

Direção inabilitada

José Ernesto Furtado de Oliveira
Promotor de Justiça - SP

SUMÁRIO: Inteligência do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro. — Sua extensão e aplicabilidade. — Não revogação do art. 32 da Lei das Contravenções Penais.

I — A situação do trânsito no Brasil tem sido considerada, pela quase totalidade dos especialistas no assunto, como de calamidade pública. Estudos científicos recentes tem apontado que a violência praticada na condução de veículos automotores não tem limites. Dados estatísticos dramáticos revelam que, muitas vezes, aqueles que os cometem são mantidos na impunidade, à falta de eficácia de mecanismos de repressão, estimulando o desrespeito à lei e comprometendo sobremaneira a segurança da comunidade.

Convém lembrar que a legislação brasileira era benevolente e sua inadequação, às reais exigências do mundo moderno e motorizado, tinha, juntamente com a falta de sentimento de cidadania, contribuído para aumentar ainda mais a sensação de intranquilidade coletiva, questionando-se até a respeito da eficiência e da utilidade da própria Justiça criminal.

Nessa atmosfera, foi concebido o novo Código de Trânsito Brasileiro com suas virtudes e defeitos, mas, certamente, com o firme objetivo de reprimir o infrator e inibir condutas transgressoras

Esse texto, além de consagrar relevantes inovações, busca dar tratamento adequado à problemática dos delitos de trânsito, punindo com mais rigor as infrações cometidas na condução de veículos, contemplando, em capítulo próprio, várias novidades de criminalização de condutas, até então não previstas no regramento anterior

Louvando-se a salutar iniciativa do legislador, não se deve perder de vista que é esta a primeira oportunidade em que se procurou inserir, no domínio reservado à legislação de trânsito, prescrições dessa natureza.

Temos que reconhecer, portanto, a originalidade do direito positivo brasileiro, que ao longo de sua evolução, nunca registrou diploma específico a cuidar da definição dos delitos “do automóvel”

Dentre os novos tipos, o que vem causando maior controvérsia, é a extensão e a aplicabilidade do contido no art. 309 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, (Código de Trânsito Brasileiro), a saber:

Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para dirigir ou Habilitação ou ainda, se cassado o direito de dirigir, Gerando Perigo de Dano.

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa

A opção do legislador em eleger a via criminal para a definição legal das infrações configuradoras de delitos de trânsito, que possam gerar situação de perigo concreto, se deu pelo maior interesse repressivo e intimidativo nas ocorrências relacionadas com a direção de veículos que tenham a potencialidade de gerar perigo real, concreto, de danos a algum bem jurídico.

Mas e quando ocorre, meramente, perigo abstrato decorrente da direção inabilitada?

II – Alguns juristas do porte de Luiz Flávio Gomes e Damásio Evangelista de Jesus, este último em seu “Natureza Jurídica dos Crimes de Trânsito”, sustentam que algumas condutas inabilitadas, “... não atentam contra o bem jurídico incolumidade pública. São penalmente inofensivas. Assim, o ato de dirigir sem habilitação é simplesmente ilícito administrativo, como vem recomendando a doutrina.

Não constitui crime Dirigir sem carteira, por si só, não expõe a incolumidade pública a perigo de dano. A conduta, em si mesma, – repita-se – não rebaixa o nível de segurança no trânsito. Diante disso, para transformar tipicamente o fato em crime, o legislador lhe acrescentou um “plus”: a causação de uma situação de perigo indeterminado e coletivo à incolumidade pública...”

Zaffaroni e Pierangeli observam que “... os tipos de perigo têm acarretado sérios problemas interpretativos... e que entre nós, em face da Constituição Federal e da estrutura do Código Penal, não há lugar para delitos de perigo abstrato. E, quanto aos crimes de perigo concreto, a qualificação recebe severas críticas...” (Manual de Direito Penal Brasileiro).

O Ministro Vicente Cernichiaro, relatando acórdão da 6ª Turma do STJ no Resp 46 424, opoñdo-se às presunções legais, salienta que: “... não se pode punir alguém por crime não cometido. Por isso, a adoção de crimes de perigo abstrato não se mostra adequada ao moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade...”

Alguns, não menos importantes, advogam que a nova lei, por ter regulado a assunto “por inteiro”, no que se refere à direção de veículo automotor em via pública, revogou a contravenção, nos termos do previsto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, criando uma hipótese de *abolitio criminis*. Outros, de uma forma mais simplista, se apegam à redação do art. 1º do Código de Trânsito Brasileiro, dizendo que o texto indica que houve a ab-rogação

de todas as normas jurídicas do Sistema do Direito Positivo Pátrio, quando esse diz que: “... O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código...”

Os adeptos dessa última posição restringem a expressão: “trânsito de qualquer natureza”, enquanto disciplina de tráfico, para incluir também no âmbito estreito desse diploma todas as relações jurídicas possíveis de direito criminal.

III – Respeitando esses ensinamentos, mas usando deles discordar, o ato de dirigir sem habilitação, ao contrário do afirmado, sempre foi penalmente relevante, e mesmo reconhecendo que o tema é por muitos especialistas da ciência penal reputado “dos mais tormentosos da doutrina e na jurisprudência”, a Lei das Contravenções Penais assim define o primeiro ilícito diretamente vinculado às infrações de trânsito: Art. 32: Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas: Pena – multa.

Um expressivo número de estudiosos dos delitos de trânsito – mesmo os que escreveram após o advento da Constituição de 1998 – entendem que o tipo contravençional do art. 32 é de perigo abstrato (ou presumido), o qual se integra independentemente de produção de perigo concreto.

A presunção de perigo é absoluta (*juris et de jure*) mesmo quando a conduta mostra-se “inócua”, em termos de ofensa ao bem jurídico protegido, impondo-se, de acordo com a orientação dominante na doutrina e na jurisprudência, a competente censura penal.

Se, para a maioria, a contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais, foi recepcionada com a nova ordem constitucional, assim como todas as demais, não verificamos, com maior razão, que esta venha a ter qualquer incompatibilidade com a norma superveniente, posto que esta só ganha relevância onde haja situação de perigo concreto.

Aliás, não é estranho em nosso ordenamento jurídico que, conforme a natureza do perigo, o fato estará subsumido a uma norma que defina o crime ou a uma outra de cunho contravençional.

É o que se dá, por exemplo, quando alguém provoca um desabamento ou desmoronamento de construção. Se o fato gera uma situação de perigo abstrato, corresponde à contravenção do art. 29 da Lei das Contravenções Penais. Se gera situação de perigo concreto, estamos diante do delito capitulado no art. 256 do Código Penal, (crime de perigo comum)

Pelas razões já mencionadas, o legislador atual, sem desconsiderar a censurabilidade da conduta menos grave, (a contravençional) posto que a ela não faz qualquer referência, objeção, ou até insinuar revogação, (o art. 341 do

Código de Trânsito Brasileiro taxativamente expressa a revogação de nada menos que 14 (quatorze) Leis e Decretos-leis), resolveu cindir essas duas modalidades fáticas, e erigiu à categoria de crime, (com apenamento mais rigoroso, portanto) a condução de veículos não habilitada, desde que esta venha a representar maior risco à produção de resultados lesivos. Trata-se, pois, de fatos hierarquizados e com gradação.

É sabido que todo ordenamento jurídico é concebido como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas, cujas características fundamentais são: a coerência e completude.

Ao intérprete, é de se esperar que, de uma forma menos traumática possível, procure harmonizar a integração das normas, com vistas postas na circunstância de que ao aplicar a lei, venha a enquadrar um fato ao modelo jurídico adequado.

Ora, os dois fatos típicos possíveis de direção inabilitada não guardam entre si qualquer incoerência ou incompatibilidade, que impeçam de co-existirem no ordenamento, pacificamente.

Na realidade, ambos se completam e integram a vontade do legislador, em perfeita harmonia com o Sistema.

Se estamos diante de dois fatos sócio-jurídicos distintos e se para esses existem dispositivos legais regulamentadores específicos, não cabe ao operador do direito ou ao hermeneuta construir incompatibilizações, onde o legislador não construiu.

A título de ilustração, não é ocioso mencionar que em dezembro de 1993, deliberava a Comissão Especial de Trânsito, no sentido de aprovar o terceiro Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.710, de 1993 que, além da previsão de tipos penais relacionados com o trânsito, veiculava alterações de normas constantes do Código Penal, a saber: Capítulo XIX - Dos Crimes - Seção II - Dos Crimes em espécie: Art. 300. Constitui crime:

I - dirigir veículo na via sem possuir Carteira de Habilitação ou Permissão para Dirigir ou, ainda, cassado ou suspenso o direito de dirigir:

Penal: detenção de 1 (um) ano a 6 (seis) meses, e multa de, no mínimo, 30 dias-multa.

Vê-se, nesse dispositivo, que a criminalização dar-se-ia, pela simples inabilitação, sem menção de qualquer situação periclitante na condução do motorista.

Se, no desfecho do longo processo legislativo, a redação final do artigo sofrera uma modificação substancial, incluindo-se a expressão: "gerando perigo concreto", é por que somente essa conduta "qualificada", foi pelo legislador promovida à categoria de crime.

IV - Em nosso sentir, a autoridade que vier a defrontar-se com uma ocorrência de direção inabilitada, deverá primeiramente analisar se a conduta de dirigir veículo em via pública sem habilitação, de modo como concretamente foi realizada, tinha aptidão ou idoneidade para lesar bens jurídicos individuais como a vida, a integridade física, o patrimônio etc.

Se a afirmativa for a conclusão, estariamos em face da incidência do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

Todavia, em sentido contrário, se a conduta do agente consistisse simplesmente em dirigir veículo, sem perigo concreto para indeterminadas pessoas ou coisas, estariamos em face da contravenção (art. 32 da Lei das Contravenções Penais).

Ressalte-se, por oportuno, que a multa administrativa se aplica indistintamente em ambos os casos (art. 162 I a V, do Código de Trânsito Brasileiro).

É na aptidão ou idoneidade concreta para lesar bens jurídicos individuais que, em nosso ver, reside a distinção entre crime e contravenção. Nessa aptidão ou idoneidade real da conduta reside o perigo concreto. Concreto no entanto, não no sentido de que se deve então apresentar uma vítima concreta da conduta do agente, uma vítima concreta que tenha corrido risco com a direção sem habilitação.

Estamos diante de um perigo concreto indeterminado, ou seja, só é necessário comprovar que a conduta do agente, tal como realizada, tinha suficiente e real capacidade para pôr em perigo bens jurídicos individuais.

Mutatis mutandis, ao comentar o delito do art. 256 do Código Penal, em seu "Código Penal Anotado", assevera que: "No caso de crime doloso, é necessário que o agente tenha vontade de provocar desmoroamento ou desabamento, criando uma situação de perigo a coisas e pessoas indeterminadas. Se pretende criar situação de perigo a pessoa ou pessoas certas, configurar-se-á crime contra a pessoa. Se visa a causar desmoroamento ou desabamento, a fim de criar perigo para determinados bens, pode configurar-se crime de dano (CP, art. 163). Caso o sujeito cause o desabamento ou desmoroamento sem consciência da criação de perigo comum, tipificada estará a infração prevista no art. 29 de Lei das Contravenções Penais."

Esse mesmo autor, ao analisar o delito do art. 282 do estatuto repressivo, "exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica" por igual modo ensina cuidar-se de "... crime de perigo abstrato, que não precisa ser comprovado". Além disso, continua o comentarista, quando outra for a profissão, é enfático em aduzir que: "É necessário que o exercício ilegal seja das profissões de

médico, dentista ou farmacêutico. Se o sujeito exercer ilegalmente qualquer outra profissão que não as expressamente mencionadas no texto legal, incidirá no art. 47 da Lei das Contravenções Penais..." (obra citada).

Cuidando especialmente da contravenção de falta de habilitação para dirigir veículo em via pública, não é necessário, ao contrário do crime, que esta seja realizada sem habilidade (sem perícia) e que revele patente turbação da segurança do tráfego. Dirigir veículo em "zigue-zague", por exemplo, em virtude da inabilidade, significa turbar, quebrar, diminuir ou ofender o nível médio da segurança viária. Essa conduta, de outro lado, ao mesmo tempo que diminui ou turba o bem jurídico indeterminado (segurança viária) revela, ainda, em tese, real capacidade de lesar bens jurídicos individuais (vida, integridade física, patrimônio etc)

Demonstrado isso, está configurada a infração penal de perigo concreto indeterminado (que é perigo com potencialidade lesiva real, mas sem vítima concreta).

Incide o art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro, portanto, se o agente, dirigindo sem habilitação (e também sem habilidade sem perícia) provoca em via pública, um derrapamento, um tombamento, uma colisão (com poste, árvore, barranco etc) ou se faz o veículo subir sobre a calçada, deve responder pelo crime, pois nessa conduta estão presentes tanto o desvalor do ato (dirigir sem habilitação) como o desvalor do resultado (condução inábil turbadora da segurança viária e com capacidade real, em tese, de lesar bens jurídicos individuais)

V - Não estamos, também, diante das hipóteses de conflitos de leis penais antinômicas, eis que, a lei posterior não deixou de considerar como infração um fato que era anteriormente punido. Dá-se a *abolitio criminis* quando a lei nova suprime normas incriminadoras anteriormente existentes. O que não é o caso.

Em nenhum momento a legislação superveniente "suprimiu" norma anterior, pelo contrário, acrescentou sim, uma modalidade nova de apenamento delituoso.

Na realidade, estaríamos em face de lei nova, não contrastante, que incrimina fato específico, antes considerado genericamente ilícito contravenucional (*novatio legis incriminadora*).

Consoante o magistério de Carlos Maximiliano em seu "Hermenêutica e Aplicação do Direito", "...Nada impede que o Sistema venha a promulgar nova lei, sobre o mesmo assunto sem ficar tacitamente derogada a anterior, sobretudo quando esta última apenas restrinja o campo de aplicação da antiga:

ou, ao contrário, dilatando-o, estendendo-o a casos novos; é possível até transformar a determinação especial em regra geral. Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas normas jurídicas não se presume: até na dúvida, se considerada uma norma conciliável com a outra..."

E, no que tange à suposta incompatibilidade entre o artigo 32 da LCP e princípios constitucionais que vedariam a incriminação por mero perigo absoluto, ressalte-se que tal polêmica foge dos limites estreitos deste estudo, que se centra, particularmente, na existência de modelos legais que não se antagonizam mas, ao oposto, se completam.

O raciocínio é simples. Se não houvesse incorporado em nosso ordenamento o tipo do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, todas as hipóteses de inabilitações (com ou sem perigo concreto) seriam reguladas, sem controvérsia, pelo tipo previsto no art. 32 da Lei das Contravenções Penais, cumulando-se também, em todos os casos, como já mencionado, o ilícito administrativo.

Finalizando, conclui-se não haver nenhuma incompatibilidade ou incoerência normativa do legislador em criminalizar apenas aquelas situações que revelem maior potencial ofensivo do agente e remanescer para as que não gerem perigo de dano, a contravenção.

A presença do perigo concreto conduz ao delito do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, sem prejuízo das sanções administrativas (art. 162, I a V, do mesmo estatuto). Na hipótese de não haver perigo concreto, aplica-se o art. 32 da Lei das Contravenções Penais, sem prejuízo da infração administrativa, inclusive.