

## ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 310 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: PRIMEIRAS IDÉIAS

RODRIGO IENNACO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Dispõe o preceito primário do art. 309 da Lei nº 9.503, de 23.09.1997, Código de Trânsito Brasileiro - CTB: "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 [...]."

Com relação ao delito previsto nesse dispositivo (art. 309), a tendência é admitir-se que foi derogada a contravenção do art. 32 da Lei de Contravenções Penais - LCP (Lei nº 3.688, de 03.10.1941) e que a nova figura típica exige, para a subsunção do fato, a ocorrência de perigo concreto (*gerando perigo de dano*). Nesse sentido orientam a doutrina e a jurisprudência<sup>1</sup> majoritárias.

Nogueira (1998, p. 13) anota que:

As contravenções penais dos arts. 32 e 34 do Decreto-lei nº 3.688/41 eram tratadas pela doutrina e jurisprudência majoritárias como infrações penais de

<sup>1</sup> "Infração de trânsito: direção de veículos automotores sem habilitação, MS vias terrestres: crime (CTB, art. 309) ou infração administrativa (CTB, art. 162,1), conforme ocorra ou não perigo concreto de dano: derrogação do art. 32 da Lei das Contravenções Penais (precedente: HC nº 80.362, Pl., 7.2.01, *Inf. STF 217*). I. Em tese, constituir o fato infração administrativa não afasta, por si só, que simultaneamente configure infração penal. 2. No Código de Trânsito Brasileiro, entretanto, conforme expressamente disposto no seu art. 161 - e, cuidando-se de um código, já decorreria do art. 2º, § 1º, in fine, LICC - o ilícito administrativo só caracterizará infração penal se nele mesmo tipificado como crime, no Capítulo XIX do diploma. 3. Cingindo-se o CTB, art. 309, a incriminar a direção sem habilitação, quando gerar 'perigo de dano', ficou derogado, portanto, no âmbito normativo da lei nova - o trânsito nas vias terrestres - o art. 32 LCP, que tipificava a conduta como contravenção penal de perigo abstrato ou presumido. 4. A solução que restringe à órbita da infração administrativa a direção de veículo automotor sem habilitação, quando inexistente o perigo concreto de dano - já evidente pelas razões puramente dogmáticas anteriormente expostas -, é a que melhor corresponde ao histórico do processo legislativo do novo Código de Trânsito, assim como às inspirações da melhor doutrina penal contemporânea, decididamente avessa às infrações penais de perigo presumido ou abstrato. II. Recurso extraordinário prejudicado: *habeas corpus* de ofício, 5. Prejudicado o RE do Ministério Público, dado o provimento do recurso especial com o mesmo objeto, é de deferir-se *habeas corpus* de ofício, se a decisão do STJ - no sentido da subsistência integral ao CTB do art. 32 LCP, é ilegal, conforme precedente unânime do plenário do Supremo Tribunal." (STF - RE nº 319556-MG -1º T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - J. 12.03.2002, DJ 12.04.2002, p. 67, Ement. vol. 2064-07, p. 1251). No mesmo sentido: STF- RHC nº 80.362.il-SP- Rel. Min. Ilmar Galvão - J. 14.02.2001; STF - HC nº 80422 -1º T. - Rei. Min. Ilmar Galvão - DJU 02.03.2001, p. 02; STJ - HC nº 15181-SP- 6º T.-Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU 18.06.2001, p. 195; e STJ-HC nº 9330-SP - 6º T.- Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU 28.05.2001, p. 00168.

perigo abstrato, presumido pelo legislador e independente, portanto, de prova e verificação no caso concreto. [...] o novo Código de Trânsito Brasileiro [...] no art. 309 [...] repetiu as letras do art. 32 da Lei Contravencional, [...] de forma mais completa e abrangente, exigindo agora o perigo efetivo de dano.

Assim, como a lei nova, no art. 309 do Código de Trânsito, no que tange à direção não-habilitada de veículo automotor pela via pública, regulou por inteiro a matéria tratada pela lei contravencional antiga, no art. 32, e acrescentou a elementar 'gerando perigo de dano', que implica a exigência de perigo concreto indeterminado (o que prescinde de vítimas identificadas e individualizadas) para que se perfaça o delito de direção não-habilitada (art. 309 do CTB), não há dúvida de que derogou ou revogou parcialmente o art. 32 da Lei das Contravenções Penais, que subsiste apenas no tocante à direção não-habilitada de embarcação em águas públicas [...].<sup>2</sup>

Sem maior esforço, tendo por norte a orientação preponderante, podemos concluir que a conduta praticada por quem dirige veículo automotor, sem habilitação, mas sem gerar perigo, é um indiferente penal: não caracteriza o crime do art. 309 do CTB porque falta a ocorrência do perigo de dano; não há contravenção porque o art. 32 da lei específica foi derogado.

A seu turno, o art. 310, do mesmo diploma legal, prevê: "Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança [...]."

Cindindo o tipo em duas partes, a expressão *ou, ainda, precedida de vírgula, impõe o reconhecimento de que, permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso* constitui conduta típica.

O legislador, portanto, ao contrário do que sucede no modelo do art. 309, prestigiou o valor negativo da conduta (desvalor da ação) em detrimento de ulterior verificação do resultado lesivo a bens jurídicos concretos (vida, patrimônio etc.). No art. 309, como visto à exaustão, o legislador houve por bem exigir que o agente atuasse *gerando perigo de dano*. Para ambos delitos, de pequeno potencial ofensivo, cominou-se sanção idêntica: detenção, de 6

<sup>2</sup> Vide, ainda, Felipeto (2001, p. 2), Jesus (1998, p. 187) e Gonçalves (1998, p. 4).

(seis) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Em arguta fundamentação, poder-se-ia aduzir que, tanto o crime do art. 310, quanto o do art. 309, numa interpretação sistemática, dependem, para sua caracterização, da verificação de perigo concreto de dano: não se admitiria que, para um delito aparentemente mais grave (art. 309), fosse exigido *perigo de dano*, enquanto para o outro (art. 310) não se fizesse a mesma exigência.

Num raciocínio trivial, bastaria a seguinte constatação: o fator determinante para a exigência de dano, perigo concreto de dano ou apenas perigo abstrato (presumido) de dano é a tipicidade. Noutras palavras, é o legislador quem, por força do princípio da legalidade, define as condutas proibidas. Com o tipo, o legislador demarca a fronteira entre o lícito e o ilícito. Em alguns tipos, descreve a conduta e o resultado naturalístico, exigindo a ocorrência deste para sua configuração (crimes materiais). Noutros, descreve a conduta e o resultado, dispensando sua verificação para a consumação (crimes formais). Por fim, em alguns casos antecipa o momento consumativo fazendo-o confundir com a própria conduta: são crimes, portanto, de mera conduta, que não possuem menção a resultado naturalístico, mas que nem por isso são desprovidos de resultado jurídico.

Nessa linha primária de pensamento, o delito do art. 310 do Código Penal - CP, como crime de mera conduta, prescinde de qualquer investigação ulterior acerca das efetivas conseqüências do comportamento que se quer prevenir. Porém, alguns questionamentos exigem uma análise mais detida nesta oportunidade. O primeiro diz respeito à interpretação sistemática; o segundo, subjacente, à suposta inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato.

Em sede hermenêutica, para se argumentar em torno da interpretação sistemática, o exegeta deve ter em mira não apenas os arts. 309 e 310 do CTB, mas o ordenamento jurídico todo, com o intuito de garantir sua coerência e harmonia.

Confrontando-se, num primeiro momento, os dispositivos legais em apreço, poder-se-ia pensar que, ausente a demonstração do perigo de dano, não seria razoável considerar-se atípica a conduta mais grave (dirigir efetivamente) e sancionar a conduta menos grave (entregar a direção ao inabilitado). Tal raciocínio, porém, sucumbe quando se observa que não estamos diante de condutas com graus diversos de reprovação. No plano axiológico, a conduta daquele que, sendo habilitado, conhecendo pois as normas de trânsito e o risco inerente à circulação viária, entrega veículo automotor a pessoa inabilitada é tão (ou mais) grave quanto a daquele que, sem habilitação, conduz veículo automotor em via pública. No plano legislativo, *de lege lata*, as condutas foram equiparadas no que tange à gravidade: pena cominada idêntica.

Ademais, não há que se falar, diante da sanção prevista (pela aferição

valorativa do legislador), em delitos mais ou menos graves em comparação, porque não há relação de subsidiariedade entre um delito e o outro: para que haja o delito do art. 309 é prescindível a ocorrência da conduta de outrem na modalidade descrita no art. 310.

Quando ampliamos a abordagem para todo o sistema de normas penais - no Código e na legislação extravagante - notamos que o critério para aferição da (des)necessidade de demonstração do perigo (concreto, no caso) é o da tipicidade. A propósito, o art. 14, I, do CP, diz que o crime se considera consumado, quando nele se reúnem todas as elementares típicas. A estrutura do tipo, por seu turno, é edificada tendo em conta a necessidade não apenas reparatória de dano ao bem jurídico penalmente tutelado, mas também em atenção à finalidade preventiva do dano.

De tal sorte que o legislador, orientando-se pela teoria finalista da ação, adotada pelo Código Penal, prestigia o desvalor da ação. Não importa ao Direito Penal apenas punir a prática de fato que causa dano, mas prevenir a sua ocorrência, determinando-se às pessoas que se abstenham de realizar condutas que o possam causar. Fosse outra a orientação, jamais se poderia admitir a punição, apenas para exemplificar, da tentativa branca, em que não há ofensa efetiva ao objeto tutelado - o que, com efeito, não foi excepcionado pelo art. 14, II, do CP. Ultrapassada a primeira premissa, convém, por último, analisar a questão da constitucionalidade, haja vista ser ela o fundamento de validade da própria legislação que, como é sabido, encontra-se impregnada de crimes de mera conduta, formais, de perigo abstrato etc.

As hipóteses mencionadas, realmente, oportunizam o debate em torno do princípio da lesividade, apontado modernamente como de índole garantista e, para alguns, não apenas princípio de hermenêutica, mas princípio que teria consagração constitucional como decorrência da reserva legal - o que vincularia, assim, o próprio legislador. A doutrina já se manifesta, não é de hoje, a respeito Bastos (1999, p. 71), debruçando-se sobre o tema, lembra que:

[...] todo crime compõe-se de conduta e resultado, pouco importando se o resultado coincide ou não, no tempo, com a ação ou omissão. E mais: pouco importando se esse resultado corresponde a um dano efetivo ou meramente potencial, concreto ou presumido. [...] Indagações sobre acerto ou desacerto do legislador fôgem do âmbito da questão principal. [...] permanecem idênticas, no plano formal, as estruturas jurídicas inerentes às duas categorias de crime: de dano e de perigo. Tudo o que vale para os delitos de dano (tipicidade, ilicitude, culpabilidade) vale igualmente

para os delitos de perigo. [...]. O que pode ocorrer - e já está ocorrendo - é uma luta ideológica na doutrina para que sejam extirpados do ordenamento jurídico os delitos de perigo por presunção legal, utilizando-se para tanto velhos e novos recursos retóricos: princípios gerais de direito, hegemonia da Constituição etc.

Devemos acrescentar, por ser a tese da inconstitucionalidade sedutora (PRADO, 1996, p. 83; JESUS, 1998, p. 26; GOMES, 1984, p. 83), que nos crimes de mera conduta o que se faz é inibir a prática de condutas nocivas à segurança no trânsito viário, sendo preferível prevenir condutas potencialmente nocivas a punir resultados danosos - depois que já ocorreram. Vale o aforismo popular: *depois que a procissão passa, não adianta tirar o chapéu*. Quem entrega à pessoa não-habilitada a direção de veículo automotor agride e lesiona a ordem jurídica independentemente da conduta posterior daquele condutor. A previsão, como no caso do art. 310, ademais, prescinde da discussão que se trava em torno de crimes de dano e crimes de perigo; crimes de perigo concreto e de perigo abstrato; perigo comum ou individual: realizado o comportamento como exteriorização da vontade livre e consciente e não havendo, no tipo legal correspondente, menção expressa ao resultado (dano ou perigo de dano), o crime se classifica entre os de mera conduta. É mais, não há ofensa ao princípio *nullum crimen sine iniuria* porque a lesividade à ordem jurídica se revela com a própria ação (valorada negativamente pelo legislador).

Os crimes de mera conduta encontram agasalho no sistema finalista, prestigiando o desvalor da ação e a finalidade preventiva da pena. Respeitado o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88) e seus corolários (taxatividade, determinação etc.), as previsões legais dessa natureza guardam compatibilidade com a Constituição porque (e desde que), de acordo com a ponderação de bens jurídicos em conflito (liberdade individual *versus* incolumidade pública), é lícito ao Estado exigir do cidadão a abstenção de determinadas condutas (CAPEZ, 1997, p. 25-26). Exigências que não restringem o exercício dos direitos que lhe são assegurados, não usurpam sua intimidade e que, por outro lado, coíbem condutas contrárias à lei (legislação administrativa de trânsito) e, mais que isso, comprometedoras do interesse público e, potencialmente, da segurança coletiva. O interesse público preponderante exige, com respaldo constitucional porque não restringe direito ou garantia individual, que não se permita, confie ou entregue a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada (art. 310 do CTB).

Em síntese: pela ponderação (proporcional) dos bens em conflito, a conduta do art. 310 do CTB revela-se constitucional e caracteriza o injusto penal - que independe, para sua configuração, de qualquer verificação de resultado lesivo ulterior extrínseco ao próprio tipo, vez que o resultado jurídico

coincide com o próprio comportamento incriminado.

### Referências Bibliográficas

BASTOS, João José Caldeira. Crimes de trânsito: interpretação e crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Florianópolis, v. 2, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Arma de fogo: comentários à Lei nº 9.437, de 20-2-1997*. São Paulo: Saraiva, 1997.

FELIPETO, Rogério. O fim de uma contravenção: art. 32 da LCP. *Boletim do Instituto de Ciências Penais - ICP*, Belo Horizonte, n. 14, abr. 2001, p. 2.

GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto?: a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 8, p.69-84, out./dez. 1994.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. A derrogação da contravenção do art. 32 da LCP. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 65, abr. 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do Código de Trânsito: Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. O novo Código de Trânsito revogou ou não as contravenções dos artigos. 32 e 34 da LCP? *Jornal Síntese*, Porto Alegre, v. 2, n. 19, set. 1998. p. 13-14.

PRADO, Luís Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.