

Arquivamento recusado. Aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. Questão referente à natureza jurídica do art. 309 do CTB. Não-derrogação do art. 32 da LCP

Assessoria Criminal
Procedimento Administrativo: MP- 3.615/99

Origem: I Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital

Assunto: Arquivamento de Termo Circunstanciado – Artigo 28 do Código de Processo Penal.

Arquivamento recusado. Aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal. Termo circunstanciado referente a direção sem habilitação.

Pretensão de arquivamento do órgão de execução fundada na não-configuração de infração penal. Discordância judicial com remessa dos autos à Chefia do *Parquet*, por entender presente a tipicidade do fato.

Questão referente à natureza jurídica do artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro e, também, derrogação do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais pelo disposto no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

Controvertida a matéria, e não havendo antagonismo entre os dispositivos do CTB e da LCP que possa impedir a coexistência dos dispositivos em nosso ordenamento jurídico, entende-se não derogado o artigo 32 da LCP.

Parecer, pois, no sentido de **não insistir no arquivamento.**

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

1. O Exmo. Dr. *Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto*, Juiz de Direito do I Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital, com fundamento no arti-

go 28 do Código de Processo Penal, encaminha a esta Procuradoria-Geral de Justiça, para os devidos fins, os autos do procedimento acima referenciado.

2. Cuida-se de termo circunstanciado lavrado com narrativa de apreensão de motocicleta, em 22 de setembro de 1998, cujo condutor, *Alexssandro da Silva Souza*, não possuía a devida habilitação para condução do veículo (fls. 04/05).

3. Em fls. 12/13 consta promoção de arquivamento, da lavra da Dra. *Lisângeli A. Erthal Rocha*, Promotora de Justiça em atuação perante o I Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital, postulando o arquivamento do Inquérito Policial sob o fundamento de que, não havendo indício de que estivesse o autor do fato dirigindo de forma anormal, "*gerando efetivamente perigo de dano*", a conduta relatada no termo circunstanciado configura apenas infração administrativa e não infração penal. Conclui a ilustre Promotora de Justiça que, "*ausente o perigo de dano, o risco à incolumidade pública, não restou configurado o crime*".

4. Em fls. 15/17 consta decisão judicial, na qual o Magistrado, Dr. *Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto*, discorda do pleito de arquivamento formulado, por entender que há grande discussão doutrinária sobre a matéria, havendo entendimento no sentido de que o crime do artigo 309 do CTB seria crime de mera conduta. Além disso, aduz o Magistrado que resta controvérsia, também, acerca da derrogação do artigo 32 da LCP pelo Código de Trânsito. Conclui, por fim, que "*por ter sérias dúvidas quanto à interpretação adotada no pedido de arquivamento, em tema ainda tão debatido, estou convencido da propriedade do oferecimento da denúncia e da necessidade de se levar a causa às barras dos tribunais*." Encaminha o feito, então, à Procuradoria-Geral de Justiça, para os fins do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Este o sucinto relatório.

5. Salvo melhor juízo, assiste razão ao douto magistrado.

6. Verifica-se, no estudo da matéria, que a questão dos autos tem gerado debates acirrados em doutrina, no que diz respeito à natureza jurídica do delito previsto no artigo 309 da Lei nº 9.503/97, que trata do crime de direção sem habilitação.

No artigo do Código de Trânsito mencionado, a lei se refere à geração ou exposição a dano potencial.

Indagam os intérpretes da lei o que caracterizaria o "dano potencial" exigido.

Há diversos entendimentos a respeito da matéria. A doutrina, ao se manifestar sobre o tema, diverge sobre a interpretação do dispositivo legal.

O ilustre professor DAMÁSIO DE JESUS, ao tratár da natureza jurídica dos crimes de trânsito, descreve a controvérsia reinante em sede doutrinária.

ria e sustenta que o crime objeto do presente procedimento, como mencionou em sua promoção a Dra. Promotora de Justiça, é crime de “*lesão e de mera conduta*”, ensinando que o agente, “*com o simples comportamento, reduzindo o nível de segurança, já pratica o delito, pois lesiona o interesse público de que não seja rebaixado. (...) A lesão ou dano, em nossa posição, refere-se ao interesse jurídico, e não ao objeto material do delito*” (Crimes de Trânsito, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1998, p. 20/21). Afirma o professor paulista que somente ocorre o crime do artigo 309 do CTB quando o motorista “*dirige de forma anormal*”. No mesmo sentido o entendimento dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo FERNANDO CAPEZ e VÍCTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, exposto no artigo “*Questões controvertidas e aspectos práticos do Código de Trânsito*”, publicado na revista da APMP de janeiro de 1998.

O eminente jurista LUIZ FLÁVIO GOMES, em artigo publicado no IBCCrim nº 61, de dezembro de 1997, sustenta serem os crimes de trânsito, dentre eles o objeto do presente procedimento, crimes de **perigo concreto indeterminado**, sustentando que se faz necessária a prova da “*potencialidade lesiva concreta*”. Ainda no sentido de que se trata de infração de perigo concreto há o entendimento do Ministro Vicente Cernicchiaro, além da opinião dos autores FERNANDO CÉLIO DE BRITO NOGUEIRA, in *Crimes do Código de Trânsito*, ed. Atlas, 1999, p. 45, e de ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES e SHEILA JORGE SELIM DE SALES, *apud* DAMÁSIO E. DE JESUS, obra citada, p. 158.

Há ainda uma terceira posição que, ao discutir a natureza jurídica dos crimes de trânsito, aí incluído o do artigo 309 do CTB, se socorre da jurisprudência amplamente majoritária relativa ao artigo 34 da Lei das Contravenções Penais, no sentido de que os crimes de trânsito são delitos de **perigo abstrato**. Na doutrina, nesse sentido, o entendimento do professor LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA ROCHA, exposto em artigo publicado no IBCCrim nº 61, p. 06/07, além do ensino de RUY CARLOS KOLB SCHIEFLER, in “*Embriaguez ao volante – não exigência de dano ou risco concreto*”, artigo publicado na *Revista da Associação Catarinense do Ministério Público*, e JORGE HENRIQUE SCHAFFER MARTINS, in “*Aspectos Criminais do Código Brasileiro de Trânsito*”, artigo publicado na RT 752/438-451.

Percebe-se, no estudo do tema, que é matéria tormentosa e de difícil solução, não havendo, ainda, posição firmada da jurisprudência sobre o assunto, até mesmo em virtude da recenticidade da lei.

A nosso ver, melhor posição, que adotamos por ora, é aquela que exige a demonstração da efetiva existência do perigo, até mesmo em razão da redação do dispositivo legal em exame. Afastada a possibilidade de aplicação do artigo 309 do CTB, portanto, se não restar caracterizada ou indiciada, no procedimento investigativo, conduta perigosa por parte do autor do fato.

7. Além da discussão acerca da natureza jurídica do crime previsto no artigo 309 do Código de Trânsito, faz-se necessário analisar a subsistência, no ordenamento jurídico, após a edição e entrada em vigor da Lei nº 9.503/97, da contravenção penal prevista no artigo 32 da LCP, no que tange à direção sem habilitação de veículos automotores.

A importância da análise da possível derrogação do artigo 32 da LCP se apresenta porque, afastada a incidência do crime do artigo 309 do CTB, por falta de prova do perigo concreto, restaria caracterizada, se ainda em vigor, a contravenção prevista na Lei das Contravenções Penais.

A questão é altamente polêmica e dá ensejo a acirrada discussão doutrinária, havendo duas correntes de entendimento sobre a matéria.

Entendem alguns doutrinadores que o Código de Trânsito, ao regular toda a matéria pertinente à direção de veículo automotor em via pública, derogou a primeira parte do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais. Desse entendimento são os professores LUIZ FLÁVIO GOMES, RENÉ ARIEL DOTI, FERNANDO CAPEZ e DAMÁSIO DE JESUS, afirmando este último que *"o ato de dirigir sem habilitação é simplesmente ilícito administrativo, como vem recomendando a doutrina. Dirigir sem carteira, por si só, não expõe a incolumidade pública a perigo de dano. A conduta, em si mesma, não rebaixa o nível de segurança no trânsito. (...) O artigo 32 da LCP, que define a contravenção de direção sem habilitação, foi derogado pelo 309 do CT."* (Crimes de Trânsito, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1998, p. 183 e 189).

Uma segunda corrente, em sentido inteiramente oposto e que conta com o valioso aval do professor JULIO FABBRINI MIRABETE (opinião exarada em palestra proferida na AMPER), sustenta a não derrogação do artigo 32 da LCP, que continuaria em vigor para alcançar as hipóteses de direção não habilitada de veículo na via pública *sem gerar qualquer situação de risco*. Tal orientação é, também, a adotada oficialmente pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (Conclusão nº 8 do Encontro sobre o Código de Trânsito), que entende não haver qualquer incompatibilidade entre os dispositivos legais do Código de Trânsito e da LCP, uma vez que o crime contém um *plus* em relação ao tipo contravencional, o que tornaria o dispositivo da LCP subsidiário em relação ao crime de trânsito. No mesmo sentido o entendimento do professor e Promotor de Justiça FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, em artigo publicado na RT 750/506-509 (*"Direção não habilitada de veículo: o crime e a contravenção"*).

No sentido da vigência conjunta do crime de trânsito e da contravenção já se manifestou a jurisprudência, conforme demonstram as ementas abaixo transcritas:

"A partir da vigência da Lei nº 9.503/97, a condução

de veículo automotor, em via pública, passou a constituir duas figuras delituosas distintas: o crime previsto no art. 309 da referida lei quando existe perigo de dano concreto; não havendo, será a contravenção do art. 32, eis que se trata de infração de mera conduta." (Ap. n° 1.091.253/8 – Ac. Unânime da 6ª Câmara do TACRIM-SP, em 24/06/98 – Rel. Juiz Ivan Marques, in *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo – As mais recentes decisões*, outubro de 1998, n° 17, p. 06, n° 08)

"O Código de Trânsito Brasileiro, ao tipificar como crime a direção inabilitada de veículo na via pública, no caso de perigo de dano, não revogou o preceito do art. 32 da Lei das Contravenções Penais, que continua em vigor para os casos não contemplados no art. 309 da Lei 9.503/97." (HC 326.720/9 – Acórdão Unânime da 15ª Câmara do TACRIM-SP, em 13/08/98 – Rel. Juiz Luiz Carlos Biasotti – RT 758/559)

8. Acresça-se ao entendimento esposado pela segunda corrente o argumento de que o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 341, expressamente revogou quatorze diplomas legais e que, caso fosse intenção do legislador afastar a incidência do artigo 32 da LCP na hipótese, bastaria acrescentá-lo ao rol dos dispositivos expressamente mencionados na lei.

Para que se entenda revogado (ou derogado) dispositivo legal, é necessário que a lei nova afaste, expressa ou implicitamente, a aplicação do dispositivo anteriormente vigente.

A revogação implícita ocorre quando se verifica haver efetiva *incompatibilidade* entre as normas. O tema é estudado de forma perfeita e brilhante pelo prof. CARLOS MAXIMILIANO, que, em sua festejada obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ensina:

"Pode ser promulgada nova lei, sobre o mesmo assunto, sem ficar tacitamente abrogada a anterior (...) Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de Direito não se presume; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O jurisconsulto PAULO ensinara que – as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada por argumentos sólidos..."

(obra citada, Ed. Livraria do Globo, 2ª edição, 1933,
p. 367 – grifos não constantes do original)

9. Importante, por fim, considerar que o entendimento de que o artigo 32 da LCP estaria derogado constituiria estímulo à não-habilitação, uma vez que a direção inabilitada passaria à esfera de mero ilícito administrativo.

A lei de trânsito, que entrou em vigor com a finalidade de regular e punir mais severamente os desvios referentes à condução de veículos automotores, estaria a discriminar condutas transgressoras, o que não se coaduna, de modo algum, com os reclamos sociais.

Parece-nos, portanto, que o melhor entendimento, ao menos enquanto ainda vigora intenso debate doutrinário e jurisprudencial, é no sentido de que permanece em vigor o artigo 32 da Lei das Contravenções Penais, o qual deve ser utilizado nas hipóteses em que não houver a indicação de que tenha a conduta do autor do fato acarretado efetivo perigo concreto de dano.

10. Estando presente a tipicidade da conduta do autor do fato, referente à contravenção penal prevista no artigo 32 da LCP, é hipótese de prosseguir-se no procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 e não de arquivamento do expediente.

11. Em face do exposto, o parecer é no sentido de não insistir no arquivamento, com a designação de Promotor de Justiça desimpedido para prosseguir oficiando no feito.

Rio de Janeiro, 07 de abril de 1999

FLÁVIA ARAÚJO FERRER DE ANDRADE
Promotora de Justiça
Assistente

De acordo:

ADOLPHO LERNER
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo o parecer, por seus próprios fundamentos. Designe-se Promotor de Justiça desimpedido. Publique-se. Arquive-se o remanescente.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça