, as conseqüências dessa lei, (esdrúxula na sua intenção oculta), dentre outras, é o enfraquecimento do já moribundo direito penal que, devendo ser o último recurso do Estado para solução de conflitos sociais, passa a ser o primeiro, e o que é pior, sempre de modo desastrado, incompleto, solitário e, como golpe final, irresponsável.

Diante de cenários políticos como este, vemos ressurgindo, mansa e progressivamente, nessa e em outras leis, criadas da mesma forma oportunista, por legisladores inconstitucionais, a versão atualizada da *Malleus Maleficarum*², página horrenda da história da “humanidade” (em seu sentido estrito), onde insanos, recalcados em seus instintos naturais, arrogando-se representantes de Deus, em Seu nome, criavam “normas legais” que permitiam aos detentores do poder (político e eclesiástico) submeter o povo, por seus representantes (inquisidores), a processos e julgamentos pelo “Tribunal” da Santa Inquisição.

Aqui, tal como lá, outra não resulta como intenção “democratizada”, que figura como pano de fundo, senão a submissão do povo, de forma incondicional e total, aos insaciáveis desejos abjetos dos detentores do “poder”.

2 HEINRICK, Kramer e SPRENGER Jacobus. “*Malleus Maleficarum* - O martelo das feiticeiras”. São Paulo: Editora Rosa dos Ventos, 1991.

A Constituição Federal, esse periódico quinzenal, vem sendo, passo-a-passo, ou melhor, emenda-a-emenda, transformada num compêndio de “boas intenções”, mas que resultará, num futuro breve, numa ferramenta de inevitável inutilidade face a tantos enxertos de matérias que poderiam, e deveriam, ser tratadas por leis ordinárias.

Parece, principalmente entre os operadores do direito, que não cansamos de ouvir de renomados juristas o pacífico entendimento de que não existem garantias constitucionais absolutas³, seja apoiando ou rejeitando a novel lei, mas esquecem que completar esse entendimento de que para afastar uma garantia constitucional precisamos encontrar uma autorização, no mínimo, de mesmo nível.

Isso equivale dizer que, no conflito aparente de normas de segundo grau (se fosse o caso), deveríamos interpretar a constituição em seu conjunto, para obter o comando que melhor atenda à questão em aparente conflito⁴, sobressaindo, como solução, o chamado “bem comum” ou “paz social”, e quando esse conflito surge a partir de norma infraconstitucional, a solução imediata é declarar sua situação de anormalidade e extirpá-la do ordenamento jurídico.

Em socorro à pertinência e coerência desses argumentos, apontamos a previsão feita no artigo “USO INDEVIDO DE ALGEMAS. MAIS QUE UM ATO, UM CRIME CONTRA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”, de minha autoria, que despontou recentemente como correta e atual em decisão que será objeto de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e, agora, será regulada em lei (PLS nº 185/04), tendo o próprio Ministro da Justiça, em entrevista acerca da decisão do STF, sobre o uso de algemas, feito um paralelo, dessa posição da Suprema Corte, com a recente “Lei Seca”.

Retomando o tema em questão, a falta de qualidade legislativa da norma fica evidente no próprio Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97, com 341 artigos) que, com pouco mais de 10 anos de seu nascimento, já sofreu mais de 9 “adaptações” legislativas (Leis nº 9.602/98; 9.792/99; 10.350/01; 10.517/02; 10.830/03; 11.275/06; 11.334/06; 6.488/08 e, a mais recente, 11.705/08), sem falar em seus (75) dispositivos vetados na origem.

Não fosse isso o bastante, temos ainda os casos de conflitos com outras leis, que igualmente regulam a matéria (trânsito), onde, por exigir uma atividade interpretativa da autoridade julgadora, criam instabilidades jurídicas, ao permitir responsabilizar uns e outros não.

É o caso do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69), que prevê no artigo 279 o crime de “Embriaguez ao volante”, com pena de detenção de três meses a um ano para o militar que “*Dirigir veículo motorizado, sob administração militar, em via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante*”.

Ainda, temos o conflito com a Lei 9.099/96 que cuida dos crimes de menor potencial ofensivo, e teve proibido a aplicação de seus artigos 74, 76 e 88 (conquista de um direito penal moderno), dentre outras incoerências jurídicas.

3 MORAES, Alexandre de. “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”. São Paulo: Atlas, 2005.

4 DINIZ, Maria Helena. “Conflito de normas”. São Paulo: Saraiva, 2001.

DESENVOLVIMENTO

Pois bem, tentemos entender esse imbróglio.

Com relação ao Código Penal Militar, entendemos que o dispositivo castrense alberga bem jurídico (incolumidade pública) diverso daquele previsto na Lei 11.705/08 (segurança no trânsito), exigindo, para sua tipificação, certas condições não previstas no CTB.

Dessa forma, diante do caso concreto, quando o motorista estiver conduzindo, em via pública, veículo motorizado (militar ou civil), em estado de embriaguez, por bebida alcoólica ou qualquer outro inebriante, sob nossa ótica, se o bem estiver sob administração militar, estaremos diante do crime, agora, impropriamente militar previsto no artigo 279 do CPM. Ressalvamos que no caso de veículo sob responsabilidade da administração militar estadual, para os fins desse artigo, o motorista, necessariamente, deverá ser militar⁵.

O elemento especializador do crime previsto no artigo 279 do CPM reside na responsabilidade da administração militar sobre o bem utilizado.

Deixaremos de entrar em maiores detalhes do artigo analisado, como o conceito de “veículo automotor” que, obrigatoriamente, inclui embarcações e aeronaves, pois como veículos dotado de motor próprio, capaz de se locomover por impulso (propulsão) produzido mecanicamente⁶ estariam sujeitos, seus condutores, aos rigores da mesma lei, assim como o conceito de “via pública”, pois quando o fato ocorrer em vias ou locais privados⁷, o resultado se altera.

Na legislação comum, a Lei nº 11.705/08 revogou expressamente o inciso V, do parágrafo único do artigo 302 do CTB, o qual, apenas para constar, havia sido incluído em 2006, pela Lei nº 11.275, e aumentava a pena do agente que praticasse homicídio culposo na direção de veículo automotor, sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.

Por outro lado, essa mesma lei, deu nova redação ao artigo 306 do CTB, passando a considerar crime a simples condução de veículo automotor, quando o motorista apresentar quantidade de álcool por litro de sangue, igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência (cadê o “drogômetro”?).

Quando a quantidade de álcool constatada for superior a 2 (dois) e inferior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue (artigo 1º, §2º da Lei nº 6.488/08), o fato será considerado como infração administrativa, prevista no artigo 165, consistente em “*Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*”.

Na ocorrência dessas duas situações (infração administrativa do art. 165 e crime de trânsito do artigo 306), o que fazer na hipótese de se flagrar motorista sob a

5 SABELLI, Cid. “Processo Penal Militar – Da teoria à prática”. São Paulo: Editora Suprema Cultura, 2008.

6 CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. “O furto desde a Lei nº 9246/96”. Boletim IBCCRIM: São Paulo. Fascículo: 55 – junho/97.

7 ASSIS, Jorge César de. “Comentários ao Código Penal Militar – Parte Especial”. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, mas que não seja o álcool? E na hipótese de ser apenas sob efeito de álcool acima do limite permitido (6 dg/l)?

Embora a solução apresente-se extremada, poderão ser aplicados, nesses casos, ambos os dispositivos, pois um cuida de fato circunscripto à seara administrativa e outro à seara penal, resultando que eventuais embargos em sentido contrário ficarão a cargo de justificativas eminentemente pautadas em normas principiológicas, posto que essas situações, embora aparentemente legais, não se apresentam dentro dos critérios de razoabilidade ou proporcionalidade, portanto, ilegais.

Porém, essa dicotomia entre o campo administrativo e penal, exige que sejam observados os acontecimentos sob os regimes a que está sujeita cada disciplina.

Assim, em relação art. 165, por ser infração administrativa e estar disciplinado no Capítulo XV do CTB, nosso ordenamento jurídico aceita que o Estado-administração atue diante da hipótese do perigo abstrato, mas exige que tal atividade ocorra dentro dos estritos limites do direito administrativo.

Logo, pelo princípio da legalidade estrita, basta ao motorista ter feito uso de álcool ou substância psicoativa que determine dependência e que estas substâncias (inclusive álcool) influenciem ou possam influenciar seu comportamento, para nascer o poder-dever de o Estado-administração atuar, mas sendo seu o ônus de provar o fato gerador quando esta ação for executada preventivamente, pois o cidadão tem o direito de não ser admoestado aleatoriamente (diga-se, arbitrariamente).

Essa afirmação pode ser melhor visualizada diante do artigo 276, quando este afirma que “Órgão do Poder Executivo federal *disciplinará* as margens de tolerância para casos específicos”, o que pressupõe certa margem de tolerância e, portanto, cautela no atuar do Estado-administração.

Essa previsão do legislador, delegando ao Executivo atribuição para legislar complementarmente, tem a função de, aplicando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, criar condição de não se importunar ou mesmo punir o condutor que, tendo feito uso de antisséptico bucal, comera um bombom com licor, ou mesmo degustou um gole de vinho, mas que não apresenta um mínimo comprometimento à segurança do trânsito.

Ao mesmo tempo, indiretamente obriga a produção de prova para que a administração possa atuar, o que confirma a necessidade de o álcool ou outra substância psicoativa estar influenciando no comportamento do motorista, seja no âmbito administrativo ou criminal.

Para atender a essa previsão foi editada a Lei 6.488 de 19 de junho de 2008, que regulamentou os artigos 276 e 306 da Lei 9.503/97, disciplinando as margens de tolerância de álcool no sangue (até 2 dg/l) e a sua razão equivalente entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de *crimes de trânsito*.

Já no campo penal essa linha de raciocínio sofre alterações, posto que acima de 6 (seis) decigramas de álcool também surge, *in thesis*, o crime de trânsito.

Ocorre que, mesmo nesse caso, não subsiste justificativa razoável a autorizar a prisão em flagrante do motorista surpreendido dirigindo no limite de 6 (seis) decigramas por

litro de sangue ou mesmo que acima desse limite, embora persista a possibilidade da aplicação da multa (caráter administrativo) com as ressalvas acima, pelos mesmo argumentos.

Essa afirmação decorre do dever do legislador em, ao prever o crime do art. 306, apontar a ofensividade concreta ao bem jurídico tutelado, de modo que, no campo penal não vigora a discricionariedade utilizada no campo administrativo.

Para aplicação dessa medida de caráter penal é exigido, além da constatação da dosagem estabelecida de álcool (6 dg/l) ou de substância psicoativa no motorista, a prova de que estas substâncias estão influenciando seu comportamento, criando uma anormalidade no modo de dirigir, de forma a colocar em risco, ao menos potencialmente, a segurança viária.

Sendo assim, a menos que o motorista produza, voluntariamente, prova de seu estado de físico-mental e esta possa ter nexos causal com a condução anormal do veículo, gerando como resultado a situação de perigo, não teremos crime, mas, no máximo, infração administrativa.

Em outras palavras, o motorista não está obrigado a produzir a prova de seu estado de (a)normalidade, resultando que os dispositivos da lei, nesse sentido, são inconstitucionais.

Mas, tomemos que o motorista, voluntariamente, produza a prova (teste do “bafômetro”) e esta constate a dosagem de álcool acima de 6 (seis) decigramas por litro de sangue, e que, por esse fato, conduzia o veículo em situação anormal, configurando crime pela nova sistemática legislativa.

Neste caso, não poderá ser imposta, de imediato, sua prisão em flagrante, pois, em tais casos, a Lei nº 11.705/08 afastou, expressamente, apenas a aplicação dos artigos 74, 76 e 88 da Lei 9.099/96, de modo que prisão em flagrante e a fiança não se mostram autorizadas quando o autor dos fatos (motorista) se comprometer a comparecer em juízo (art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/96), principalmente, depois de voluntariamente produzir a prova necessária à persecução penal.

Note-se que a “voluntariedade” do motorista em submeter-se ao medidor etílico (bafômetro) não deve ser resultado de ameaça, por parte do agente público, mesmo como argumento para evitar, de imediato, a aplicação da prisão, multa, suspensão do direito de dirigir ou apreensão da carteira, pois nesse caso, para o campo penal, a prova será ilegítima⁸.

Contudo, diante da impossibilidade da composição civil (art. 74), da aplicação de pena alternativa (art. 76) e da dispensa de representação (art. 88), entendemos que fica prejudicado a lavratura do Termo Circunstanciado, devendo ser instaurado o respectivo Inquérito Policial, pois, em tal situação, a ação penal passou a ser pública incondicionada.

Por outro lado, em relação à recusa do motorista em submeter-se ao medidor etílico (bafômetro) ou qualquer outro teste, temos que esta conduta, por si só, não gera o crime de desobediência (art. 330 do CP), pois a própria Lei nº 11.705/08 determina que, nesses casos, sejam aplicadas as medidas previstas no artigo 165, ou seja, multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; e a medida administrativa de retenção

8 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. “Provas Ilícitas- Interceptações telefônicas e gravações clandestinas”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação, a quem se negar ao exame (art. 277, §3º do CTB).

Assim, diante do tratamento dispensado pelo Estado ao igualar, as penas da infração administrativa às do crime, ressalta legítima a recusa do motorista em submeterem-se ao “bafômetro” ou outro exame, tendo em vista a possibilidade de, submetendo-se ao teste, o resultado repercutir negativamente na esfera penal, logo, a aplicação das medidas administrativas, nessas circunstâncias, por conseqüência, apresenta-se abusiva, conforme buscaremos esclarecer abaixo.

A argumentação de que a Constituição Federal, ao prever em seu artigo 5º, inciso II, que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e, por existir lei nesse sentido, seria legítima e obrigatória a submissão face previsão legal⁹, não nos parece despontar como correta.

Novamente, nesse entendimento, surge o conflito aparente de normas.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - 1969) e suas normas foram recepcionadas em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional, devendo ser cumprida inteiramente (art. 1º do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992).

Desse modo, sobrepondo-se ao mandamento previsto no artigo 165 do CTB está o mandamento previsto no artigo 8º, 2, letra “g”, da CADH, garantindo que “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*” e, nesse sentido, ainda tem o “*direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”, sendo certo que, para prova judicial, a confissão do acusado só será válida se feita sem coação de qualquer natureza e, neste caso, a prova administrativa encontra o mesmo destino, quando sua produção encampa reflexos penais.

Dessa forma, a aplicação dos dispositivos em comento, da norma infraconstitucional (Lei nº 11.705/08), atenta contra o próprio Estado Democrático de Direito, limita o exercício da ampla defesa, viola a presunção de inocência, afronta a dignidade da pessoa humana, além coagir o acusado a produzir prova (com conseqüências penais) contra si, cujo resultado não poderia ser outro, senão a inconstitucionalidade de tais dispositivos.

CONCLUSÃO

Por certo que poderíamos seguir com vários outros argumentos, mas nosso objetivo no presente artigo é abrir à discussões saudáveis as conseqüências *indiretas* criadas na vida do cidadão, de modo a evitar o reprodução de outros CALLAS¹⁰ marcando nossa já bem suja história.

Mostrar para nosso “legislador” que o cidadão, trabalhador, responsável, contribuinte, eleitor, etc., que ingere dois copos de cerveja, mesmo não tendo esse fato a capacidade de influenciar o ato de dirigir, não expõe a risco a segurança do trânsito,

9 BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Saraiva, 1989.

10 VOLTERE. François-Marie Arouet. “O Tratado da Tolerância”. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

representa um perigo infinitamente menor que o motorista que, sob efeito de substância entorpecente, ou mesmo álcool, participa de competição automobilística clandestina (racha), e para os quais não foi dispensada a devida atenção, pois os acontecimentos que despertaram o interesse da mídia e fizeram surgir a oportunidade política não envolvia tais “motoristas”.

Apenas para constar, recentemente foi divulgado que os acidentes de trânsito retomaram os limites de antes da “Lei da Seca”, o que confirma que não foi a lei, mas a atividade de fiscalização que reduziu os índices de acidentes.

Infelizmente isso sempre foi do conhecimento do Poder Público, mas a oportunidade de invadir o campo dos direitos dos cidadãos não poderia ser desperdiçada, principalmente, se dela pudesse ser obtida vantagens de ordem política e os gritos de - “violem meus direitos” - partissem da sociedade.

Assim, como os espetáculos pirotécnicos produzidos nas ações policiais, pelo uso indevido e exacerbado de algemas, somente foi barrado quando chegou às vítimas que compõem a elite do Poder, temos que essa “Lei Seca”, somente terá o mesmo tratamento quando chegar em tais “personalidades” (supra-cidadão), mas até lá as incontáveis vítimas “comuns” jamais poderão ser protegidas ou recompensadas. Quer saber quem são as vítimas comuns?

Para Lei nº 11.705/08, é o motorista embriagado, podendo ser qualquer pessoa que tenha ingerido mais de 2 (dois) dg de álcool por litro de sangue, ou seja, sou eu, você, nossos pais, filhos, irmãos, amigos, etc., e que, mesmo não tendo ingerido bebida alcoólica ou qualquer outra substância entorpecente, seremos submetidos às vontades (às vezes insanas, lascivas, cruéis, etc.) de agentes públicos e, como pré-criminosos, seremos, no mínimo, expostos em espetáculos montados nas vias públicas, a situações humilhantes, degradantes, estressantes, prisões, multas, etc. na expectativa de o Estado, aleatoriamente, flagrar algum de nós nas condições previstas “em lei”.

Deus nos proteja da (in)Justiça, mas histórias como essas já ocorreram no passado¹¹. Será que não conseguimos aprender nada com elas!!!

11 FOUCAULT, Michel. “Vigiar e Punir: nascimento da prisão”. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2008.