

O CÓDIGO DE TRÂNSITO DERROGOU O ART. 34 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES? EXAME DE CASO CONCRETO OCORRIDO EM 2002.

Dois jovens em um veículo foram abordados de frente uma boate num determinado município de Minas Gerais, por policiais militares. Estes, apontando suas armas, determinaram aos dois jovens descessem do veículo, motivo: “*manobras perigosas – cavalo de pau*”.

Nenhum cidadão presente no local, nas imediações da boate, viu a manobra perigosa ou ouviu o ruído produzido pelo atrito dos pneus com o solo.

A suposta testemunha ocular da infração de trânsito, até a qual foi levado o veículo e seu jovem condutor, estava a pelo menos oitocentos metros do local onde foram abordados.

O Ministério Público, confundindo o local onde teria ocorrido a infração, ofereceu denúncia pedindo a condenação do jovem no art. 34 da Lei das Contravenções Penais, com base no relatório do policial responsável pela detenção do veículo e seu condutor, constante do Boletim de Ocorrência, por constar no mesmo o nome da suposta testemunha ocular acima narrada.

Em defesa preliminar, afora a inépcia da denúncia, o condutor do veículo alegou a derrogação do art. 34 da LCP pelo Código de Trânsito, afirmando que a indigitada manobra perigosa ficou adstrita a pena administrativa, não configurando tipo penal do art. 34 referido, por ter o citado Código de Trânsito disciplinado toda matéria, tanto administrativa quanto penalmente.

O titular da vara criminal da comarca onde tramita o processo, fundando-se na doutrina atual, e princípios da alternatividade e subsidiariedade e especificidade, entendeu não ter o Código derogado o artigo 34 em foco, porém, absolveu o jovem condutor por total ausência de prova do fato por ele praticado.

Resta, ainda, uma pergunta: subsiste, com força em princípios de alternatividade ou de subsidiariedade ou de especificidade, o art. 34 da Lei das Contravenções Penais quanto à infração de trânsito do art. 175 em face do Código de Trânsito?

1. A DERROGAÇÃO DO ART. 34 DA LCP PELA LEI 9.503 DE 1997:

No Boletim IOB nº 11/03, quanto ao princípio da subsidiariedade encontramos: “*também conhecido como princípio da ultima ratio, segundo o qual o Direito Penal só deve ser utilizado após terem-se esgotados todos os meios extrapenais de controle social*”.

Faz-se mister transcrever sobre o PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE: “*É um corolário dos princípios da intervenção mínima e da legalidade. O Direito Penal deve exercer uma tutela seletiva de bens jurídicos, protegendo somente os bens valiosos para a sociedade como um todo. O Direito Penal deve punir as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário*” (BOLETIM IOB nº 11/03).

Se assim o é, e sabendo-se os limites de atuação estatal encontrar-se na lei, cujo princípio da taxatividade impõe seja clara e precisa quanto ao núcleo do tipo penal e sanção imposta, impera-se verificar se a regulação global da matéria pelo Código de Trânsito, tornando-se, pois, a regra geral do tema, não exclua da esfera penal a “*manobra perigosa*”, por entender que o ato em si mesmo não afeta bens jurídicos importantes para a sociedade como um todo, senão o patrimônio do praticante, vez que os acidentes pessoais dele resultantes têm tipificação específica, a teor dos artigos 302, 303 e 304 do referido

Código, e por que a execução de atos de “*cavalo de pau*” é previamente certificada pelos condutores em termos de potencialidade de dano à incolumidade pública, cujos acidentes só têm atingido os participantes, promotores e incentivadores do evento.

Não foi por estas razões que o dirigir embriagado e o praticar corrida não autorizada, em via pública, v.g., exigem para tipificação, a potencialidade de dano à incolumidade pública? Não havendo, por isso, presunção – abstrato – do perigo como ocorria na legislação anterior?

Não vemos de outra maneira, posto que, não fossem vítimas deste tipo de ação os próprios praticantes e seus incentivadores (espectadores), o legislador teria diminuído a proteção a bem jurídico relevante e importante para a sociedade como um todo, ao exigir perigo concreto nos artigos 306 e 308 do Código, carente de prova, o que não ocorre com a presunção de perigo.

Trata-se de tipificação de perigo concreto e coletivo, pois, impõe, não mera probabilidade ou presunção de dano, mas potencialidade de dano à incolumidade pública, como leciona o nobre professor **WILIAM WANDERLEY JORGE**¹: “*Perigo abstrato, também denominado ‘presumido’, é considerado pela lei em virtude de certa conduta. Não carece, por conseguinte, ser provado, pois contenta-se a lei com a simples prática do fato que o pressupõe ser perigoso*”, o que é incompatível com o sistema penal atual, exigindo, portanto, mais que probabilidade de dano, mais que presunção; logo, mais que abstração. Pois, “*perigo concreto é aquele que precisa ser comprovado, real, dependente de comprovação, isto é, precisa-se estabelecer a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido*”¹, como ocorre na hipótese de “...dano potencial...”

Leva a crer que os chamados “rachas” pelos jovens e mesmo o conduzir veículo embriagado em local ermo ou de raro momento de circulação de pessoas, veículos e animais, ou no qual a circulação de pessoas, veículos e animais acontece em horário diverso e distante daquele, não caracterizam os tipos penais, por insuficiente “*potencial de dano*”, permanecendo a infração administrativa – arts. 165 e 174 do Código de Trânsito.

Reforça-se a exigência de perigo concreto o disposto nos arts. 170 e 175 do CTB, os quais não foram capitulados pelos artigos 306 e 308 da referida lei.

As infrações administrativas de trânsito dos arts. 170 e 175 acima, não foram abarcadas pelo Capítulo XIX, Seção II, da Lei 9.503/97, tanto que ao tipificar a infração de seu art. 174, o faz somente quanto à *prática* do ato, eximindo de sanção penal o condutor que promove a “*competição esportiva*”; assim está escrito no art. 308: “*Participar... de corrida, disputa ou competição automobilística...*”

Dito isto, se possível fosse falar em especificidade, alternatividade ou subsidiariedade na tipificação de infração penal, não ficaria de fora nenhum envolvido em infrações de trânsito, porque do sistema jurídico penal, sempre, específica, alternativa ou subsidiariamente, poder-se-á haurir um tipo penal. Por que razão ficara de fora quem promove “racha”, apenas quem dele participa como condutor, se as ações são dependentes? Por que, também, por subsidiariedade, etc., não há imputação ao condutor que o promove?

Por que utilizar o veículo para exibição (art. 175) não foi tipificado e por especificidade, subsidiariedade ou alternatividade de uma imputação arbitrária, tipifica-o na Lei de Contravenções Penais?

1.2 A INCOMPATIBILIDADE E O CONFLITO:

Com o objetivo de estabelecer inteira e claramente a regulamentação do trânsito de pessoas e veículos em vias públicas terrestres, o Código de Trânsito nasceu sob a inspiração do *perigo concreto* ao bem jurídico que tutela, para atermos aos delitos de trânsito.

Diz o art. 1º do Código referido: “O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, **rege-se por este Código**”. (grifamos).

E no parágrafo primeiro, diz: “Considera-se trânsito a utilização da vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.

Se *trânsito* é a circulação e permanência de pessoas, veículo e animais nas “vias terrestres” e, se o *caput* determina que este exercício da liberdade seja *regido* por ele, infere-se a **regulamentação integral, exclusiva e exaustiva** do tema pelas disposições nele constantes, não havendo incidência de qualquer outra norma senão aquelas as quais efetivamente remete; em se tratando de delitos, art. 291.

E, assim, ao tratar do “CRIMES DE TRÂNSITO” em momento algum tipificou a “*utilização do veículo para exibição*” (art. 175), no que se inclui o “cavalo de pau” – *arrastamento de pneus* – descriminando a figura da “*direção perigosa*”, razão porque, derogou o art. 34 da LCP no que concerne ao trânsito terrestre.

E derogou, justamente, porque regulou inteiramente a matéria, ou seja, toda a disciplina administrativa e penal de trânsito nas vias terrestres nacionais.

Em sua inúmera descrição de infrações de trânsito, procurando ser exaustivo, fruto do detalhismo legislativo que nos é peculiar, e necessário ao direito penal – *princípio da taxatividade* –, o legislador regulou a matéria e a um só tempo igualou, em natureza administrativa, o fato de dirigir sem habilitação, sob a influência de substância entorpecente e, de utilizar o veículo para exibição ou “*manobras*” (arts. 162, 165 e 175), constituindo os três, infrações gravíssimas, cuja pena, quase idêntica, é: *multa, apreensão do veículo e suspensão do direito de dirigir*.

E em seu CAPÍTULO XIX capitulou, diversamente da Lei de Contravenções Penais, os CRIMES DE TRÂNSITO. E na Seção II ao tratar da tipificação dos crimes, estabeleceu, clara e precisamente, as ações que os configuram (arts. 302 a 312). Sendo que, as disposições a serem aplicadas, subsidiariamente, são as normas gerais do Código Penal e do Código Processual Penal e da Lei 9.099/95, assim mesmo no que o Capítulo referido “*não dispuser de modo diverso*” (art. 291). Não incluiu na tipicidade, a *ação exibicionista* ou a indigitada “*manobra perigosa*”, como o fez com a direção sob a influência de substância entorpecente (de efeitos análogos ao do álcool) e dirigir sem habilitação ou sem permissão.

Com isto, claramente excluiu da tipicidade a ação descrita no art. 175 e apenas capitulou os comportamentos descritos nos arts. 162 e 165. E não se pode dizer que se trata de erro legislativo para determinar a produção de efeito, no tempo, pelo art. 34 da LCP; assim fosse, por que razão tipificar somente as figuras da direção sem habilitação e embriaguez? Ou por que teria a figura do art. 175 ficado de fora, como de fora ficara a figura do art. 170? A resposta é que o processo legislativo quis, evidentemente, excluir do campo dos “*crimes em espécie*”, ou seja, dos delitos de trânsito a figura da *manobra perigosa*, mantendo-a apenas no campo da infração administrativa, cuja pena está prevista no citado arts. 175, por correlação dos princípios retrocitados: *fragmentariedade, taxatividade e legalidade*.

Ao estabelecer as espécies que configuram crime de trânsito, o legislador trouxe uma nova roupagem à matéria, uma nova estrutura, agravando a situação do condutor que, na direção do veículo, pratica a ação descrita pelo núcleo do tipo e, nesta nova estrutura *não capitulou* as ações descritas pelo “*utilizar-se de veículo*”, justamente por não terem o potencial exigido de causar dano à incolumidade pública, como acima exposto. Não se trata, indubitavelmente, de erro ou esquecimento do legislador, mas de verdadeira *exclusão* do campo penal.

Não há, destarte, como viger a um só tempo a Lei de Contravenções Penais e o Código de Trânsito no que tange ao trânsito terrestre, pois, há visível incompatibilidade entre eles.

Dito isto, se para o dirigir sem habilitação resta a figura típica do art. 309 do Código de Trânsito, para que a infração administrativa do art. 175 configurasse também um delito de trânsito, indispensável seria sua capitulação idêntica na Seção II do Capítulo XIX. A ausência, que não se confunde com omissão suprimível por um autoquerer jurisdicional, retira a tipicidade penal da infração. Esta ausência de tipificação consubstancia a *derrogação do art. 34 da LCP pela Lei 9.503/97, no que concerne aos delitos de trânsito, a qual nitidamente deixou de considerar crime a infração administrativa do art. 175.*

Por estas razões, não se pode, em face do vigor da lei nova aplicar a disposição da lei velha, cuja ação, deixou, em face da lei nova, de caracterizar um delito. Invocando o princípio de que a lei nova *retroage* para beneficiar, não pode haver a *ultra-atividade* da lei velha (LCP) para aplicá-la a fato descriminado, ocorrido sob a égide da lei nova, sob pena de agravar a situação do cidadão que cometeu mera infração administrativa; sob pena de transformar o que a lei nova estabelece como tal, em figura penal. Principalmente porque a *ultra-atividade* só se justifica nos casos de leis especiais ou excepcionais ou para beneficiar, relativamente a fatos ocorridos sob sua vigência, o que não é caso vertente.

Vale a pena reprimir, por isso, as lições do saudoso **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**: “O princípio cardeal em torno da revogação tácita é o da incompatibilidade. (...) Esta *incompatibilidade* pode ser resultado da normação geral instituída em face do que antes existia: *quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior*, todas as disposições desta deixam de existir, vindo a lei revogadora *substituir inteiramente a antiga*. Assim se toda uma província do direito é submetida a nova regulamentação, *desaparece inteiramente a lei caduca*, em cujo lugar se colocam as disposições da mais recente, como ocorreu com o Código Penal de 1940, promulgado para disciplinar inteiramente a matéria contida no de 1890. Se um diploma surge, *abraçando toda a matéria contida em outro, igualmente fulmina-o de ineficácia*, como se verificou com a Lei de Falências, de 1945, ou com a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, que veio substituir a de 1916. *Incompatibilidade* poderá surgir também no caso de disciplinar a lei nova, não toda, mas parte apenas da matéria, antes regulada por outra, *apresentando o aspecto de uma contradição parcial*. A lei nova, entre os seus dispositivos, contém um ou mais, *estatuindo diferentemente daquilo que era objeto de lei anterior*.”² (INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL – VOL. I).

Pergunta-se: a lei nova regulou inteiramente o transporte terrestre em via pública? *Sim*. A lei nova submeteu a matéria a nova regulamentação? *Sim*. A Lei nova abarcou todo transporte terrestre? *Sim*. A lei nova regulamentou o que, a partir dela, constitui ou não delito de trânsito? *Sim*. A lei nova traz preceito diverso relativamente ao art. 34 da LCP? *Sim*. Logo, a *incompatibilidade* entre os diplomas é veemente. Portanto, *derrogação* há do art. 34 da Lei de Contravenções Penais.

No mesmo sentido **DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS**: “Pode ocorrer que uma lei posterior deixe de considerar como infração um fato que era anteriormente punido. É a *abolitio criminis*, hipótese do art. 2º, *caput*, do CP: a lei nova retira do campo da ilicitude penal a conduta precedentemente incriminada – ‘ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime’ ”³.

O direito penal tradicional sempre teve o infrator como objeto do Estado, sujeitando-o à vontade autodeterminada de suas “autoridades”. O novo paradigma instituído pelo atual regime, a partir da Constituição Federal de 1988, pôs o delinquente na condição de sujeito de direitos, inclusive direito à pena devida e justa na forma da ordem jurídica e gravidade da ação praticada. A compreensão de que a criminalidade se combate,

eficazmente, mais pela educação e ressocialização que pelo cárcere (lata de lixo humano), fez exsurgir um novo Processo Legislativo, mais holístico, exigente com as descrições dos tipos penais como *ultima ratio* de pacificação da convivência social – princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

É por esta razão que, para um número cada vez maior de delitos formais tem-se exigido para sua configuração, não mais a probabilidade ou a presunção de um mal – *perigo abstrato* –, e sim a potencialidade, a circunstância fática necessária e indispensável que, em seu conjunto, seja capaz, esteja apto a causar o mal que se quer evitar. Como, p. ex., expor a vida ou a saúde de alguém a perigo. Se não ocorrer circunstâncias fáticas, elementos formadores do fato, cujo conjunto revele a aptidão, a capacidade, de pôr em perigo a vida ou a saúde de alguém, nega-se a configuração, “já que se trata de perigo, seria ir muito longe, na esfera do direito penal, punir-se a mera ou remota possibilidade do evento ou resultado” (MAGALHÃES DE NORONHA)⁴.

Dito isto, a “*manobra de arrastamento de pneus para se exhibir*” (art. 175), não constitui a qualificadora “perigosa” atribuída pelo direito penal tradicional e arcaico (art. 34 LCP). Trata-se de mera infração odiosa das regras da boa e pacífica circulação nas vias terrestres nacionais. Portanto, para qualificá-la, na esfera penal, como sendo “perigosa” e por conseguinte, tê-la como de “*exposição da segurança alheia a perigo*” (art. 34 LCP), importa, não mais presunção ou abstração do perigo, decorrente, presumivelmente, do só fato da ação descrita no núcleo do tipo, e, sim, a capacidade, a aptidão de “*pôr em perigo a segurança alheia*” – *perigo concreto*.

Eis, portanto, mais uma incompatibilidade do art. 34 da LCP com a principiologia da norma regulamentar do trânsito no território nacional. E por isso mesmo, não há de o ter como subsidiário ou alternativa ao referido Código quando com ele não se harmoniza. De contrário, estar-se-á agravando a situação do infrator de trânsito por uma ação atípica, enquanto as por ele tipificada se exige maior rigor na configuração que é a existência da potencialidade de dano ao bem jurídico tutelado.

1.2.1 AINDA O CONFLITO ENTRE AS NORMAS:

Argumentou, ainda, o juiz titular que não havia conflito entre o Código de Trânsito e o art. 34 da LCP. Num exame rápido daquele Diploma frente a este artigo, revelaria compatibilidade, não fosse pelo fato de que o primeiro regulou inteiramente a matéria contida neste, no que concerne à circulação de veículos e pessoas nas vias terrestres e as respectivas infrações penais; e porque ao fazer isto, instituiu elementos concretos para configuração do delito, alterando substancialmente o princípio regente de aplicação do direito penal: *a existência de perigo concreto*, dispensável pelo mencionado artigo.

Todavia, esta indução interpretativa, corresponderia a repriminar, em face da especificidade e integralidade do Código de Trânsito, a regra do art. 34 da LCP e sobretudo, manter uma figura incriminadora, descriminalizada pela norma nova, a qual não traz em si mesma um *agravamento* de um fato concreto – crime – cujo modo de execução, diferindo entre ela e o art. 34 da LCP, ensejaria a aplicação deste como um *minus* em razão do valor do fato frente a ambos.

De sorte que, a Jurisdição continuaria a tipificar, ainda que como “delito anão” um fato não mais tipificado em razão da evolução do Direito Penal moderno, para o qual deve se criminalizar um comportamento frente a sociedade como um todo, a moral e os bons costumes, a tolerância social, a indispensabilidade de atuação do Direito Penal, e o valor do bem ou bens jurídicos postos em risco pelo mesmo comportamento.

Chamamos a atenção para o caso do cloreto de etila – *lança-perfume*. A lei pune o uso e a venda de substâncias entorpecentes, porém, não as descreve. Trata-se da chamada “*norma penal em branco*”, posto que, o Ministério da Saúde expede, através de portaria, a

relação das substâncias que o Brasil considera entorpecentes, preenchendo, assim, a lacuna da lei principal, constituindo uma na outra; esta última na primeira, principal.

Anos atrás o Ministério da Saúde deixou de constar em sua portaria, no elenco das “*substâncias entorpecentes proibidas*”, o cloreto de etila; com isto, impediu a condenação de qualquer cidadão apanhado usando ou vendendo lança-perfume. Este fato não foi solucionado pela aplicação “*subsidiária*” da portaria anterior – complemento normativo –, mesmo que contida na norma principal, sob a generalidade: *substância entorpecente*.

Isto porque, enquanto vigera a portaria omissa do Ministério da Saúde como complementar da norma principal em branco, o lança-perfume deixou de ser considerado substância entorpecente proibida, ocorrendo verdadeira descriminalização do uso e da venda do cloreto de etila.

De contrário, a se levar pela tese lançada pelo honrado titular, a portaria anterior seria *subsidiária ou alternativa* e a figura típica não desapareceria com a não-proibição do uso do lança-perfume, tornando a portaria repristinada em verdadeira *lei especial* em relação à portaria então vigente.

Igual modo, no caso em tela, o CTB deixou considerar crime a conduta descrita no art. 175, limitando-a à figura da infração administrativa. A ocorrência do fato da “*manobra exibicionista*” não pode ser tipificada pelo art. 34 da LCP como norma subsidiária, por imperativa necessidade de perigo concreto, por ele dispensado. Corresponderia um agravamento, um *plus* e não um *minus* – característica própria e indispensável da *subsidiariedade* – em relação a uma norma principal – especial e integral –, igualmente, incriminadora, por inexistir no Código de Trânsito a tipificação desta figura.

A incompatibilidade entre o art. 34 da LCP e o Código de Trânsito em sua inteireza, principalmente, os artigos 1º, 291 e 302 a 312, repousa justamente nisto, no fato de que a “manobra de exibição” não foi tipificada pelo Código de Trânsito e, só pode ser, seguindo a principiologia adotada pela Lei 9.503/97, qualificada, no âmbito penal, como “perigosa” quando pôr efetivamente em risco qualquer bem jurídico protegido.

Imiscuir no campo da correção legislativa por via judiciária de uma suposta omissão legislativa (para nós verdadeira descriminalização), afigura-se uma forma canhestra de emendar o Código de Trânsito, derruindo o processo legislativo de observância obrigatória, como se o Judiciário pudesse corrigir um texto legal para tipificar um fato não tipificado pela lei especial, integral e exaustiva em vigor que derogou dispositivo de lei especial anterior. Vale a pena citar, analogicamente, a lição de **HAROLDO VALLADÃO**⁵: “O preceito do § 3º da Lei de Introdução, além de desatender à vontade do legislador ao fixar o prazo de vigência da lei, autorizaria fraude pelo Executivo, publicando a lei com defeitos e republicando com correções para protrair sua vigência total”. O inverso afigura-se, igualmente, de manifesta inconsistência, como soa a aplicação do art. 34 da LCP a fatos ocorridos na vigência do Código de Trânsito que não tipifica a conduta de “*utilizar-se do veículo para... demonstrar ou exibir manobra perigosa...*”.

Há como se vê nítida diferença incompatível entres os diplomas; enquanto na tipificação penal, o Código exige o perigo concreto – *elemento objetivo* – a potencialidade de dano que norteou toda tipificação penal nele descrita, na tipificação administrativa da figura contenta com o perigo presumido ou abstrato – *elemento subjetivo* –, pondo em xeque a tipificação penal – Lei das Contravenções – com base neste último, por representar um agravamento da situação do infrator de trânsito, relativamente à nova lei.

Portanto, o artigo 34 da Lei das Contravenções Penais conflita com o Código de Trânsito Brasileiro.

2. A SUBSIDIARIEDADE OU ALTERNATIVIDADE DO ART. 34 DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS:

A subsidiariedade traz em si, e obrigatoriamente também, a elementar de *continente*, ou seja, a norma subsidiária está contida na norma principal, havendo gradação na descrição da violação do bem jurídico tutelado, sendo a primária mais grave e a substituta menos grave. A norma subsidiária representa, destarte, uma infração de menor gravidade segundo o modo de execução do ato delitoso que a descrita na norma principal; já não se cogita do fato mas do modo de sua execução. Os elementos constitutivos do fato jurígeno não são suficientes para tornar o fato apto a produzir o efeito penal previsto na norma principal, todavia, constitui um fato hábil à configuração de um tipo penal menos grave. Tanto é assim, que a aplicação de uma ou de outra não decorre do exame *abstracto* das normas, mas do fato concreto e de seu valor perante elas (a principal e a subsidiária). Há, nítida relação jurídica entre a primária e a subsidiária, da maior para a menor, determinável quando não for possível, do fato concreto, *inferir a figura típica mais grave da norma principal, subsistindo-o como apto à atendibilidade da norma substituta menos grave*.

Não se fala, aqui, portanto, em norma geral e norma especial, pois, a subsidiária não é especial em relação à primária, ela é mera reserva daquela a fim de punir, pela observação do modo de execução, um fato por este constituído na reserva.

Desse modo, a ameaça está contida em vários delitos, como no constrangimento ilegal e no estupro, substituindo estes, caso não revele a execução do ato os fins descritos na norma proibitiva daqueles. Em outros termos, se não for para prática de ato sexual, nem for para fazer o que a lei proíbe ou deixar de fazer o que a lei permite, incide a norma do art. 147, tornando-se norma primária.

Igualmente o crime de *dano* está compreendido no de *furto qualificado*. Porém, se não houver furto (nem tentativa) exsurge a figura do dano como norma primária, que substituirá a figura primária e complexa do art. 155 do Código Penal. É nisto que consiste o princípio da subsidiariedade da norma.

Denota-se, existir na subsidiariedade uma relação jurídica de diminuição punitiva em relação à figura primária que a compreende. A substituta é assim *elementar* da própria figura primária. Limita-se aos atos executivos praticados pelo agente como forma de não ficar fora do campo da norma penal atos, igualmente, lesivos a bens jurídicos igualmente protegidos – *reservabilidade*.

A diferença entre especialidade e subsidiariedade, repousa no fato de que nesta “inexiste relação de gênero à espécie e o delito é sempre menos grave e naquela o tipo especial se impõe ainda que mais brando”⁶.

Como é possível observar, nenhuma das figuras típicas do Código de Trânsito traz ou pode trazer em seu conteúdo, como reserva, o artigo 34 da LCP.

Extraem-se, dessa forma, os requisitos para se falar em existência de *subsidiariedade* das normas: a)- existência de tipificação tanto na norma principal quanto na residual; b)- inserção da norma subsidiária na norma principal; b)- abrandamento da norma subsidiária em relação a principal em razão do modo de execução; c)- diferença entre a principal e a subsidiária decorrente do valor atribuído por ambas ao fato concreto – atos realizados; d)- impossibilidade concreta (fato) de aplicação da norma primária impondo a invocação do “*soldado de reserva*”³, daí a subsidiariedade; e)- fato concreto capaz de atender tão-somente a tipicidade da norma subsidiária.

Extrai-se, pois, a idéia de substituição ou de “exclusão de aplicabilidade de uma norma a um fato, por aplicação de outra norma a outro fato e isto resulta de ser o fundamento da subsidiariedade a chamada *residualidade*” (MARCELOS FORTES BARBOSA)⁶.

Inexistem tais requisitos no caso em tela, primeiro, porque não há tipificação no Código de Trânsito e, portanto, esboça o *continente* ou *inserção* indispensável da norma subsidiária na principal e mesmo da genérica na especial para se invocar tais princípios; segundo, porque a conclusão a que chegou o MM. Juiz é de análise *abstrata* das normas especiais e da geral e não decorrente do fato concreto como condição de configuração de uma pena menor em relação a fato e norma de maior gravidade; terceiro, porque não há em relação ao Código de Trânsito um abrandamento de fato típico pelo art. 34 da LCP como consequência do modo de execução do ato, constituindo em outro fato típico e outra norma; quarto, porque o art. 34 da LCP não constitui em *elementar* de um tipo penal do Código de Trânsito, que tampouco acrescentou elementos de natureza objetiva ou subjetiva a penalizar a infração do art. 175; quinto, porque o modo de execução descrito no art. 175 do CTB como infração administrativa é o mesmo descrito no art. 34 da LCP e por isso, não há diferença na atribuição de valor ao fato concreto, nem por aquele diploma específico nem por esta genérica, tampouco quanto ao modo de execução, resultando inexistir gradação para se cogitar de subsidiariedade.

Deveras, a subsidiariedade configura-se quando o *fato* constitui verdadeiramente um outro delito, porque não compreende nas *elementares* do tipo primário; mas preenche uma outra tipificação e portanto uma outra norma aplicável, porém contida no próprio instituto e a ele consentâneo; esta a lição de FORTES BARBOSA, citado HELENO FRAGOSO, exemplificando com a tentativa. Diz ele: “o fenômeno característico da subsidiariedade, que é a substituição de fato e norma por outro fato e outra norma. Por que se pune a tentativa? Pune-se a tentativa porque não ocorreu o fato consumado... Há assim um fato tentado, diverso do consumado, atendível por outra norma, diversa, no que diz respeito à gravidade, da norma que atende ao primeiro”⁶.

É conclusiva, portanto, a idéia de *exclusão* e *substituição* não só normativa mas também fática, insuficiente para aplicação da primária penalidade prevista. Fato inocorrente na especialidade. Daí, resulta na inexistência de “*condição de procedibilidade para que o agente venha a ser processado pelo fato mais grave*”. É o fenômeno de substituição “*fático-normativo*”.

O fundamento, portanto, é real e não aparente, dependente “*da apuração em concreto da relação*” das normas e dos fatos substituíveis. Razão pela qual autores como RICARDO C. NUNES, FRANCISCO CARONE DEDE e outros e o próprio autor, MARCELO FORTES⁶, entenderem não se tratar de um princípio mas de “técnica legislativa” a admitir apenas a subsidiariedade expressa, “*por referir-se expressamente à dualidade de fato e implicitamente à dualidade de normas, tem o condão de evitar que a relação de subsidiariedade continue a ser entendida como ‘princípio’ de solução de concurso aparente... Devendo ser tratada como modalidade criminosa na teoria geral do crime... Nunca porém como princípio resolutório de concurso aparente, em face da contradição palpável com os pressupostos do mesmo, que, em suma, são os pressupostos de qualquer situação concursal*”.

De modo que, se o Código de Trânsito regulamentou toda a circulação de pessoas e veículos em vias terrestres, tem-se que no capítulo reservado aos crimes de trânsito não tipificou a conduta do art. 34 da LCP e como norma especial prevalece sobre esta, de generalidade, e por isso, falar em subsidiariedade sem que o art. 34 da LCP constitua em *elementar* de um tipo penal previsto no Código de Trânsito, é desvirtuar o referido princípio, não será uma imposição diminuta de pena em relação a um delito de maior gravidade, mas, verdadeira penalidade de ato não previsto como crime pela suposta norma primária, portanto, agravamento de uma situação administrativa, fato que não corresponde à função deste princípio.

Vem-nos em conclusão ser a subsidiariedade incapaz de resolver a questão posta frente à Lei 9.503/97 e o art. 34 da LCP, quer por falibilidade do princípio, quer por inexistência das condições indispensáveis à sua aplicação como princípio solucionante de um suposto conflito aparente de normas.

3. A ESPECIFICIDADE DAS NORMAIS EM FOCO:

Tanto o Código de Trânsito quanto a Lei das Contravenções, são leis especiais a par da lei geral, Código Penal, a regularem inteiramente toda uma matéria e, no conflito entre uma e outra a lei nova prevalece, salvo a hipótese de fatos ocorridos na vigência da mais velha, mais branda. Aquele é específico e abrangente de um único tema, esta tipifica comportamentos de toda ordem, não apenas a circulação de pessoas e veículos em vias terrestres. *O próprio artigo 34 é exemplo, por tipificar, à sua época, tanto o comportamento previsto em vias terrestres e quanto em águas públicas.*

Na especialidade está presente em sua descrição a norma geral, porém, acrescida de circunstâncias agravantes ou privilegiadas, denominadas *especializantes*, as quais representam um *plus* ou um *minus* em relação à norma geral, dentro da complexidade fática descrita. Portanto, ínsita a idéia de continente.

Impera-se transcrever a posição tradicional de nossa doutrina: “uma norma é especial, a outra geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes, apresentando por isso um *minus* ou um *plus* de severidade” (LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA, citado por MARCELO FORTES BARBOSA)⁶.

Na especialidade, o tipo geral deve estar contido no tipo especial – modificativo da severidade –, porém, numa relação *abstrata*, só não se aplicando a norma geral pela “*maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial*” (MARCELO FORTES BARBOSA). Porquanto, prefere-se a lei especial em relação à lei geral, pois, “*lex specialis derogat legi generali*”.

Exige, ainda, a doutrina a “*consumação total unilateral*”, ou seja, a descrição fática deve moldar-se nos requisitos da complexidade prevista na lei especial, sendo ela índice dos elementos específicos de consumação, atendendo mais à função social que a norma genérica, “*pois só no confronto entre disposições de leis penais diferentes o concurso se poderá resolver em termos abstratos e de relação lógica de atendibilidade, de maneira específica e em termos de critério de solução de conflito aparente indubitoso*” (FORTES).

Por estas razões, o fato concreto seria elementar na indicação *abstrata* de *atendibilidade* exclusiva da norma especial e não da genérica, não havendo concurso aparente.

Infere-se pois os pressupostos da especialidade: **a)- norma genérica descrevendo a figura típica; b)- norma especial descrevendo a mesma figura e acrescentando elementos especializantes indicativos da consumação; c)- fato concreto de atendibilidade à complexidade da norma especial; d)- a verificação *in abstracto* da aplicação da norma especial ou genérica – relação ontológica.**

Porquanto, o fato constituirá o fator determinante da aplicação da norma geral ou especial, se e quando revestir integralmente as elementares do tipo previsto nesta última, por exemplo, o infanticídio contém a norma geral do homicídio, acrescida de especializante condição pessoal e objetiva do agente: *ser mãe e estar sob a influência do estado puerperal*.

De modo que, a morte de um neonato pela mãe não caracteriza, em princípio, infanticídio, mas homicídio. As circunstâncias pessoais e objetivas do agente são as indicadoras da incidência da norma especial, infanticídio. Ocorrendo-as, afasta-se da figura do art. 121, incidindo a figura do art. 123, a qual abarca em seu enunciado a própria figura do homicídio, relativizando a pena, *minus* acrescido pela especial, aplicável independente de previsão mais severa na norma geral.

Ora, se a lei especial, integral e exaustiva da matéria (art. 1º), não tipificou a figura, manter a tipificação da norma anterior (como especial em relação àquela), equivale a suprimir defeito ou imperfeição da verdadeira lei especial a corrigi-la, instituindo como crime aquilo fato que deixou de ser. Não havendo, dessarte, continente do art. 34 da LCP no Código de Trânsito, exsurge a *incompatibilidade* entre eles,

não pelos princípios da subsidiariedade ou da especialidade, mas sim, pelo princípio da *derrogabilidade*.

É que não pode se tornar específica disposição legal, cuja norma posterior regulou interiramente a matéria por ela regulada e, de modo diverso, norteado em preceito diverso com vistas aos princípios do Direito Penal moderno; e ao fazê-la não descreveu a figura típica para se cogitar de aplicação daquela pelo princípio da especificidade. Assim, a posição do MM. Juiz titular faz vigor a um só tempo, como normas especiais, em matéria de trânsito terrestre, tanto o Código quanto a Lei das Contravenções.

Com isto, pelo princípio da especialidade a norma especial substitui *in totum* a norma geral, ainda que menos severa na punição do fato descrito. Ambos os diplomas são normas especiais; e se se adotar, quanto à matéria, o Código de Trânsito como norma geral e a LCP como norma especial, fácil verificar inexistir qualquer relação entre os tipos penais do CTB e da LCP. Logo, falar em especialidade da norma do art. 34 da LCP, é acrescentar ao CTB este dispositivo como tipo penal da infração de seu art. 175; é adotá-lo como situação agravante – especial – do infrator para além dos tipos penais previstos, sem a correlada e precedente tipificação primária, criando verdadeira tipificação – repristinando – sem a indispensável descrição penal no sistema a que se relaciona, o Código de Trânsito, o que não guarda qualquer supedâneo na especificidade.

CONCLUSÃO:

O Direito Penal tem procurado tipificar comportamentos, cuja gravidade causa ou tem o potencial de causar dano a um bem jurídico; tem, também, procurado intervir nas atividades humanas somente quando for importante o bem jurídico que visa proteger em relação à sociedade como um todo; e por isso, tem discriminado condutas *“que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante o bem jurídico penal”* (Apu: BOLETIM IOB Nº 11/03), como também o comportamento social frente a fatos típicos hoje tolerados, como o adultério.

Dessa forma, vigem os princípios da *fragmentariedade*, da *proporcionalidade*, da *intervenção mínima*, da *subsidiariedade*, da *adequação social* e da *insignificância*, os quais não autorizam, no advento da Lei 9.503/97, vigor o art. 34 da LCP no que tange ao trânsito terrestre, por regulação inteira da matéria. Eis que, adequando, proporcionalmente, os meios e os fins da norma de trânsito, não encontra razão para a intervenção do Direito Penal no comportamento administrativo descrito pelo art. 175, tendo em vista que o bem jurídico e, eventualmente, atingido, não é outro senão a incolumidade dos próprios praticantes, promotores e incentivadores do evento, protegidos por figuras agravantes em relação a avoenga norma da LCP, arts. 302, 303, 304, 308, 311 e seguintes do Código de Trânsito Brasileiro.

É preciso que a situação fática a ser reprimida e punida na pessoa de seu autor, seja de tal relevância que atinge a sociedade. Esta *potencialidade* em atingir a sociedade deve ser *concreta*, não abstrata ou presumida, como se demonstrou, até mesmo para os casos em que a lei penal admite a presunção de perigo.

Dessa feita, ainda que tenha praticado *“direção perigosa”*, descrita no art. 175 do CTB, a ação do acusado não tem a *potencialidade* de produzir dano ao bem jurídico tutelado – incolumidade pública – impondo fique sua conduta adstrita à infração meramente administrativa. Aliás, como determina o Código de Trânsito.

A inexistência de incriminadora da infração administrativa do art. 175 do CTB solapa totalmente a tese da *subsidiariedade* por falta de *continente* das tipificações da própria figura do art. 34 da LCP no Código de Trânsito e por inexistência de um fato não adequado à tipificação *primária* e adequado à tipificação *subsidiária*, minorado pelo modo de execução e, por isso, esta última afiguraria um *minus* da figura principal, aqui inexistente.

Acontece que, o Código de Trânsito sendo *lei especial e integral* do trânsito, não pode ser *primária* para se cogitar de *subsidiariedade*, quando não tipificou a ação descrita no art. 34 da LCP; e, sendo exaustivo da matéria não tipificando a “*manobra perigosa*”, a aplicação do art. 34 da LCP, principalmente em sede de subsidiariedade não representaria nem cumpriria sua função social – *minorar em relação à norma primária* – e sim, agravaria a própria situação do acusado por impôr-lhe sanção penal a fato descrito como mera infração administrativa pela norma referida, tornando-se norma específica frente a norma específica, sem possibilidade de fundamento no princípio da especificidade. Não haveria substituição de uma norma por outra; haveria sim, aplicação direta e excludente do art. 34 da LCP, tornando esta especial em relação ao Código de Trânsito, ou tornando este em norma genérica.

Portanto, não se pode cogitar do princípio da especialidade, muito menos da aplicação técnica de exclusão pela *subsidiariedade*, por total ausência dos elementos necessários à existência de um conflito aparente de normas. Conflito exigiria que o Código de Trânsito houvesse tipificado a figura da manobra perigosa – art. 175 –, mediante a descrição de um modo de execução diverso da norma da LCP, acrescentando elementos objetivos ou subjetivos agravando a pena (como fez com os demais), sem contudo, esgotar a matéria. Só assim, poder-se-ia cogitar da subsidiariedade, vindo o art. 34 da referida lei minorar a situação do condutor, se sua ação – modo de execução – não preenchesse a figura típica mais grave do Código de Trânsito.

Nasceria, destarte, hipóteses de aplicação do princípio da especialidade, quando o fato, em sua inteireza, trouxesse os elementos indicativos da consumação do crime complexo, mais ou menos grave previsto no Código de Trânsito; ou da subsidiariedade quando o fato não se mostrasse suficiente para a consumação do crime complexo, porém, suficiente para invocação do “*soldado de reserva*”, constituindo no fato típico por este previsto, portanto, a substituição de um fato por outro fato e outra norma. Mas para isto o Código de Trânsito não só deveria ter tipificado a conduta prevista no art. 175, como também ser visto como norma genérica e não especial, donde se poder cogitar de subsidiariedade da norma e de norma substituta.

Nestes sentido transcrevemos decisões de nossos tribunais:

“Atendendo ao princípio da lesividade e aos preceitos do Direito Penal mínimo (no sentido de que a norma penal será aplicada quando houver dano ou pelo menos efetivo e concreto perigo de lesão ao bem jurídico por ela protegido), 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 *perigo abstrato*, presumido pelo legislador e independentemente, portanto, de prova e verificação no caso concreto. Algumas decisões relativamente recentes passaram a tratar aquelas contravenções como *infrações penais cuja configuração dependeria de perigo concreto, comprovação, em cada caso, de que o bem jurídico protegido sofreu perigo direto, iminente, próximo e concretamente aferível*” (FERNANDO CÉLIO BRITO NOGUEIRA)⁷.

“A nova legislação codificada (...) exigiu a *possibilidade* de dano, ao menos *potencial*, à incolumidade física das pessoas. Fora desses tipos penais, somente previu punições administrativas para quem ‘dirigir sem atenção ou sem os cuidados indispensáveis à segurança’ (artigo 169) ou ‘ameaçando os pedestres que estejam atravessando a via pública, ou os demais veículos’ (artigo 170). Dessa forma, o Código de Trânsito Brasileiro *regulou toda a matéria atinente à*

direção perigosa, prevendo como ilícito penal determinados comportamentos e infração administrativa os demais”.

(TACrim/SP – Ap. 1.296.039/1 – 4a Câ. – Rel. MM. Juiz Figueiredo Gonçalves – DJSP – 26.02.02 – Voto Unânime).

“Sendo o crime um desvalor da vida social, porque constitui um dano ou perigo de dano a um bem juridicamente tutelado, tem-se como consequência que esse bem ao qual o Direito Penal empresta proteção especial está sempre presente na estrutura de qualquer tipo penal.

Se assim o é, *o resultado*, normativamente considerado, e não em sua acepção naturalística, também *integra o tipo*, que tem como *pressuposto*, repita-se, conduta que *provoque dano* ou perigo ao bem tutelado. *Somente em se dando o resultado normativamente previsto é que se tipifica a conduta.*

O resultado, no entanto, só ganha significação *quando o objeto jurídico é afetado significativamente e o perigo também revele essa característica.* (RSTJ 53/347)”.

(STJ – 5ª TURMA – HC – 5.958 – SP – REL. MIN. EDSON VIDIGAL).

“Naquilo que concerne à condução de veículos por via terrestre, **derrogou o art. 34 da Lei de Contravenções**, na forma do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, de aplicação geral nessa matéria de sucessão de normas legislativas no tempo”.

(TACrim/SP – Ap. 1.296.039/1 – 4a Câ. – Rel. MM. Juiz Figueiredo Gonçalves – DJSP – 26.02.02 – Voto Unânime).

“(…) O Código de Trânsito Brasileiro, no que tange à condução de veículos por via terrestre, **regulou toda a matéria atinente à direção perigosa**, prevendo como ilícitos penais determinados comportamentos e como **infração meramente administrativa os demais, derrogando, assim, nesse aspecto de condução de automotor em via pública terrestre, o artigo 34 da Lei das Contravenções Penais**. Diante disso, dirigir automotor em via pública fazendo peripécias, *as quais aqui nem mesmo se apurou concretamente no que consistiram*, poderia configurar *infração administrativa* do artigo 170 do Código de Trânsito Brasileiro, *mas não tipifica ilícito penal*, não previsto nesse diploma legal, com tal adequação típica(…)”

(TACrim/SP – 4ª Câ. – Ap. 1.300.643/5 – Rel. MM. Juiz DEVIENNE FERRAZ – DJSP – 09.04.02, VOTO UNÂNIME).

O Estado modernizado, mas, estruturado sob o guante ditatorial e inquisitor, tem se mostrado hábil formulador de conceitos e preceitos a reger não só as relações negociais e de proibição, também as interpessoais como as próprias relações socioafetivas. Neste contexto, ele apresenta justificações alicerçadas em fundamentação meramente econômica a saciar como outrora, sua ganância e falta de capital decorrente de sua incapacidade de administrar, segundo a ordem jurídica, a riqueza de todos. Nasce, destarte, a constitucionalidade de institutos materialmente inconstitucionais como a CPMF e a eliminação do limite de juros, tudo no afã de satisfazer sua ganância e manter um sistema de minorias, uma espécie de pirâmide financeira, como aquelas que se espalharam Brasil afora, dentro da qual a maioria debaixo proporciona lucros astronômicos e incompatíveis com a circulação de riquezas do país (dinheiro, bens e serviços) para os de cima, sem contudo, poder alcançar ao topo.

Nesta seara, é preciso coragem para dissentir, muitas vezes, das concepções e preconceitos estabelecidos pelo Estado como imposição ao cidadão à sustentar suas mazelas e deficiências. O Estado revela sua voracidade de comando e subjugamento da própria vida íntima do cidadão, inclusive no campo legislativo ao inclinar-se para uma minudente legislação, inclusive para as exceções, de sorte a aprisioná-lo. Exsurge, assim, uma nova forma de escravidão como temos dito, uma escravidão econômica imposta pela concepção fora da teoria tridimensional do direito.

Ao dissentir de muitos comandos não estarão, os aplicadores do direito, rebelando-se contra o poder ou contra um sistema, mas cumprindo sua *função social* afeita a toda e qualquer atividade, principalmente a do Estado e não apenas a atividade particular do cidadão. Num sistema jurídico onde se garante a propriedade desde que ela cumpra sua *função social*, não pode ocorrer que as atividades estatais estejam fora do campo de incidência desta mesma função social. *E cumprir a função social é atuar segundo e na direção dos objetivos fundamentais do povo brasileiro, pois, o poder dele emana e constitui a razão de ser do próprio sistema e do próprio Estado.*

Devemos ter a coragem de desprendermos dos grilhões das concepções predefinidas, não podemos seguir em suplementação à falta de aptidão do Estado, quer para gerir os recursos públicos, quer para legislar. A falha da legislação penal não pode ser corrigida pelo aplicador da norma para acrescentar nela algo que não existe, sob pena de se transformar em instrumento de um Estado ditador, não como antes, mas na típica *ditadura branca*. Promover a Justiça é dever do Estado e da própria sociedade, mas Justiça não compreende impor ao cidadão o cumprimento de uma ordem desprovida de uma estrutura legislativa, senão apenas nela compreendida como extensão da competência do tribunal e de sua discricionariedade na interpretação normativa.

Emendar a legislação criar-se-á, no campo da incidência obrigacional sobre o cidadão, uma norma sem precedente legal, corrompendo, *data venia*, o próprio ordenamento jurídico penal.

O promotor é promotor de justiça e não promotor de inquisição ou condenação. Promove-se justiça não somente quando se pede a condenação do acusado, mas, igualmente quando se reconhece a injustiça ou ilegalidade ou esvaziamento do preceito normativo aplicável ao fato a ele imputável.

Pormover a justiça sob emendas legislativas, em suplementação à fome legislativa do Estado, não é justiça, é imposição coercitiva de um comando ditatorial que nos lembra a prisão de Monteiro Lobato em razão de missiva enviada a Getúlio Vargas criticando o trabalho do Conselho Nacional do Petróleo por proteger as empresas estrangeiras em detrimento das nacionais. Justiça assim pode ser qualquer coisa, menos Justiça segundo a ordem legal.

A nova lei de trânsito norteia todas as tipificações pela existência concreta de perigo, exceto nos delitos de resultado, donde concluir que se fosse a intenção do legislador punir, criminalmente, a infração do art. 175 do CTB, não o deixaria de fazer por meio, também, da exigência de *perigo concreto*.

Por isso, não resta dúvida que o art. 34 da LCP foi derogado pela Lei 9.503/97, arts. 1º e 291, porque em matéria de trânsito terrestre, o diploma citado é especial e regente inteiro e exclusivo da matéria, aplicando-o, ainda que mais brando.

TELMO ARISTIDES DOS SANTOS-ADVOGADO
04.02.04

BIBLIOGRAFIA:

1. JORGE, WILIAM WANDERLEY, "CURSO DE DIREITO PENAL – VOL. 1º";
2. PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, "INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL – VOL. I";
3. JESUS, DAMÁSIO EVANGELISTA DE, "DIREITO PENAL – PARTE GERAL – VOL. 1";
4. NORONHA, EDGARD MAGALHÃES, "DIREITO PENAL – VOL. 2";
5. VALADÃO, HAROLDO, "LEI NO TEMPO" – ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO – VOL. 49;
6. BARBOSA, MARCELO FORTES, "CONFLITO DE LEIS PENAI" – ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO – VOL. 18;
7. NOGUEIRA, FERNANDO CÉLIO DE BRITO, "O NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO REVOGOU OU NÃO AS CONTRAVENÇÕES DOS ARTIGOS 32 E 34 DA LCP?"