

A CONTRAÇÃO DO ARTIGO 32 DA LEI DAS CONTRAÇÕES PENAS É DE PERIGO ABSTRATO OU CONCRETO?

(A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO)

LUIZ FLÁVIO GOMES

Mestre em Direito Penal pela USP, Doutorando
em Direito Penal na Faculdade de Direito
da Universidade Complutense de Madri
e Presidente do IBCCrim

Ementa: “REsp — Direito Penal — Contravenção penal (art. 32) — Concurso de pessoas — O Direito é sistema. O Código Penal, a lei fundamental da respectiva legislação. O Concurso de pessoas decorre da conduta típica. Na Contravenção Penal (art. 32), o verbo reitor é dirigir. Acrescente-se o elemento — sem a devida habilitação — e a circunstância de lugar — na via pública. Considere-se ainda o — Resultado (sentido normativo). Renegue-se o delito de perigo abstrato. Alguém pode estimular ou concorrer materialmente (entregar a chave do veículo, hipótese dos autos). Incide, pois, o disposto no art. 29, Código Penal. De outro lado, o bem jurídico — Incolunidade Pública (Preservação de pessoas e coisas indeterminadas) foi posto, na hipótese, concretamente, em perigo.” (STJ, REsp. 34.222-0-RS, 6.^a T., Rel. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.93, v.u., DJU de 2.8.93, p. 14.295).

Na jurisprudência brasileira é reconhecidamente majoritário o entendimento de que a contravenção de falta de habilitação (LCP, art. 32) é infração de “perigo presumido ou abstrato”. Há inclusive posições mais extremadas que chegam a

admitir (em desfavor do que dirige sem habilitação) “presunção de culpa”, inversão do ônus da prova etc. No moderno Direito Penal, no entanto, é cada vez mais intensa a reprovação de presunções legais, particularmente a presunção de perigo, que enseja a punição penal por mera “desobediência ao preceito legal”. O que a doutrina penal moderna enfatiza é o seguinte: a presunção legal de perigo permite a imposição de sanção penal a quem (concretamente) não lesou nem colocou em perigo qualquer bem jurídico, violando, dessa forma, o princípio da ofensividade ou lesividade ou do *nullum crimen sine iniuria*. De outro lado, a presunção “legal” de perigo conflita com a presunção “constitucional” de inocência. Pelos dois motivos, como procuraremos demonstrar, é absolutamente inconstitucional e insustentável a interpretação, vitoriosa até aqui, que reconhece viabilidade ao perigo presumido ou abstrato.

Para a configuração da contravenção de falta de habilitação, segundo nossa jurisprudência, basta que o autor do fato realize a conduta descrita abstratamente no tipo legal, que consiste no seguinte: “Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a

motor em águas públicas: Pena — multa". A lei contravencional "pune o dirigir sem habilitação legal porque se presume *juris et de iure* que o agente não tem capacidade técnica para tal atividade e por isso pode causar desastres, com ou sem vítimas pessoais" (JTACrimSP, 9/71, *apud* Geraldo Pinheiro/Dorival Ribeiro, p. 615). Nas infrações de perigo, "desrespeitada a norma legal, não se torna necessário indagar se ocorreu qualquer perigo ou dano efetivo a direito de terceiro; a idéia de perigo é presumida na conduta" (JTACrimSP, 18/178, *apud* Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 619). "O artigo 32 da LCP exige, na sua interpretação objetiva e lógica, que se trate de veículo a motor, pois o perigo *in abstracto* está na condução de uma força propulsora por quem não tenha habilitação técnica para fazê-lo" (RT 537/333, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 622).

Esse entendimento jurisprudencial conta com amplo apoio doutrinário (v. Damásio de Jesus, p. 101; Marrey Neto, RT 679/314; Sérgio Médici, p. 104; Salles Júnior, p. 199; Valdir Sznick, p. 210). A modalidade contravencional ora enfocada, diz Marrey Neto, "se consuma, vale dizer, se considera cometida pelo fato só de alguém dirigir veículo automotor em via pública sem estar habilitado, tratando-se, como já visto, de contravenção que se caracteriza independentemente de pôr em risco a quem quer que seja, por isso mesmo dita de 'perigo abstrato'" (RT 679/314).

A presunção de perigo, de outra parte, é "absoluta", isto é, não admite prova em contrário. Mesmo que o condutor do veículo demonstre que de sua conduta não derivou risco algum para ninguém, ainda assim, resta configurada a contravenção, nos termos da jurisprudência atual, que proclama: "Diante dos termos claros do art. 32 da LCP, que fala em 'devida habilitação', vale dizer, em habilitação segundo as prescrições regulamentares, é irrelevante a demonstração

de capacidade técnica ou perícia do condutor do veículo, para isentá-lo da sanção punitiva" (RT 319/317, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 612). Consoante julgado do TACrimSP (citado por Damásio de Jesus, p. 104), "o legislador presume imperita a pessoa que dirige veículo automotor sem a devida habilitação, sendo irrelevante a prova em contrário".

A demonstração de que o condutor é motorista hábil ou que tem habilitação de fato ou que já foi aprovado nos exames necessários para a habilitação ou que já é habilitado para dirigir outro tipo de veículo de nada vale. A presunção de perigo é absoluta (*iuris et de iure*) e mesmo quando a conduta mostra-se "inócua", em termos de ofensa ao bem jurídico protegido, mesmo assim, de acordo com ampla jurisprudência, impõe-se a condenação penal. Podem ser citados como exemplos os seguintes julgados: "Até que a habilitação seja expedida formalmente, presume a lei que ninguém está apto a dirigir veículos na via pública. As circunstâncias de ser o réu motorista hábil e já matriculado em auto-escola não desnaturam a contravenção, delito de mera conduta" (JTACrimSP 15/308, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 616). "Pouco importa que o agente possua conhecimentos da arte de dirigir, irrelevante a ocorrência ou não de perigo concreto: faltando a habilitação legal comete a infração" (JTACrimSP 61/288, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 621). "Habilitação para dirigir automóvel não autoriza seu titular a guiar veículos de outra natureza, como motocicleta e lambreta" (JTACrimSP 18/178, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 619). Habilitação de fato de acordo com Damásio de Jesus (p. 104), "é proibida pelos arts. 64 e 70 do CNT e não exclui a contravenção. Assim, a prática, experiência ou habilidade do motorista no conduzir veículo não impedem a ocorrência da infração". Mesmo que o condutor já

tenha sido aprovado no exame de habilitação, se dirigir antes da expedição da carteira, responde pela contravenção (cf. anotação de Damásio de Jesus, p. 104, que lembra, no entanto, a existência de outra corrente em sentido contrário).

A nossa jurisprudência, entretanto, embora muito acrítica em termos de efetiva tutela ao bem jurídico, não chega ao extremo de reconhecer a contravenção quando o condutor é habilitado e apenas não está portando a devida carteira de habilitação. Nesse sentido já reconheceu que “a infração do art. 32 da LCP é de mero perigo. Sob os prismas da realidade e também da lei penal não se pode presumir perigo no ato de pessoa já reconhecida oficialmente como capacitada a dirigir veículo em via pública, punindo-se-a como infrator da citada disposição só por não trazer consigo o título de uma habilitação que já foi, de direito, reconhecida” (RT 362/284, cit., por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 614).

Se o perigo (abstrato) é presumido, é evidente que à acusação cabe tão-somente demonstrar dentro do processo que o condutor realizou formalmente a conduta descrita no art. 32 da LCP. Nada mais é exigido, consoante essa tradicional maneira de entender tal infração penal. Não é preciso que ocorra nem tampouco que seja demonstrado no processo qualquer resultado lesivo ao bem jurídico protegido: basta a conduta (contenta-se essa doutrina com o simples desvalor da conduta). Inúmeros são os julgados nesse sentido: “A contravenção do art. 32 é de caráter nitidamente preventivo e tem por elemento objetivo unicamente a falta de habilitação legal, sem se cogitar do resultado. A ação contrária à lei não fere destacadamente o interesse de determinado indivíduo, mas, sim, constitui ameaça ao interesse de ordem geral, que abrange a todos os cidadãos” (RT 407/243, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 617). “A potencialidade ou existência real de perigo

não são exigíveis, pela lei, para a caracterização da contravenção do art. 32. Para tanto é necessária, apenas, a realização objetiva do ilícito previsto na lei” (RT 432/357, cit. por Pinheiro, G./Ribeiro, D., p. 617). “Quem dirige veículo sem habilitação consuma contravenção, independentemente de qualquer evento danoso” (JTACrimSP 17/80, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 618).

Do ponto de vista “naturalístico”, afirma-se, em conclusão, que a contravenção ora enfocada é de “mera conduta” (cf. RT 566/338 e a doutrina do inolvidável professor M. Pedro Pimentel, p. 22). Isso significa que não é exigível para sua configuração nenhum resultado naturalístico. Semelhante afirmação não impede, entretanto, como demonstraremos adiante, que, do ponto de vista jurídico, todas as infrações necessitem de um resultado, que é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido. O art. 13 do nosso CP é enfático: não há crime sem resultado (jurídico, normativo).

Em alguns julgados podemos constatar, inclusive, que se concebe a contravenção de falta de habilitação como infração de “mera desobediência à lei”: “a falta de habilitação decorre da inobservância de uma exigência legal, fixadora de seu exame” (RT 432/356, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 612). A contravenção do art. 32 “contém intrinsecamente um desrespeito ao ordenamento positivo legal” (RT 440/413, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 617). Direção não habilitada constitui “violação de regra regulamentar de trânsito” (JTACrimSP 61/217, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 621). Conceber uma infração penal como “mera desobediência à lei” significa ignorar por completo a função básica do Direito Penal que é a de proteção de bens jurídicos. Significa, ademais, admiti-lo como instrumento de intervenção máxima na vida social, com o risco de se implantar o totalitarismo ou autoritarismo penal, expressão máxima do Direito Penal do terror.

Enfocada desde as bases do moderno Direito Penal, a condenação de alguém com apoio em uma presunção legal de perigo já é bastante estarrecedora. Alguns julgados, no entanto, alcançam as raias da aberração quando, com base no perigo presumido, admitem outra presunção, qual seja, a de que o condutor, só porque não é habilitado, atua sempre com culpa. Mais que presumir o resultado da infração (o perigo), agora chega-se ao extremo de presumir a culpa do motorista não habilitado (a ação culpada). É exatamente isso o que foi reconhecido neste acórdão: "O motorista que, carecendo de habilitação legal e experiência, ocasiona a morte de menor em acidente de trânsito, deve ser condenado por homicídio, se não comprova que obrou sem culpa" (RT 180/354, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 612). O julgado exige que o condutor do veículo prove que "não obrou com culpa". Inverte o ônus da prova e com isso há flagrante violação à lei (CPP, art. 156) e à Constituição (que agora consagra o princípio de presunção de inocência). Todos os acusados são presumidos inocentes; cabe ao acusador comprovar legalmente sua culpabilidade. Nenhuma presunção legal pode contrariar a presunção constitucional; havendo conflito entre elas, é evidente que predomina esta última, hierarquicamente superior.

Justiça deve ser feita: o entendimento que acaba de ser exposto não é vitorioso entre nós. Felizmente ainda continuamos vinculados ao Direito Penal da culpa. Uma amostra do que acaba de ser dito está neste julgado: "Em face da doutrina esposada pelo CP, ninguém pode ser condenado por delito culposos somente pela presunção de que tenha agido culposamente, em decorrência da falta de habilitação legal para dirigir veículos motorizados. É necessário, para a condenação, que, além de não ter o réu a competente habilitação, tenha agido com imperícia, imprudência ou negligência, modalidades pelas quais se apresenta a

culpa em nosso CP" (RT 390/340, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 614).

Não podemos de modo algum concordar, de outro lado, com o julgado que entendeu que o documento estrangeiro de habilitação não exclui a contravenção (cit. por Damásio de Jesus, p. 105). Semelhante ponto de vista, mais que violar o princípio do *nullum crimen sine iniuria*, chega ao extremo de contrariar a própria legalidade, além de evidenciar acentuado provincianismo, nada compatível com a aldeia global dos nossos dias. O art. 32 da LCP exige habilitação para dirigir veículo em via pública e pouco importa que seja nacional ou estrangeira. Onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir (*ubi lex non distinguit, nec interpret distingere debet*).

Questão mais delicada é a de saber se existe ou não a contravenção de falta de habilitação quando o exame médico está vencido. No sentido afirmativo temos o julgado publicado na RT 625/300, dentre outros. Existe corrente em sentido contrário (cf. Damásio de Jesus, p. 108). Para nós, a falta de exame médico é mera questão administrativa. O tipo legal fala em falta de habilitação. Quem já se habilitou para dirigir determinado tipo de veículo jamais pratica a contravenção do art. 32 (ressalvada a hipótese de habilitação legalmente cassada), por falta de adequação típica, mesmo que esteja vencido o exame médico, que é pura questão administrativa. Do mesmo modo que a falta de habilitação, para muitos, presume a falta de habilidade, de técnica, para conduzir veículo, a sua conquista deve levar a presunção oposta, isto é, o condutor habilitado é sempre presumido hábil. Não é a falta de exame médico que vai lhe retirar essa presunção.

Por força do princípio da intervenção mínimo, o Direito Penal deve sempre ser compreendido como *ultima ratio*. Sempre que possível devemos dar preferência para outras formas de tutela dos bens jurídicos. Só devemos nos valer do Direito

Penal quando insuficientes outros ramos do ordenamento jurídico para a tutela dos bens jurídicos individuais ou coletivos (nisto reside o princípio da subsidiariedade do Direito Penal). Ninguém nega a importância da segurança no tráfego, particularmente nos dias atuais, em razão do grande número de acidentes automobilísticos. O poder público deve efetivamente preocupar-se com o problema, mas não pode transformar o Direito Penal em panacéia para tudo. Só dirigir sem habilitação, sem maiores consequências, constitui mera infração administrativa, prevista no art. 89, I, do CNT. Contrariamente ao que pensa Valdir Sznick (p. 208), político-criminalmente não cremos que se justifique a transformação de tal contravenção em “crime” (cf. também nesse sentido Nilo Batista, p. 77). A tendência é outra e em sentido oposto: pugna-se pela sua transformação em puro ilícito administrativo (cf. Gilberto Freitas, p. 270). Enquanto não ofende a incolumidade pública, tal conduta deve ser (e é) pura “infração administrativa” (CNT, art. 89, I). Na medida em que lese ou ofenda a incolumidade pública (pois *nullum crimen sine iniuria*), configura “contravenção”. Essa é a única interpretação possível do atual art. 32 da LCP. Mais que isso é violentar a Constituição.

Em suma (e que fique bem patenteado nosso pensamento): político-criminalmente cremos muito acertada a opinião no sentido de que a conduta de dirigir veículo sem habilitação seja descriminalizada formalmente (isto é, seja retirado seu caráter de ilícito penal), revogando-se o art. 32 da LCP. Tal conduta seria transformada em pura infração administrativa (ilícito administrativo), tal como já previsto no art. 89, I, do CNT. Para isso, *de lege ferenda* — repita-se — basta a revogação do art. 32 da LCP. Uma coisa, no entanto, é a aspiração político-criminal; outra, o direito positivo (*ius positum*) que, consoante clássica afirmação de Liszt (p. 71), “é a barreira intransponível

da Política Criminal”. *De lege lata*, considerando que goza de plena vigência o art. 32 da LCP, cabe então (re) interpretá-lo e verificar seu verdadeiro alcance nos dias atuais. Desde logo impõe-se salientar que uma vez mais não parece válido o clássico adágio “lei clara não necessita de interpretação” (“lex clara non indiget interpretatione”). O citado art. 32 parece muito claro, parece não suscitar maiores indagações. Essa é a impressão que colhemos em sua singela interpretação jurisprudencial realizada até este momento. Na verdade, no entanto, muitas reflexões podem ser extraídas de tal texto legislativo.

“NULLUM CRIMEN SINE INIURIA”

Parece-nos muito conveniente começar tais reflexões e indagações realçando o entendimento jurisprudencial correto (nem por isso o majoritário, até agora) no sentido de que a contravenção de falta de habilitação é de perigo concreto. É exatamente isso o que ficou proclamado neste acórdão: “Não basta o simples fato de dirigir veículo sem habilitação legal para estar caracterizada a contravenção do art. 32. Como polícia de segurança, supõe perigo comum, embora indeterminado” (RT 435/368, cit. por Pinheiro/Ribeiro, p. 617).

Mais recentemente, semelhante interpretação recebeu o apoio da Eg. 6.^a T. do STJ em acórdão relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, que destacou: “A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente, renegando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trouxe, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico. Na espécie dos autos, o bem tutelado é a incolumidade pública, isto é, o resguardo de pessoas

e coisas, indeterminadamente consideradas. Assim, o ilícito penal não resulta do simples dirigir, sem a devida habilitação. Isso corporifica somente o ilícito administrativo. A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica" (cf. STJ, REsp 34.322-0-RS, 6.^a T., Rel. Vicente Cernicchiaro, j. 1.6.93, v.u., DJU de 2.8.93, p. 14.295).

A doutrina estampada neste acórdão, consentânea com o moderno Direito Penal, nos obriga a refletir sobre o desajuste do entendimento jurisprudencial majoritário que vê na falta de habilitação para dirigir veículo uma contravenção de perigo abstrato ou presumido. Já não é possível admitir em Direito Penal uma situação de perigo implícita no tipo penal ou proclamada peremptoriamente pelo legislador. Para a caracterização da contravenção ora considerada não basta provar a conduta de dirigir veículo em via pública (desvalor da conduta); é imprescindível também, como ressaltou o Min. Cernicchiaro, o resultado (desvalor do resultado), consistente — no caso — em um perigo de dano. Esse perigo tem que ficar demonstrado no processo, não pode ser presumido pelo legislador. Não é preciso apresentar nenhuma (possível) vítima concreta da conduta do agente, até porque estamos diante de perigo indeterminado (isto é, perigo para a coletividade, para a segurança do tráfego, para número indeterminado de pessoas ou coisas, para a incolumidade pública). Mas é inafastável a necessidade de comprovação de que a conduta de dirigir veículo em via pública sem habilitação, do modo como concretamente foi realizada, tinha aptidão ou idoneidade para lesar bens jurídicos individuais como a vida, a integridade física, o patrimônio etc. Essa ilação é irrefutável porque não basta para a configuração do resultado típico (em sentido jurídico) a mera possibilidade de dano, senão a probabilidade de dano. Enquanto a conduta do agente consiste simples-

mente em dirigir veículo, sem nenhum perigo concreto para indeterminadas pessoas ou coisas (i.e., sem capacidade de lesar), estamos no âmbito da infração administrativa prevista no art. 89, I, do CNT. Desde o instante em que a conduta concreta passa a constituir um real perigo de dano para bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, etc.), podemos admitir como configurada a infração penal contravençional. É na aptidão ou idoneidade concreta da conduta para lesar bens jurídicos individuais que reside a distinção entre a infração administrativa e a penal. Não é preciso que a conduta "coloque em risco a segurança alheia", isto é, a segurança de pessoas determinadas ou coisas determinadas. Não é preciso individualizar vítima ou vítimas, tal como exige, por exemplo, o art. 34 da LCP. Basta que a conduta reúna aptidão (eficácia, potencialidade, idoneidade) para lesar algum bem jurídico individual. Não se faz mister que concretamente a conduta tenha posto em risco determinada vítima; só é indispensável que a conduta, tal como realizada, demonstrou, ainda que em tese, aptidão ou idoneidade para colocar em risco bens jurídicos individuais. E com isso, automaticamente, não se pode negar que já está lesando, diminuindo, turbando, afetando o bem jurídico coletivo (incolumidade pública).

Tanto o art. 89, I, do CNT como art. 32 da LCP prevê a conduta de dirigir veículo sem a devida habilitação. A relação que existe entre tais dispositivos legais caracteriza o chamado "conflito aparente de leis ou de normas". Sabendo-se que uma norma não revogou a outra (i.e., as duas estão em vigor), cabe ao intérprete encontrar o âmbito de aplicação de cada uma. E como se resolve tal conflito aparente de leis? Diante de uma situação concreta em que se comprovou que o agente dirigia veículo em via pública sem habilitação, qual seria a adequação típica correta? A resposta só

pode ser encontrada no grau de afetação ou turbacão do bem jurídico tutelado, que é a incolumidade pública ou, particularmente, a segurança no tráfego. Se a conduta do agente não colocou concretamente em perigo a segurança viária, não justifica a intervenção do Direito Penal: só resta reconhecer, no caso, uma infração administrativa (que é consentânea com a mera possibilidade de dano). Do contrário, caso a conduta tenha concretamente colocado em risco (ou lesado) tal bem jurídico (indeterminado), somos compelidos a admitir a contravenção penal, cuja adequação típica exige não a mera possibilidade, senão probabilidade de dano ou perigo idôneo. O princípio aplicável para resolver o conflito aparente de leis é o da consunção, isto é, a infração maior — contravenção penal — (significativamente turbadora do bem jurídico tutelado) absorve a infração menor — ilícito administrativo. Dito de outra maneira: sempre que se configurar a contravenção, fica afastada a infração administrativa (sendo impossível o *bis in idem*). Não configurada concretamente a contravenção, subsiste o ilícito administrativo.

O simples ato de conduzir veículo em via pública, em síntese, configura só formalmente o tipo legal (art. 32), mas para a existência do tipo penal (e, em consequência, do injusto penal) é preciso um *plus*, é preciso algo mais: que a conduta revele aptidão ou idoneidade real e efetiva para lesar bens jurídicos individuais (invocando doutrina de Fragozo e Zaffaroni, é com esse fundamento que o Juiz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior vem absolvendo os acusados incurso no art. 32 da LCP). Só assim a concreta conduta do agente estará lesando (diminuindo, afetando) o bem jurídico coletivo (incolumidade pública) e só assim está permitida a intervenção do Direito Penal entendido como *ultima ratio*. Nessa aptidão ou idoneidade real da conduta reside o perigo concreto. Concreto, no

entanto, não no sentido de que se deve então apresentar uma vítima concreta da conduta do agente, uma vítima concreta que tenha corrido risco com a direção sem habilitação. Não. Estamos diante de um perigo concreto indeterminado, ou seja, só é necessário comprovar que a conduta do agente, tal como realizada, tinha suficiente e real capacidade para pôr em perigo bens jurídicos individuais.

Em conclusão: no perigo concreto indeterminado (comum, geral, coletivo, universal, institucional) não é preciso demonstrar no processo um perigo concreto ou uma situação concreta de perigo a bens jurídicos individualizados (o que só é exigido no caso de perigo concreto determinado, tal como o previsto no art. 34 da LCP, no art. 132 do CP etc.). Basta demonstrar que a conduta praticada, tal como concretamente praticada, tinha aptidão efetiva e suficiente para pôr em risco (ou lesar) bens jurídicos individuais. A conduta assim praticada e comprovada dentro do devido processo legal acaba pondo em risco (ou, se se quiser, lesando, diminuindo, afetando) o bem jurídico indeterminado (ou comum, ou coletivo), que é a incolumidade pública no caso, e, ao mesmo tempo, revela-se, ainda que em tese, capaz de lesar bens jurídicos individuais. Destarte, somente quando a conduta demonstra aptidão real e suficiente para lesar bens jurídicos individuais é que afeta, lesa, turba ou quebra o bem jurídico coletivo ou universal ou comum, que nada mais é que a antecipação da tutela de bens jurídicos individuais. Sem essa concreta aptidão a conduta de dirigir veículo em via pública sem habilitação é um indiferente penal, isto é, entra no amplo conceito de perigo "normal" (que está presente em muitas atividades humanas atuais, tais como transporte de substâncias tóxicas, manipulação de energia nuclear etc.); por isso, só pode configurar, quando muito, mera infração administrativa. É imperioso, em suma, que a conduta ofenda, lese ou quebre o bem

jurídico institucional (ou universal, ou coletivo, ou indeterminado) — a incolumidade pública, na infração que estamos enfocando —, para ser reconhecida como apta para pôr em perigo bens individuais.

Cuidando-se especialmente da contra-venção de falta de habilitação para dirigir veículo em via pública, será infração penal a direção sem habilitação e sem habilidade (sem perícia) que revele patente turbação da segurança do tráfego. Dirigir um veículo em zigue-zague, por exemplo, em virtude de inabilidade, significa turbar, quebrar, diminuir ou ofender o nível médio da segurança viária. Essa conduta, de outro lado, ao mesmo tempo que diminui ou turba o bem jurídico indeterminado (segurança viária), revela, ainda que em tese, real capacidade de lesar bens jurídicos individuais (vida, integridade física, patrimônio etc.). Não é preciso, repita-se, que seja apresentado um sujeito passivo concreto dessa conduta. Basta comprovar que a conduta concreta objetivamente perigosa era potencialmente capaz de atingir qualquer pessoa ou coisa. Demonstrado isso está configurada a infração penal de perigo concreto indeterminado (que é o perigo com potencialidade lesiva real mas sem vítima concreta). Se o agente, dirigindo sem habilitação (e também sem habilidade, sem perícia) provoca, em via pública, um derrapamento, o tombamento, uma colisão (com poste, árvore, barranco etc.) ou se faz o veículo subir sobre a calçada etc., deve responder pela contra-venção penal do art. 32, pois nessa sua concreta conduta estão presentes tanto o desvalor do ato (dirigir sem habilitação) como o desvalor do resultado (condução inábil turbadora da segurança viária e com capacidade real, em tese, de lesar bens jurídicos individuais). Em todas as hipóteses mencionadas não se requer a existência de uma vítima concreta da conduta; existindo, a infração não é a do art. 32, senão a do art. 34; e se lesar efetivamente alguém,

já não estamos no âmbito das infrações de perigo, senão de dano (lesão culposa, homicídio culposos etc.). As condutas descritas, como se percebe, possuem real aptidão ou idoneidade para lesar bens jurídicos pessoais. Com isso podemos afirmar que concretamente turbaram, quebraram ou afetaram ou diminuíram o bem jurídico coletivo (incolumidade pública).

Se o agente, de outro lado, dirige veículo em via pública e não ocasiona nada de anormal, nada de significativo para diminuir a segurança viária, se nada pratica que venha turbar ou ofender ou quebrar essa segurança, sua conduta não pode mais que caracterizar um ilícito administrativo (só administrativo, com conseqüências puramente administrativas, e nada mais). Essa é a conclusão inafastável que extraímos do exame dos dois dispositivos legais que temos no nosso ordenamento jurídico sobre a falta de habilitação para dirigir veículo. Se na lei não existem palavras mortas, cabe ao hermenêuta procurar sempre uma interpretação que dê sentido à literalidade legal. De qualquer modo, sempre respeitando o texto constitucional.

Mas o que acaba de exposto, como vimos no princípio, não se compatibiliza com o pensamento jurisprudencial majoritário que se louva de uma presunção legal de perigo para afirmar que basta dirigir veículo em via pública e a conduta já é presumida por lei como ofensiva ao bem jurídico tutelado que é a incolumidade pública. Trata-se de uma presunção *iuris et de iure*. Por força de tal presunção não é preciso demonstrar no processo nenhuma potencialidade lesiva concreta da conduta para a configuração da infração penal. Essa potencialidade lesiva é presumida pela lei e é o *quantum satis*. Basta a comprovação da conduta (desvalor da conduta). Nenhum resultado é necessário.

A base dessa construção jurisprudencial conflita com o *ius positum* e é

causadora de turbulências quando a encaramos criticamente dentro do Direito Penal moderno, entendido como instrumento de tutela de bens jurídicos (é impossível pensar no Direito Penal atual sem a teoria do bem jurídico que é, conforme Muñoz Conde, lembrado por Hormazabal (p. 7), “o último apoio que lhe resta para a crítica do Direito Penal positivo”). Nos termos do art. 13 do CP não existe crime sem resultado. Este dispositivo é aplicável às contravenções, consoante o disposto no art. 1.º da LCP. O resultado, em Direito Penal, pode ser entendido em sentido naturalístico ou jurídico (normativo) (v. Damásio de Jesus, II, pp. 232 e ss.). Do ponto de vista naturalístico pode haver crime sem resultado (como os formais ou de mera conduta). Já do ponto de vista jurídico (normativo) não existe crime sem resultado, que é a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado. Conforme a lição de Hungria/Fragoso (p. 8), “todo crime produz um dano (real, efetivo) ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta à existência ou à segurança do bem ou interesse que a lei protege com a *ultima ratio* da sanção penal”.

Da exposição de motivos redigida a propósito do Código Penal de 1940 já constava, aliás, “que o projeto acolhe o conceito de que não há crime sem resultado. Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano...”.

Formalmente, como se percebe, nosso direito positivo exige a demonstração de uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico para a existência de um crime. Sem esse resultado não há crime. Mas essa declaração enfática pode ser puramente formal (positivista, normativista, acrítica, legalista, asséptica, neutral) se no momento da configuração dogmática do injusto penal prescinde-se da demonstração efetiva dessa lesão ou desse perigo (que é o desvalor do resultado). De nada

adianta fazer um discurso liberal (“garantista”) no sentido de que não há crime sem resultado (normativo, jurídico), se depois acolhe-se a presunção de perigo dada pela lei sem nenhuma contestação. De nada adianta afirmar-se que o que vale é o conceito de antijuridicidade (ilicitude) material (não o formal), se depois nenhuma irresignação é apresentada contra a presunção de perigo imposta pelo legislador.

O injusto penal, em seu sentido moderno, consoante a doutrina de Bustos Ramírez (pp. 182 e ss.), não se satisfaz tão-somente com o desvalor do ato (da conduta). “Toda teoria estritamente normativa, que formalize (assim Binding) ou mediatize o bem jurídico (assim Welzel) considera conseqüentemente somente o desvalor do ato como o fundamental, o que é o mesmo que considerar somente o dever do cidadão; somente vê o aspecto ético do ato; no fundo, o bem jurídico não joga nenhum papel e se segue com a antiga teoria de que o delito infringe um direito (dever) subjetivo. Falta ao conceito de injusto penal (tipicidade e ilicitude) um conteúdo material, que só pode ser dado pelo bem jurídico. Desse modo, “atividade e turbação ou afetação real, desvalor do ato e desvalor do resultado são indispensáveis para configurar o injusto... o primeiro dá conteúdo à tipicidade, o segundo à antijuridicidade... o desvalor do resultado tem, também, tal como o desvalor do ato, uma função garantidora... não devem entrar em consideração turbações ou lesões ideais ou presumidas de bens jurídicos, senão somente as efetivas... há de reger, desse modo, o princípio *nullum crimen sine injuria*, isto é, não há delito sem uma determinada lesividade ou afetação do bem jurídico... desse modo, deve ser excluído do Direito Penal todo tipo de presunção, não sendo possível nenhuma condenação com base em mera suspeita, em perigo abstrato, em mera desobediência”.

A doutrina moderna, em geral, inclusive consoante a advertência do Min. Cernicchiaro, vem se posicionando contra a existência de infrações de perigo abstrato (presumido) porque conflitam, inevitavelmente, com o princípio do *nullum crimen sine iniuria*. Em um Direito Penal garantidor, voltado para a proteção de bens jurídicos, só existe espaço para o perigo concreto (demonstrado, real, efetivo) (cf. Bustos Ramírez, p. 192). O perigo, em outras palavras, para caracterizar a infração, penal, precisa ser demonstrado no processo; não pode ser presumido pelo legislador. Sendo presumido pelo legislador desobriga o acusador de comprovar ao menos a potencialidade lesiva da conduta (a *iniuria*). Mas isso significa sancionar só o desvalor do ato, sem consideração nenhuma com o desvalor do resultado, o que é lesivo à Constituição, como veremos em seguida.

O princípio da ofensividade (ou lesividade ou do *nullum crimen sine iniuria*), tal como ensina a doutrina (v. Mantovani, p. 206), encontra apoio constitucional quando e onde se constitucionalizou o princípio da legalidade do crime, entendido como ilícito típico. Conforme o art. 5.º, inc. XXXIX, da nossa Constituição Federal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A definição de crime deve ser dada pela lei. E nossa lei (Código Penal, art. 13) estabeleceu que não há crime sem resultado, que é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Entendido esse resultado em sentido material (consoante a doutrina do bem jurídico), é sempre necessária a comprovação da *iniuria* (da lesão ou potencialidade lesiva). A presunção legal dessa lesão ou do perigo de lesão, nesse diapasão, viola o princípio da legalidade e, em consequência, a Constituição, que elevou tal princípio à categoria de norma constitucional. A *iniuria* (lesão ou perigo de lesão), em síntese, sempre tem que ser demonstrada, nunca pode ser presumida.

Sem sua concreta e efetiva demonstração não há crime ou contravenção, não há injusto penal. Pode a conduta inócua (do ponto de vista do bem jurídico tutelado pela norma penal) configurar infração administrativa, jamais o injusto penal. Pode a direção sem habilitação absolutamente normal, inócua (no sentido de que não foi, de modo algum, capaz ou idônea para colocar em perigo qualquer bem jurídico), configurar infração administrativa, jamais injusto penal. No âmbito do Direito Administrativo (chamado de pré-tutelar), concebe-se a tutela antecipada do bem jurídico, sem se questionar o *nullum crimen sine iniuria* (até porque as sanções previstas não chegam a atingir os principais direitos fundamentais da pessoa). Já no âmbito penal é absolutamente inconstitucional qualquer tentativa de aplicação de um direito puramente preventivo (punição pelo modo de vida, por razões moralistas ou ideológicas, pelo modo de pensar etc). Tudo isso provoca, indubitavelmente, um dilema (ao legislador, principalmente), qual seja: se se deseja um direito puramente preventivo, não serve o Direito Penal, que funda suas raízes no liberalismo (político) de Beccaria e tantos outros; se se opta pelo Direito Penal, não bastam normas meramente preventivas, que prescindem da efetiva lesão a um bem jurídico. O Direito Administrativo contenta-se com a possibilidade dessa lesão; já o Direito Penal só se justifica com, ao menos, a probabilidade dessa mesma ofensa, a ser demonstrada em cada caso concreto.

Há, ademais, outro fundamento constitucional que ampara o princípio da lesividade (ou ofensividade) e que consiste no seguinte: sob a vigência de uma Constituição personalista, que tem como fundamento básico a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, inc. III), todo direito constitucionalmente garantido não pode sofrer nenhuma limitação senão para a tutela de outro interesse; principalmente

o direito supremo de liberdade individual (previsto no art. 5.º da CF), não pode suportar ameaça ou sacrifício senão o imposto pela exigência de se tutelar outro interesse concreto (assim, Mantovani, p. 206). O direito de liberdade, o patrimônio, a vida etc. da pessoa humana, só pode sofrer restrição (principalmente imposta pela lei) diante da necessidade de tutela de outro concreto bem jurídico. É preciso, desse modo, a existência concreta (não presumida) desse “outro bem jurídico” e, ademais, ainda é necessário que haja efetiva lesão ou perigo de lesão, para justificar a intervenção estatal no âmbito de liberdade do ser humano. Permitir que haja intervenção estatal na esfera de liberdade da pessoa com uma mera presunção *legal* de perigo, isto é, sem a efetiva demonstração de perigo concreto para algum bem jurídico ou de uma situação concreta de perigo capaz, em tese, de lesar algum bem jurídico significa inverter autoritariamente a ordem jurídica e fazer “*tabula rasa*” ao espírito e à letra da Magna Carta, que tem na dignidade da pessoa humana um dos seus pilares básicos.

Poder-se-ia argumentar que a contra-venção de falta de habilitação é punida tão-somente com multa e, por isso, não estaria em jogo a liberdade individual do autor do fato. Para além da constatação óbvia de que o patrimônio (comprometido com a multa) é também tutelado constitucionalmente entre nós (art. 5.º), não podemos nos esquecer que a multa penal pode ser convertida em prisão (detenção). Logo, não deixa de ser uma ameaça, ainda que remota, à liberdade individual. Por tudo isso, só se justifica a imposição da sanção penal na medida em que sirva para tutelar concreta e efetivamente algum bem jurídico socialmente significativo. E a lesão ou perigo de lesão a esse bem jurídico (a *iniuria*) deve ser concretamente demonstrado, concretamente comprovado, é dizer, não pode ser presumido pela lei.

Por força do princípio da proporcionalidade, de outra parte, só é justo que o soberano *ius libertatis* sofra limitação quando há ofensa ou perigo de ofensa a um bem jurídico de fundamental relevância. A efetiva e concreta demonstração de que a direção sem habilitação, tal como realizada (desvalor da conduta), era capaz e idônea para lesar bens jurídicos individuais (desvalor do resultado), em virtude do grau de afetação do bem jurídico exigido pelo *nullum crimen sine iniuria* (perigo indeterminado), jamais pode justificar a deletéria, desumana e nefasta pena de prisão, só destinada, conforme o senso comum, a casos graves que provoquem verdadeira turbacão de bens jurídicos pessoal e socialmente muito relevantes. Fora a hipótese de conversão da pena de multa aplicada em prisão, de modo algum justifica-se tamanha intervenção estatal na liberdade humana. Em recente decisão um Magistrado aplicou a pena de “prisão” (internação) de cinco dias a um menor porque ele fora surpreendido dirigindo sem habilitação (v. *O Estado de S. Paulo*, de 17.6.94, p. C3). Ao maior surpreendido em idêntica situação a lei não autoriza tal consequência jurídica. O menor, enquanto tal, sob pena de violenta quebra do princípio da igualdade, não pode ser tratado de modo diferente em termos de direitos e garantias fundamentais. Se o legislador, em abstrato, fazendo uso da sua sensibilidade (*prudentia legislatoris*), previu para tal conduta, para o maior, a consequência da multa, em razão dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, ao menor, a não ser que se queira estrangular a *prudentia iuris*, não pode ser reservada consequência mais dura, principalmente a “prisão”, que é reconhecidamente criminógena e favorecedora da reincidência, como reconhecido pela Criminologia Moderna (v. García-Pablos de Molina, p. 90). Para que haja “uma posição firme do Judiciário” ou “respeitabilidade ao Judiciário” não é preciso (nem é jurídica-

mente possível, cremos) passar por sobre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Pode-se conseguir essa “posição firme” e essa “respeitabilidade” sem a mais mínima ofensa a princípios tão caros ao ser humano, como são os que acabam de ser enunciados.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência (ou do estado de inocência ou da não-culpabilidade) está previsto na Constituição Federal, no art. 5.º, inc. LVII, *verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Cuida-se de princípio muito conhecido no âmbito internacional, como sabemos. Inúmeros diplomas jurídicos abrigam-no. Já o art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dizia: *Tout homme étant présumé innocent...* A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10.12.48, em seu art. 11.1 dispõe: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), bem como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU), art. 14.2.

O art. 5.º, inc. LVII, da CF, prevendo pela primeira vez entre nós o princípio da presunção de inocência, em virtude de uma redação não muito feliz, permitiu certa tergiversação interpretativa. Agora, no entanto, como bem destacou Magalhães Gomes Filho (p. 30), por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF, tornou-se indiscutível no nosso

ordenamento jurídico a presunção de inocência “desde que o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana. O Governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial de 9.11.92, p. 15.562 e ss.”. Referido “Pacto de San Jose”, publicado também na *Revista Brasileira de Ciência Criminais* (do IBCCrim, n. 1, jan./mar. 1993, pp. 253 e ss.), em seu art. 8.º, num. 1, consagra o citado princípio, *verbis*: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O princípio da presunção de inocência, ninguém nega, tanto é relevante no âmbito processual como no âmbito do Direito Penal. No que concerne ao primeiro vale destacar duas regras fundamentais que naturalmente emergem da presunção de inocência. São elas: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento, Magalhães Gomes Filho (pp. 31 e ss.) elencou, como emanções da primeira, (a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); (b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não as desculpas do acusado; (c) tal comprovação deve ser feita legalmente (consoante o devido processo legal) e (d) a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí seu direito de silêncio); como regra de tratamento a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de manter-se o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas

quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar etc.

No processo penal, assim, como vimos, a presunção de inocência joga duplo papel. Cobo Del Rosal e Vives Anton (pp. 78 e 79), dissertando sobre o tema explicam: "Como regra de juízo a presunção de inocência exige que toda condenação tenha por fundamento provas incriminatórias e que as dúvidas sejam resolvidas em favor do réu (*in dubio pro reo*)... como regra de tratamento a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva, sejam utilizadas "como castigos", isto é, que mais além de sua finalidade de asseguramento do escopo processual, sejam utilizadas para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena".

Segundo a jurisprudência espanhola, enfocada com acuidade por Jaén Vallejo (pp. 23 e ss.), o conteúdo do direito fundamental da presunção de inocência comporta uma dupla exigência: (a) de uma parte, que ninguém pode ser considerado culpado até que assim estabeleça uma sentença condenatória; b) de outra, que as consequências da incerteza sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado beneficiam este, impondo uma carga material da prova às partes acusadoras. O Tribunal Constitucional espanhol, por seu turno, na sua "sentença" 31/81, proclamou os cinco pressupostos necessários para afastar a presunção de inocência: a) uma mínima atividade probatória; b) produzida com as garantias processuais; c) que a prova seja incriminatória; d) que da prova se possa deduzir a culpabilidade do acusado; e) que a prova seja produzida em juízo (imediatidade e oralidade). Da doutrina do Tribunal Constitucional citado podemos extrair

algumas conclusões: as partes acusadoras são as obrigadas a alcançar o convencimento do juiz sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado; a presunção de inocência é uma presunção *iuris tantum*, isto é, pode ser afastada por prova em sentido contrário (da culpabilidade do acusado); a prova, no entanto, deve ser suficiente para convencer o juiz, militando em favor do acusado o *in dubio pro reo*.

No âmbito do Direito Penal material, afirmam Cobo Del Rosal/Vives Anton (p. 78), além de projetar sua eficácia para a interpretação das leis penais (em igualdade de condições, deve-se preferir o sentido mais favorável ao acusado), "a presunção de inocência representa um limite frente ao legislador. Em virtude desse limite, e dada a natureza constitucional do mesmo, serão nulos os preceitos penais que estabeleçam uma responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade".

A lei, em suma, não pode presumir fatos ou a culpabilidade. Não pode presumir, em consequência, o perigo, como algo inerente à conduta. A presunção legal de perigo, como sabemos, desobriga o acusador de demonstrar o perigo concretamente. É exatamente isso que conflita flagrantemente com a presunção de inocência, pois esta impõe o dever ao acusador de "comprovar legalmente a culpabilidade" (v. o art. 8, n. 1, do citado "Pacto de San Jose"). Comprovar legalmente a culpabilidade significa demonstrar dentro do processo a existência de um fato lesivo ou perigoso para algum bem jurídico e, ao mesmo tempo, que ele é atribuível ao seu agente. É preciso demonstrar, não basta invocar a presunção legal, até porque a presunção de inocência tem hierarquia constitucional. Qualquer presunção de hierarquia inferior é absolutamente inconstitucional. No conflito entre duas presunções, é patente que vale a superior, dentro da visão kelseniana.

Da forma como vem sendo interpretado o atual art. 32 da LCP, o condutor do veículo vem sendo considerado culpado em uma parte pelo que ele concretamente fez (conduzir veículo) e, em outra, pelo que o legislador presume. Em termos de um Direito Penal da culpa, que é personalista, garantidor, ninguém pode ser culpado pelo que não fez (v. L. Flávio Gomes, pp. 110 e ss.); logo, ninguém pode ser culpado por aquilo que o legislador presume. Como se sabe, enfatizou Damásio de Jesus — III (p. 86), “nos delito de perigo abstrato este não precisa ser comprovado, sendo suficiente a realização da conduta. A situação de perigo é presumida pelo legislador, não permitindo prova contrária. Isso não está de acordo com o moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade. No Brasil, a reforma penal de 1984 consagrou a culpabilidade como base da responsabilidade penal, princípio incompatível com presunções legais. Além disso, a Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio do estado de inocência, que também não se harmoniza com a presunção legal da abstração do perigo (Zaffaroni, Muñoz Conde)”.

O injusto penal da falta de habilitação para dirigir veículo, tal como até agora entendido, é composto de duas partes: uma é integrada pela conduta do agente (dirigir), outra é dada pelo legislador, por uma presunção. É evidente que essa presunção legal integradora do fato conflita irretorquivelmente com a presunção de inocência, na medida em que desobriga o acusador de comprovar o perigo. Se a “culpa” deve ser comprovada legalmente (dentro do processo), *ex vi* de mandamento constitucional, é óbvio que o legislador infra-constitucional não pode dá-la por presumida; se a “culpa” (culpabilidade) deve ser demonstrada no processo, é óbvio que o acusador não pode reputá-la “demonstrada” em uma presunção legal. A culpabilidade ou é comprovada irreversivelmente dentro do

processo e então será possível a responsabilidade penal do culpado ou, de outra parte, não é comprovada satisfatoriamente e então torna-se impositiva a resolução absolutória, favorecendo ao acusado o *in dubio pro reo*, que é o complemento processual da presunção de inocência no âmbito probatório. Jamais, no entanto, por ser presumido por lei.

Em síntese, a presunção legal de perigo (*iuris et de iure*) é absolutamente inconstitucional. Em cada caso concreto cabe à acusação demonstrar o fato (lesivo ou perigoso) e sua atribuição culpável ao agente do fato. Com isso chegamos à conclusão, tal como o Min. Cernicchiaro no acórdão acima lembrado, de que a contravenção do art. 32 é de perigo concreto, porque onde vigora o princípio da presunção de inocência, não pode existir infração de perigo abstrato ou presumido. Impõe-se no entanto uma advertência: é de perigo concreto indeterminado. Isso significa, como já enfatizamos, que cabe ao acusador demonstrar tão-somente que a conduta, tal como concretamente realizada, reunia condições (aptidão, idoneidade) para lesar bens jurídicos de indeterminadas pessoas. Não é o caso, portanto, de apresentar vítima concreta (tal como exige o art. 34 da LCP).

A isso a doutrina alemã chama de perigo abstrato/concreto (v. Arenas Rodríguez, p. 166); nós preferimos a locução perigo concreto indeterminado. Consoante a doutrina alemã, o perigo seria abstrato no sentido de que não exige a apresentação de uma vítima concreta do perigo; seria ao mesmo tempo concreto no sentido de que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual (vida, integridade física, patrimônio etc). Neste sentido o art. 32 seria uma contravenção de *lesão* ao bem jurídico superior (primário, imediato, universal, coletivo, comum), que é a incolumidade pública (segurança viária), e de perigo para os

bens jurídicos protegidos secundariamente (mediatos, individuais, singulares), que são a vida, o patrimônio, etc. (v. conclusão semelhante no que diz respeito aos crimes contra as relações de consumo, Damásio de Jesus, III, pp. 86 e ss.)

Enfocada a contravenção do art. 32 da LCP como de “perigo concreto indeterminado” (perigo que deve ser demonstrado em cada caso, não bastando só comprovar a conduta de dirigir veículo em via pública, sendo imprescindível também a comprovação de que o agente agiu sem habilidade — com imperícia — e, dessa forma, com sua conduta concreta, turbou a segurança viária e, ao mesmo tempo, essa sua conduta reunia aptidão, em tese, para lesar bens jurídicos individuais), torna-se impossível seu concurso com qualquer crime de dano (onde há lesão efetiva a um bem jurídico individual). A questão é muito controvertida entre nós, conforme anotou Damásio de Jesus, (p. 109). Mas a corrente que deve prosperar é a que não reconhece concurso entre o crime culposos e a contravenção de falta de habilitação. Em primeiro lugar porque a punição do perigo já representa uma pré-proteção aos bens jurídicos tutelados pelos crimes de dano; quando se dá o evento maior (o dano), o menor (perigo) fica absorvido; havendo dano, a situação fática do perigo desaparece. Em segundo lugar, encarada a contravenção do art. 32 como infração derivada de imperícia, temos o seguinte: se o crime de dano (lesão ou homicídio culposos) derivou de imperícia do condutor não habilitado, esta (a imperícia) não pode ser valorada duas vezes (uma vez para configurar a contravenção e outra para caracterizar o delito culposos; em Direito penal nenhuma situação fática pode ser valorada duas vezes, principalmente quando em prejuízo do infrator); se, de outro lado, derivou de negligência ou imprudência, não se configura de modo algum a contravenção do art. 32 (que exige imperícia).

CONCLUSÃO

Considerando que o moderno Direito Penal, entendido como *ultima ratio* do sistema jurídico, só se justifica para a proteção de bens jurídicos socialmente significativos e desde que haja efetiva lesão ou efetivo perigo de lesão (*nullum crimen sine iniuria*); considerando que a presunção legal de perigo viola o Direito Penal da culpa e conflita radicalmente com a presunção constitucional de inocência, impõe-se, segundo nosso ponto de vista, que os juízes e tribunais, particularmente depois do acórdão da 6.^a T. do STJ (acima identificado) relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, repensem a clássica jurisprudência no sentido de que a contravenção do art. 32 é de perigo abstrato ou presumido, não necessitando de nenhuma comprovação dentro do devido processo legal. Condenar alguém com base em perigo presumido é absolutamente inconstitucional. Urge distinguir e dar sentido lógico e material para cada uma das disposições legais que cuidam da falta de habilitação: uma coisa é a contravenção do art. 32 da LCP (que requer um *plus* consistente na aptidão para lesar bens jurídicos — uma *iniuria*) e outra bem distinta é o ilícito administrativo previsto no art. 89, I, do CNT. Ambas as disposições, como estão em vigor, devem ter seu correspondente âmbito típico de incidência e aplicação. A tarefa do intérprete é descobrir o conteúdo ontológico de cada um e é o que procuramos fazer neste trabalho.

Bibliografia

- ARENAS RODRIGÁÑEZ, M. Paz. *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Edersa, Madri, 1992.
- BATISTA, Nilo. “Contravenções penais”, em *Revista de Direito Penal*, v. 29, Forense, Rio, 1981, pp. 73 ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal-PG*, Ariel, Barcelona, 1984.

- COBO DEL ROSAL, M. e VIVES ANTON, T.S. *Derecho penal — Parte general*, Tirant lo blanch, 3.^a ed., Valencia, 1990.
- FREITAS, Gilberto Passos de. "Contravenções Penais", in *RT*, 586, pp. 268 e ss.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminologia*, trad. de Luiz Flávio Gomes, RT, SP, 1992.
- GOMES, L. Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, RT, SP, 1992.
- HORMAZABAL MALAREE, Herman, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, PPU, Barcelona, 1991.
- HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, Forense, Rio, 1983.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madri, 1987.
- JESUS, Damásio E. de. *Lei das contravenções penais anotada*, Saraiva, SP, 1993.
- . II. *Direito Penal — PG* —, Saraiva, SP, 4.^a ed., 1979.
- . III. "Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 4, RT, SP, pp. 81 e ss.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho penal*, trad. de Luis Jimenez de Asua, t. II, Reus S.A., Madri, s/d.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. "O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)", in *Revista do Advogado*, AASP, n. 42, abr./94, pp. 30 e ss.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Cedam, 3.^a ed., Padova, 1992.
- MARREY NETO, José Adriano. "Delitos de Trânsito", in *RT* 679, pp. 308 e ss.
- MEDICI, Sérgio de Oliveira. *Contravenções penais*, Jalovi, Bauru, 1978.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Contravenções penais*, RT, SP, 2.^a ed., 1978.
- PINHEIRO, Geraldo de F.L./RIBEIRO, Dorival. *Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito*, Saraiva, SP, 2.^a ed., 1983.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Contravenções penais*, Brasilivros, SP, 1980.
- SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*, Leud, SP, 1987.