

Questões acerca do Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/97

SIMONE BENÍCIO FEROLLA (*)

1) Parte Geral do CTB

1.1) Data da entrada em vigor

Dispõe o art. 340 do CTB que o mesmo passaria a ter vigência após 120 dias, contados da data de sua publicação.

O Estatuto foi publicado em 24 de setembro de 1997.

Portanto, computados 120 dias, a partir dessa data, e considerando-se que os meses de outubro e dezembro têm 31 dias, podemos concluir que o Código entrou em vigor no dia 22 de janeiro de 1998.

— Erro de Vigência

A imprensa chegou a veicular que o CTB entraria em vigor no dia 23 de janeiro de 1998.

Suponhamos que determinado agente, induzido a erro por essa publicação, cometa infração penal preceituada no novo CTB em 22 de janeiro de 1998, e, ao ser processado, alegue essa circunstância. O que fazer?

DAMÁSIO DE JESUS entende que se o agente foi induzido a erro quanto à data de entrada em vigor do CTB, incide em erro de proibição, sob a modalidade de **erro de vigência** (art. 20, parágrafo 1º, CP), respondendo perante o CP ou a LCP, caso houvesse previsão legal para a sua conduta, ou deve ser esta considerada atípica, se apenas pelo CTB passou a sua conduta a ser criminalizada.

Porém, como sabido, nem todos os autores admitem o erro de vigência como modalidade do erro de proibição: WELZEL e CÉSAR ROBERTO BITTENCOURT o aceitam; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO não o admite.

1.2) *Análise do art. 291, CTB*

a) Conceito de veículo automotor: CTB, anexo I

b) Crimes previstos no CTB e não perpetrados "na direção de veículo automotor":

O CTB previu aplicação subsidiária do CP, do CPP e da Lei nº 9.099/95 para os crimes cometidos na direção de veículo automotor.

Todavia, o CTB prevê outros delitos que, embora de trânsito, não são perpetrados na direção de veículo automotor (ex.: art. 310, CTB).

Nessa hipótese, não haverá aplicação subsidiária desses estatutos legais, antes referidos?

Entendo que sim, tratando-se a não-abrangência dos delitos preceituados no CTB e que venham a ser perpetrados sem que o agente esteja na direção de veículo automotor, pelo art. 291, CTB, de mera falta de técnica por parte do legislador.

Os próprios CP (art. 12) e CPP (art. 1º, parágrafo único) prevêem sua aplicação subsidiária a qualquer lei, quando não dispuser ela de modo diverso; os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099/95, por sua vez, prevêem sua aplicação para as infrações de menor potencial ofensivo, salvo quando a lei especial previr para elas procedimento especial, o que não ocorre aqui.

Conseqüentemente, ainda que não houvesse a disposição do art. 291, CTB, seria admissível a aplicação subsidiária das leis citadas; portanto, nada impede, mesmo diante da omissão do legislador, que apliquemos subsidiariamente o CP, o CPP e a Lei nº 9.099/95 a todas as infrações previstas no CTB.

c) Delitos de Trânsito de Competência do Juizado Especial Criminal

Todos os delitos de trânsito, à exceção dos arts. 302, 303, 306 e 308, CTB, são de competência do Juizado Especial Criminal.

1.3) *Análise do parágrafo único do art. 291, CTB*

a) A Competência para essas infrações

O parágrafo único fez menção a 3 delitos: lesões culposas no trânsito (art. 303, CTB), embriaguez no trânsito (art. 306, CTB) e "racha" (art. 308, CTB).

O mesmo parágrafo referencia 3 institutos da Lei nº 9.099/95: art. 74 (composição civil), art. 76 (transação penal) e art. 88 (representação).

Diante do texto legal, passaram tais infrações a ser de menor potencial ofensivo, e, portanto, de competência do Juizado?

Importa observar que todas elas têm pena máxima superior a 1 ano, e a Lei nº 9.099/95 considera infração de menor potencial ofensivo aquela cuja pena máxima não exceda 1 ano.

Apesar disso, surgiram inicialmente dois posicionamentos sobre a questão:

1°. Tais delitos passaram a ser também de competência do Juizado Especial Criminal, tendo o CTB ampliado o rol das infrações de menor potencial ofensivo;

2°. Não devem essas 3 infrações ser consideradas de menor potencial ofensivo; continuam elas a ser de competência do Juízo comum, embora com a peculiaridade de aplicação, pelo próprio Juízo comum, dos institutos elencados no parágrafo único do art. 291, CTB.

Após a edição da Lei nº 9.503/97, foi formada pelo Ministério Público/RJ uma comissão, da qual fiz parte, para estudo da lei, tendo, a respeito do assunto, concluído a comissão devesse ser adotado o segundo posicionamento (conclusão nº 1), uma vez que o legislador estabeleceu, de forma destacada, para essas infrações, apenas alguns institutos elencados na Lei nº 9.099/95. Quisesse equipará-las às infrações de menor potencial ofensivo, bastaria consignar que a elas seria aplicada a Lei nº 9.099/95, e não consignar apenas 3 institutos, de forma expressa, da citada lei, como fez.

b) Aplicação dos institutos da representação e da composição civil (arts. 74 e 88 da Lei nº 9.099/95)

Diante do preceituado no parágrafo único do art. 291, CTB, alguns doutrinadores passaram a entender ser exigível a representação para esses 3 delitos.

Ocorre que os crimes de embriaguez ao volante e "racha" têm como objeto juridicamente tutelado a incolumidade pública; conseqüentemente, não possuem ofendido individualizado, certo, determinado; o ofendido, aqui, é a coletividade, como um todo.

Torna-se, portanto, inconcebível, exigir-se representação para esses dois delitos.

Assim, outra corrente doutrinária, por entender, corretamente, incabível a representação para esses dois delitos, posicionou-se no sentido de que o texto do parágrafo de um artigo de lei deve ser sempre conjugado com o

caput, e que, aqui, o parágrafo único deveria ser conjugado com o *caput* do art. 291, que determina seja a Lei nº 9.099/95 aplicada subsidiariamente aos delitos de trânsito, “no que couber”.

Como consequência, tendo em vista que, dos 3 delitos, apenas a lesão corporal culposa admite o instituto da representação, o art. 88 da Lei nº 9.099/95 só seria exigível para o art. 303, CTB.

O mesmo ocorre com a composição civil; considerando-se que nos crimes de embriaguez e racha não há ofendido individualizado, o art. 74 previsto no parágrafo único do art. 291, CTB só será aplicável ao art. 303, CTB – lesões culposas ao volante.

Essa foi a conclusão de nº 3 da Comissão do MP.

OBS: vale ressaltar que DAMÁSIO DE JESUS entende que, justamente porque devem ser conjugados o *caput* e o parágrafo único do art. 291, CTB, os arts. 74 e 88 da Lei nº 9.099/95 só serão aplicáveis à lesão corporal culposa ao volante, e o art. 76, referente à transação penal, não será aplicável a nenhum dos três delitos, pois não são eles infrações penais de menor potencial ofensivo.

— Em que momento deve ser a representação oferecida, no caso do art. 303, CTB?

Devemos observar a regra do CPP, art. 5º, parágrafo 4º, a qual determina que, no crimes que dependam de representação, o inquérito policial só pode ser instaurado com oferecimento da mesma pelo ofendido, ou prevalece a regra do art. 75 e parágrafo único da Lei nº 9.099/95, segundo a qual o direito de representação é exercido em momento posterior, na audiência preliminar, se não obtida a composição civil, ou mesmo após, desde que não se tenha operado a decadência?

Já vimos que a competência para esses delitos é do Juízo comum, pois não foram eles equiparados às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Conseqüentemente, não podemos aplicar aos mesmos a Lei nº 9.099/95, integralmente, mas tão-somente, quando couber, os arts. 74, 76 e 88.

O art. 75 da lei, responsável pela mudança da regra geral do CPP, em relação ao momento do oferecimento da representação, não foi previsto no parágrafo único do art. 291, CTB.

Portanto, entendendo deva ser observada a regra geral do CPP, sendo o momento para representar o previsto no art. 5º, parágrafo 4º do referido estatuto.

O Dr. MARCELLUS POLASTRI argumenta acerca da dificuldade de, nessa hipótese, ser aceita a renúncia expressa no parágrafo único do art. 74 da Lei nº

9.099/95, uma vez que o instituto da renúncia pressupõe ato anterior ao exercício do direito pelo seu titular, no caso, o ofendido, e que aqui já teria ocorrido a representação, quando da instauração do inquérito policial, no do momento da audiência preliminar, não sendo possível a renúncia.

Entretanto, devemos observar que, na verdade, o art. 104, CP exige que a renúncia seja anterior ao direito de queixa, já que, oferecida a queixa-crime, está proposta a ação penal; originariamente, não havia renúncia ao direito de representação, instituto peculiarmente criado pela Lei nº 9.099/95.

Ora, se atentarmos para a definição jurídica de **renúncia**, que é, segundo DAMÁSIO DE JESUS, "*a abdicação do ofendido ou de seu representante legal do direito de promover a ação penal privada*" (CPP Anotado, 1990, p. 46, Ed. Sarai-va), trazendo essa definição para a norma do art. 74 da Lei nº 9.099/95, devemos considerar a renúncia não como a abdicação do direito de representar, mas a abdicação do direito de possibilitar a promoção da ação penal.

Assim, nada impede que, no momento da audiência preliminar, já tenha havido representação, feita por ocasião da instauração do inquérito policial.

Entendo que, se houver a conciliação civil, na mencionada audiência, ainda que tenha havido a prévia representação, não é ela apta a legitimar o Ministério Público a fazer a transação penal ou oferecer denúncia, uma vez que o ofendido, com a composição civil, renunciou ao direito de ver proposta a ação penal correspondente.

— É cabível, nos delitos previstos no parágrafo único do art. 291, CTB, a conciliação civil e a transação penal, na forma do art. 79 da Lei nº 9.099/95?

Concluiu a comissão negativamente, acerca dessa possibilidade (conclusão nº 2, segunda parte), por falta de expressa definição legal, uma vez que o parágrafo único do art. 291, CTB só prevê a conciliação civil e a transação penal na forma dos arts. 74 e 76 da Lei nº 9.099/95.

Ademais, a composição civil torna-se, nessa hipótese, incabível, posto que aqui já há oferecimento de denúncia, estando, portanto, proposta a ação penal; impossível, assim, renúncia a um direito já exercido, o que poderia ocorrer se admitíssemos o cabimento do art. 79 da Lei nº 9.099/95 e fosse a conciliação civil bem-sucedida.

c) O cabimento da transação penal (art. 76)

É cabível a transação penal para esses 3 delitos, que não têm a pena máxima de até 1 ano, como exige a Lei nº 9.099/95? É válida a admissão da transação penal prevista no parágrafo único do art. 291, CTB para os mesmos?

Surgiram para essa questão 3 correntes:

1ª. É incabível a transação penal por inconstitucionalidade, uma vez que o art. 98, I, CF só permitiu a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, nos Juizados Especiais Criminais;

2ª. É cabível a transação penal, já que o parágrafo único do art. 291, CTB ampliou o rol das infrações de menor potencial ofensivo, passando as infrações previstas no citado parágrafo único a ser de competência do Juizado;

3ª. É cabível a transação penal para as infrações previstas no art. 291, parágrafo único, CTB, porque a Constituição Federal, ao permitir a transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo, não quis vedá-la nas demais hipóteses.

Essa última corrente foi a adotada pela comissão do MP (conclusão nº 2), por maioria, discordando dela a Dra. *Maria Aparecida*, e entendo a corrente mais acertada.

Se observarmos o art. 98, I, CF, veremos que o legislador constituinte quis assegurar o instituto da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, mas não o proibiu nas demais hipóteses.

É o mesmo que ocorre, por exemplo, com o art. 5º, inc. XXXVIII, CF, que assegura a instituição do Júri para os crimes dolosos contra a vida.

Ninguém discute que lei infraconstitucional, embora não possa retirar do júri a sua competência para os crimes dolosos contra a vida, pode ampliá-la, como já faz, aliás, com os crimes conexos.

Também não deve prevalecer o argumento de que a transação penal seria uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade e uma exceção ao devido processo legal, pelo Ministério Público, razão pela qual deva tal exceção estar prevista a nível constitucional.

Conforme lição do eminente AFRÂNIO SILVA JARDIM, a transação penal, pelo Ministério Público, quando a lei a prevê, não importa em mitigação ao princípio da obrigatoriedade, ou infringência ao devido processo legal, uma vez que a transação penal nada mais é do que uma forma de exercício da ação penal; portanto, deve o Ministério Público, em atenção a esse princípio, exercer a ação penal, como a lei determinar: se for caso de oferecimento de transação, tem que fazê-lo; se for caso de oferecimento de denúncia, tem que ofertá-la.

d) Forma procedimental desses institutos perante o Juízo comum

Para essas 3 infrações, há instauração de inquérito policial, auto de prisão em flagrante, *etc.*, tudo em observância às regras gerais do CPP.

Chegando, todavia, o inquérito para o Ministério Público formar sua *opinio delicti*, deve este verificar se há hipótese de conciliação civil e/ou transação penal; em sendo cabíveis os institutos, deve pedir ao juiz designação de audiência preliminar, sem oferecer denúncia.

Não sendo obtidas nem a conciliação civil, nem a transação penal, na audiência preliminar, o juiz deve determinar nova abertura de vista ao Ministério Público.

O promotor, seguindo as regras e os prazos do CPP, oferecerá denúncia, e o processo terá seu curso normal, também observando-se as regras do CPP.

Nesse sentido, a conclusão da comissão do MP (nº 2, segunda parte).

Atenção: LUIZ FLÁVIO GOMES sustenta que, na hipótese do art. 301, CTB, não há que se falar em flagrante, impedindo-se a prisão do agente e a lavratura do respectivo auto.

Discordo. Pela própria leitura do artigo, não há dúvida da subsistência do estado de flagrância (art. 302, CPP), porém, se houver socorro, pelo agente, à vítima, apenas não se imporá a ele a prisão e prestação de fiança.

1.4) Análise dos arts. 292/296, CTB

A suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor é pena restritiva de direito.

DAMÁSIO DE JESUS entende que esse art. 292 somente pode ser aplicado conjugado com o art. 296 e nas hipóteses dos arts. 302, 303, 306, 307 e 308, CTB, porque neles há previsão expressa para esse tipo de pena.

A comissão do MP, todavia, concluiu de forma diversa (conclusão nº 4).

O art. 292, como pena restritiva de direito, pode ser aplicado de forma isolada ou cumulativa.

Quando na parte especial o delito não fizer previsão dessa pena, como é o caso dos arts. 304, 305, 309, 310, 311 e 312, CTB, pode o juiz substituir a pena originária por essa restritiva de direito, observando as regras do CP.

Nos artigos em que houver previsão expressa para essa pena, o juiz tem que aplicar a pena restritiva de direito de forma cumulada com a pena privativa de liberdade, devendo-se atentar para o fato de que, quando há tal previsão, ela vem sempre de forma cumulativa (ex.: art. 302, CTB).

Já na hipótese do art. 296, ainda quando não haja previsão dessa pena na parte especial do CTB, tal artigo confere ao juiz a possibilidade de aplicar a pena restritiva de direito de forma cumulativa, mas aqui não há obrigação de tal cumulação, como na situação anterior.

É importante lembrar que, por se tratar a pena de suspensão de pena restritiva de direito, pode o Ministério Público fazer a proposta de imposição dessa pena, tanto na transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95) quanto por ocasião da suspensão condicional do processo (art. 89, parágrafo 2º da Lei nº 9.099/95).

— O art. 160 CTB - devemos observar que há nesse artigo uma forma de suspensão de fato da habilitação, já que, ainda que o juiz, na condenação, não tenha expressamente imposto tal suspensão, de acordo com esse artigo, porém, o condutor condenado só pode voltar a dirigir após ser submetido a novos exames.

Devemos também atentar para o fato de que, ainda que após a condenação, tenha sido reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena concretizada na sentença, prevalece válido esse efeito da condenação.

Portanto, para essas espécies de crimes, o Ministério Público tem interesse em dar continuidade ao processo penal, mesmo vislumbrando que, ao final, estará prescrita a pretensão punitiva estatal pela pena *in concreto*.

1.5) A questão da multa reparatória (art. 297, CTB)

Confesso que, particularmente, a interpretação desse artigo é a que, atualmente, mais me aflige, pois, ao que parece, pela forma como foi confeccionado o artigo, será a multa reparatória ineficaz e sem aplicação na prática.

Surgiram, para a natureza jurídica da multa reparatória, duas correntes:

1ª. a multa reparatória tem natureza penal: em sendo assim, se adotarmos essa tese, como não há cominação legal da mesma, quer na parte geral, quer na parte especial do CTB, conseqüentemente, por força do princípio da reserva legal, previsto tanto na CF quanto no art. 1º, CP, é inaplicável a multa reparatória;

2ª. **tem natureza civil:** foi a conclusão da comissão (conclusão nº 6), uma vez que não há cominação para esse tipo de multa, e os delitos prevêem, vários deles, a pena de multa, mas não esta; na multa reparatória, o pagamento tem que ser feito à vítima ou aos seus sucessores. Outrossim, diz o parágrafo 3º que, na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado, o que vem a reforçar a tese de sua natureza civil.

Acredito, portanto, que a intenção do legislador foi efetivamente a de dar à multa reparatória natureza civil, não penal.

Porém, de acordo com o art. 297, parágrafo 2º, CTB, se o condenado não pagar essa multa reparatória espontaneamente, será ela executada de acordo com o art. 50, CP, como a multa penal, hoje considerada dívida de valor.

Ora, como pode uma multa civil, cujo benefício tem que ser revertido para a vítima ou seus sucessores, não ser por eles executada, se não for espontaneamente paga?

Se o crédito era deles, como passar na execução a ser dívida de valor e o crédito, o benefício, passar a ser do Estado?

Por tudo isso, repito, acho essa penalidade de difícil exequibilidade prática, embora, em tese, concorde com a sua natureza civil.

2) *Os Delitos em Espécie*

2.1) *Homicídio Culposo e Lesão Corporal Culposa (arts. 302/303, CTB)*

a) "na direção de veículo automotor"

- esses delitos só incidem se o agente que agiu com negligência, imprudência ou imperícia estava conduzindo veículo automotor.

Assim, por exemplo, se o auto estava sendo empurrado, com o motor desligado, quando o acidente veio a ocorrer, o agente vai incidir na hipótese do art. 121, parágrafo 3º ou 129, parágrafo 6º, CP.

— É cabível perdão judicial para o homicídio culposo e a lesão corporal culposa?

Surgiram, para essa questão, dois posicionamentos:

1º. não cabe perdão judicial para os crimes de trânsito, pois o art. 300, CTB, que o previa, foi vetado, e o perdão judicial no Código Penal está previsto na parte especial (art. 121, parágrafo 5º e 129, parágrafo 8º, CP), só admitindo o art. 291, CTB aplicação das normas gerais do CP;

2º. é cabível o perdão judicial para os arts. 302/303, CTB, porque a razão do veto não foi impedir a possibilidade do instituto; ao contrário, o veto decorreu do texto do artigo, que restringia o alcance do perdão judicial em relação ao CP.

São essas, *in verbis*, as razões do veto:

“O artigo trata do perdão judicial, já consagrado pelo direito penal. Deve ser vetado, porém, porque as hipóteses previstas pelo parágrafo 5º do art. 121 e parágrafo 8º do Código Penal disciplinam o instituto de forma mais abrangente.”

Além disso, o perdão judicial, embora constando da parte especial do CP, é norma geral, e não especial. O mesmo ocorre, por exemplo, com a definição de funcionário público; embora esteja na parte especial do CP, trata-se de norma geral.

Por fim, os crimes dos arts. 302 e 303, CP são normas remetidas, isto é, fazem menção a outro tipo penal, que os integram, e, portanto, as normas gerais do homicídio culposo e da lesão corporal culposa do CP aplicam-se aos arts. 302/303, CTB.

A comissão do Ministério Público concluiu no sentido deste último posicionamento (conclusão nº 7).

2.2) O art. 304, CTB

Inicialmente, deve ser ressaltado que o art. 304, CTB faz menção a “veículo”, unicamente, e não a “veículo automotor”, como ocorreu na redação dos arts. 302 e 303, CTB. Assim, poderíamos inicialmente interpretar que para essa norma qualquer tipo de veículo, mesmo aquele que não seja automotor (ex. carroça), incide no tipo penal em tela.

Todavia, como bem argumenta DAMÁSIO DE JESUS, o art. 291, CTB, regra geral, fala em “veículos automotores”, o mesmo ocorrendo com os dois tipos penais anteriores.

Creio, portanto, concordando com DAMÁSIO DE JESUS, que se trata meramente de má redação por parte do legislador, devendo ser considerado que o delito só incide para “veículos automotores”.

Outra questão que se coloca é que o art. 304, CTB, só deve prevalecer como delito autônomo se o condutor do veículo envolvido em acidente, mas sem que tenha tido culpa no mesmo, deixa de prestar imediato socorro à vítima ou deixa de solicitar auxílio à Autoridade Pública.

Isso porque, se houve culpa do agente, deve ele responder pelo delito de homicídio culposo no trânsito, com aumento de pena decorrente da omissão de socorro (art. 302, parágrafo único, III, CTB), ou pelas lesões culposas no trânsito, com o mesmo aumento (art. 303, parágrafo único, CTB).

Deve ser observado que o próprio art. 304, na sua cominação de pena, se coloca como dispositivo subsidiário, quando explicita "se o fato não constitui elemento de crime mais grave".

Nesse sentido, concluiu a comissão do Ministério Público (conclusão de nº 8).

Vale, também, ressaltar que o art. 304, CTB, só tem cabimento quando o omitente for agente envolvido no acidente; sendo um terceiro que eventualmente deixar de prestar o socorro, responde pelo art. 135, CP – omissão de socorro comum.

— E na hipótese de, numa colisão envolvendo dois veículos, com vítima, o condutor do veículo que tenha agido culposamente prestar socorro à vítima, impedindo o outro envolvido de fazê-lo? Subsiste para este o crime do art. 304, CTB?

O bom senso nos leva a afirmar negativamente, malgrado o disposto no parágrafo único do art. 304, CTB.

A responsabilidade do agente envolvido no acidente, mas que não tenha agido com culpa em relação ao socorro da vítima, só deve ser exigida caso o primeiro responsável pelo socorro, que vem a ser o agente que tenha agido com culpa, se omita.

Surge imediatamente para o agente causador do acidente a responsabilidade no socorro da vítima, sob pena de responder pelo delito do art. 302 ou 303, CTB, com aumento de pena.

Podemos, então, dar uma interpretação ao parágrafo único do art. 304, que, acredito, melhor se enquadra à espécie: quando o parágrafo refere-se a "terceiros", quer dizer pessoas estranhas às envolvidas no acidente; os condutores dos veículos não são terceiros, mas partes envolvidas.

— E se, num acidente envolvendo A, motorista de um veículo e culpado no acidente, B, também envolvido no acidente, mas sem ter agido com culpa, e C, vítima, A foge sem prestar socorro à vítima, B também não socorre, e a vítima vem, em consequência do acidente, a falecer?

A vai responder pelo art. 302, CTB, com o aumento de pena do parágrafo único.

E B? Ele não pode responder pelo art. 302, CTB, pois não obrou com culpa "na direção de veículo automotor", sendo que a sua omissão posterior contribuiu para o resultado, morte da vítima.

O art. 135, CP, prevê aumento de pena para essa possibilidade, o que não ocorre, aqui.

DAMÁSIO DE JESUS sustenta que B, nessa hipótese, deve responder pelo delito do art. 121, parágrafo 3º, CP, solução plausível em face do que dispõe o parágrafo único do art. 304, CTB, que diz ser o delito subsidiário, e o crime do art. 121, parágrafo 3º, CP, tem pena mais grave.

— Uma última questão: o parágrafo único do art. 304, CTB, dispõe que o crime deve subsistir ainda que tenha tido a vítima morte instantânea. DAMÁSIO DE JESUS diz que o tipo penal menciona o dever de assistência à vítima, e que, portanto, se ela já faleceu, não tem como o agente socorrer a vítima, pois não há mais vítima para ser socorrida. A hipótese, portanto, é de crime impossível, de acordo com RENE ARIEL DOTTI.

2.3) O art. 305, CTB

Inicialmente, tem-se discutido a constitucionalidade desse artigo, porque não seria razoável exigir-se de ninguém a auto-incriminação.

Ainda que superemos essa crítica, de acordo com a conclusão da comissão (conclusão nº 9), esse artigo só poderia subsistir no caso de infrações sem vítima, uma vez que, se há vítima, ou o agente tem culpa no acidente e vai responder pelos delitos dos arts. 302 e 303, CTB, com seus aumentos de pena, ou não tem, e responde pelo art. 304, CTB.

Evoluindo um pouco sobre a questão, creio ser, em tese, até cabível o concurso de delitos, sem *bis in idem*, quando houver vítima, pois pode o agente socorrer a vítima, mas depois afastar-se do local para fugir a futura responsabilidade.

DAMÁSIO DE JESUS entende que, aqui, a fuga deve ser eficaz, isto é, é preciso que com sua fuga tenha o agente efetivamente impedido a descoberta da autoria do evento.

Discordo. O artigo exige apenas que o agente tenha se afastado do local com o fim de fugir à responsabilidade.

Portanto, pouco importa tenha ele atingido, ou não, seu objetivo.

Basta que fique comprovado ter agido ele com essa finalidade.

2.4) O art. 306, CTB

Para a ocorrência do delito, é preciso que o agente embriagado esteja: a) conduzindo o veículo automotor; b) que o esteja fazendo em via pública.

Assim, se o agente é surpreendido dentro de um veículo estacionado, mesmo embriagado, não há crime.

Do mesmo modo, se é surpreendido em via privativa, sem acesso ao público, como, por exemplo, no interior de uma propriedade particular, não há crime.

— Como podemos atestar a embriaguez, para fins do art. 306, CTB?

É válido o limite de 6 decigramas por litro de sangue, instituído no art. 165, CTB, para considerarmos que somente após esse índice o agente estava embriagado?

Há duas posições, para essa questão: a **primeira**, que entende que o art. 306, CTB, deva ser atrelado ao art. 165, CTB; assim, se o agente tem menos de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, a conduta é atípica.

A **segunda corrente** entende que não deva a norma penal ser atrelada à administrativa. Foi essa a posição adotada, por maioria, pela comissão do Ministério Público (conclusão de nº 10).

Para existência do crime, basta que o agente, por estar sob a influência de álcool ou de substâncias análogas, conduza o veículo de forma anormal, expondo dessa forma a dano potencial a incolumidade de outrem.

Tal conduta independe do índice de álcool que o agente tenha ingerido.

Cada indivíduo tem tolerância diferenciada no organismo para a ingestão de álcool.

Em um indivíduo, 2 decigramas podem ser suficientes para fazer com que o mesmo passe a conduzir o veículo em condições anormais. Num outro, de maior tolerância, pode ter 8 decigramas e estar ele dirigindo sem colocar em risco a coletividade.

Vale lembrar, a esse respeito, que, no projeto que deu origem à presente lei, chegou a haver proposta de introdução no tipo penal de limite tolerado, não tendo, todavia, tal proposta vingado, o que demonstra que o legislador quis deixar ao prudente arbítrio do juiz a análise da conduta do agente, no caso *in concreto*.

Se não ficar demonstrado que o agente, ao conduzir o veículo em via pública, mesmo tendo ingerido álcool, colocou em risco a incolumidade pública, pode subsistir tão-somente a infração administrativa do art. 165, CTB, se ultrapassado o limite tolerado pelo artigo.

Não pode prevalecer a conduta do art. 34, LCP, que está derogado pelo CTB, pelos mesmos motivos que serão agora colocados para o art. 32, LCP, em relação ao art. 309, CTB.

2.5) O art. 309, CTB

A discussão que vai agora ser colocada tem abrangência para os crimes dos arts. 306, 308, 309 e 311, CTB.

Todos esses artigos falam em gerar perigo de dano, expor a dano potencial a incolumidade de outrem, após a narrativa da conduta do agente.

Passou-se a discutir se tais delitos seriam de perigo abstrato, isto é, o agente, ao praticar aquela conduta, teria contra si a presunção de que a mesma, por si só, estaria colocando em risco a sociedade, e, assim, bastaria ao Ministério Público demonstrar a prática pelo agente da conduta, e não do perigo resultante, pois o perigo seria resultante da própria lei, ou se seriam de perigo concreto, ou seja, haveria necessidade de ser comprovada não só a conduta, pelo agente, mas também que o mesmo, com aquela conduta, colocou em risco a incolumidade pública; haveria necessidade de comprovação de todo o tipo penal.

Hoje, de forma amplamente majoritária, adotou-se o entendimento de que tais delitos seriam de perigo concreto.

Aliás, após o advento da Constituição de 1988, já vinham os penalistas sustentando a inconstitucionalidade do perigo abstrato, pois feriria os princípios da presunção de inocência, da lesividade do bem jurídico tutelado, da ampla defesa, já que o perigo abstrato demandaria apenas a realização, pelo agente, da conduta descrita no tipo penal, havendo presunção de que o mesmo, com tal conduta, estaria agindo contrariamente à lei, ainda que tal conduta não tivesse resultado em dano ou colocado em risco qualquer bem jurídico, quando sabemos que o direito penal visa justamente tutelar bens jurídicos.

Também haveria, de acordo com DAMÁSIO DE JESUS, infringência ao princípio da culpabilidade previsto no CP, tendo em vista que a presunção, no perigo abstrato, é absoluta, não permitindo ao sujeito a prova de que no caso concreto não podia prever o resultado perigoso.

Sem querer alongar a discussão sobre o tema, apenas para dar notícia sobre o posicionamento de DAMÁSIO DE JESUS, vem ele sustentando, após criticar essa classificação de crimes de perigo, por vários motivos, serem os delitos de trânsito de lesão jurídica, argumentando que o agente, com a sua conduta, simplesmente estaria lesionando o objeto juridicamente tutelado, que, aqui, seria a incolumidade pública, pouco importando a prova de que, no fato concreto, o agente tenha colocado em risco alguém, individualmente.

Por fim, sustenta ele que essa tese só pode incidir sobre os delitos vagos, que são aqueles que têm a coletividade como sujeito passivo.

Mas, voltando à questão que nos interessa, uma vez que a tese sustentada por DAMÁSIO DE JESUS é minoritária, e aqueles que quiserem se aprofundar na mesma podem recorrer ao livro do autor (*Delitos de Trânsito*, Ed. Saraiva), a tese que hoje prevalente é a de que os delitos dos arts. 306, 308, 309 e 311, CTB são de perigo concreto; conseqüentemente, precisamos demonstrar não só a conduta perpetrada pelo agente, mas também o perigo descrito na norma penal.

Surgiu, a partir desse posicionamento, a seguinte questão:

E se não conseguirmos demonstrar o perigo? Acerca dessa pergunta, o delito que vem suscitando maiores dúvidas é o do art. 309, CTB.

Se não conseguirmos demonstrar que o sujeito, dirigindo sem habilitação, "gerou perigo de dano", a sua conduta é atípica, enquadrando-se apenas na infração administrativa (art. 162, CTB), ou subsiste a contravenção do art. 32, LCP?

Duas correntes se formaram:

1ª. considerando-se que a norma do art. 309, CTB é de perigo concreto, se não demonstrado o mesmo, no caso que se apresentar, subsiste a contravenção do art. 32, LCP, de perigo abstrato;

2ª. está revogada a contravenção do art. 32, LCP, com o advento do CTB; ou a conduta do agente enquadra-se no delito do art. 309, CTB, ou é atípica, havendo tão-somente infração administrativa.

A comissão do Ministério Público, por maioria, adotou o último posicionamento (conclusão de nº 12), conclusão essa que também adoto.

Com efeito, já na época da contravenção do art. 32, LCP, após o advento da CF de 1988, a jurisprudência vinha, embora de maneira não uniforme, se posicionando no sentido de que a infração deveria ser de perigo concreto, não bastando, para sua configuração, que o agente simplesmente conduzisse sem habilitação; era necessário que, no caso concreto, ficasse demonstrado que o mesmo colocava em risco a segurança pública, pois não tinha condições de conduzir o veículo.

Assim, o art. 309, CTB, veio a firmar essa corrente jurisprudencial, colocando de forma expressa exigência que antes vinha sendo feita a nível jurisprudencial.

Portanto, se adotarmos esse posicionamento, para considerarmos revogada a contravenção do art. 32, LCP, basta que consideremos que a nor-

ma posterior revogou a anterior, pois o direito penal não pode admitir que dois tipos penais descrevam uma mesma conduta infracional, e a lei posterior revoga a anterior.

Porém, consideremos que o art. 32, LCP, é de perigo abstrato.

Não comprovado o perigo concreto, como exige o art. 309, CTB, pode o agente ser condenado pelo art. 32, LCP?

Ainda aqui, entendo que não.

O CTB regulou a matéria relativa a trânsito.

Quando estabeleceu para o art. 309, CTB, a conduta criminosa, e para o art. 162, CTB, a infração administrativa, quis o legislador criminalizar com mais rigor aquele que, dirigindo sem habilitação, coloque em risco a segurança pública, e considerar como mera infração administrativa a conduta daquele que, embora dirigindo sem habilitação, não colocou em risco a coletividade, porque tinha condições para dirigir.

O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que regulamenta as formas de revogação de uma norma por outra, determina que uma das formas de revogação ocorre quando legislação posterior venha regular inteiramente determinada matéria. É o que ocorre aqui.

O CTB regulou a matéria de trânsito como um todo; conseqüentemente, revogou a contravenção do art. 32, LCP.

— E os processos que estavam em curso quando do advento da Lei n° 9.503/97?

Entendo que houve *abolitio criminis* para aqueles que estavam sendo processados, devendo ser declarada extinta a punibilidade do agente que respondia pelo art. 32, LCP.

Valem aqui os argumentos relativos a veículo automotor e via pública; só quem está conduzindo veículo automotor, e em via pública, sem a devida habilitação, responde pelo delito.

— E se o agente tem habilitação, mas não para a condução do veículo que está dirigindo?

Entendo incorrer o tipo penal, pois o crime dispõe que tem que ser “a habilitação devida”, e se a habilitação que ele está portando não é a apropriada para o tipo de veículo, deve ser considerada “indevida”.

OBS.: DAMÁSIO DE JESUS chama a atenção para o fato de que o agente conduzindo ciclomotor não pode incidir na infração em

tela, uma vez que o art. 141, CTB, fala em autorização para conduzir ciclomotores (*vide* definição de ciclomotor no anexo I, CTB) e o art. 309, CTB, não faz menção a autorização.

2.6) O art. 310, CTB

Inicialmente, valem aqui todas as considerações feitas a veículo automotor, ressaltando ainda DAMÁSIO DE JESUS que a entrega de veículo ciclomotor não pode configurar o delito em tela, pois, da mesma forma que no crime do art. 309, CTB, o art. 310 fala em habilitação, e o art. 141, CTB, exige autorização para a condução de veículo ciclomotor.

Outra questão que se coloca é que, se não se pode exigir que o agente, por estar meramente dirigindo sem habilitação, se enquadre no tipo penal do art. 309, CTB, como já explanado, sendo a conduta atípica, não se pode considerar crime autônomo entrega do referido veículo a quem não tenha habilitação, presumindo-se perigo nessa conduta.

Como diz DAMÁSIO: *“se simplesmente dirigir veículo sem habilitação não configura crime, a participação pela entrega da direção etc. não pode constituir delito autônomo. Se o fato principal (a direção) não é típico, a participação (entrega da direção do veículo) não pode ser transformada em delito autônomo. O legislador não pode converter uma participação atípica numa conduta típica autônoma.”*

Por isso, conclui o autor que a primeira figura típica é inconstitucional, pela presunção de perigo, devendo ser desconsiderada.

Todavia, há autores que sustentam em sentido contrário, entendendo ser o crime de perigo abstrato e válida a sua aplicação; para aqueles que adotarem tal entendimento, deverão também, por questão de coerência, considerar o crime do art. 309, CTB, como de perigo abstrato.

— Qual o momento consumativo do delito?

O crime do art. 310 só se consuma quando a pessoa a quem o veículo é entregue ou confiado começa a dirigi-lo.

Nesse sentido é a posição de DAMÁSIO DE JESUS, com a qual concordo, uma vez que o tipo penal não fala em entregar o veículo, mas em entregar “a direção de veículo”, e direção é ato de dirigir.

(*) SIMONE BENÍCIO FEROLLA é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
